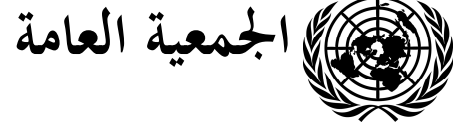


Distr.: General
15 April 2011
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الرابعة والأربعون
فيينا، ٢٧ حزيران/يونيه-٨ تموز/يوليه ٢٠١١

قانون الإعسار

إضافة

قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي (تابع)

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٢	١١٦-٥٦ ثانياً - تفسير القانون النموذجي وتطبيقه (تابع)
٢	١١٦-٥٦ جيم - إجراء الاعتراف
٢	٦٥-٥٦ ١ - تعليقات استهلالية
٥	٧٠-٦٦ ٢ - الإجراء القضائي أو الإداري الجماعي
٦	٧٤-٧١ ٣ - الخضوع لمراقبة "محكمة أجنبية" أو إشرافها
٨	١١٠-٧٥ ٤ - الإجراء "الرئيسي": مركز المصالح الرئيسية
٢٢	١١٦-١١١ ٥ - الإجراءات غير الرئيسية - "المؤسسة"

(يتبع في الوثيقة A/CN.9/732/Add.2)



ثانياً - تفسير القانون النموذجي وتطبيقه (تابع)

جيم - إجراء الاعتراف

١ - تعليقات استهلالية

٥٦ - لكي ينطبق على إجراء معين وصف "إجراء أجنبي"، يجب على الممثل الأجنبي أن يُقنع المحكمة المتلقية بأن هذا الإجراء هو: ^(١)

(أ) إجراء قضائي أو إداري جماعي (مؤقت أو نهائي) يتم في دولة أجنبية؛

(ب) إجراء يُقام عملاً بقانون يتصل بالإعسار وتخضع فيه موجودات المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية؛

(ج) إجراء يُقام لغرض إعادة التنظيم أو التصفية.

٥٧ - وعند تحليل عناصر تعريف "الإجراء الأجنبي" تثار أسئلة حول معنى عبارة "إجراء قضائي أو إداري جماعي"، وطبيعة "القانون المتصل بالإعسار" وحول ما إذا كانت هناك "مراقبة أو إشراف من جانب محكمة أجنبية". وتجسّد هذه المفاهيم المقتضيات المتعلقة بالولاية القضائية، ويتعين منطقياً البدء بتحديد ما قبل البت فيما إذا كان "الإجراء الأجنبي" هو إجراء "رئيسي" أو "غير رئيسي". ^(٢)

٥٨ - وإذا ما أرادت المحكمة المتلقية أن تتبين وجود "إجراء أجنبي"، فإنها توجّه انتباهها إلى حالة ذلك الإجراء. ويرد في المادة ٢ تعريفاً عبارتي "إجراء أجنبي رئيسي" و"إجراء أجنبي غير رئيسي".

٥٩ - والسؤال الحاسم المطروح عند تحديد ما إذا كان ينبغي وصف أي إجراء أجنبي (فيما يتصل بهيئة اعتبارية مدينة) على أنه إجراء "رئيسي"، هو ما إذا كان ذلك الإجراء يتم "في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية". ^(٣) وفي حالة الشخص الطبيعي، يُفترض أن "مركز المصالح الرئيسية" هو "محل الإقامة المعتاد" لذلك الشخص. ^(٤)

(١) المرجع نفسه، المادة ٢ (أ)، تعريف "الإجراء الأجنبي".

(٢) المرجع نفسه، الفقرة ٢ من المادة ١٧ التي تحدد الحاجة إلى البت في حالة الإجراء الأجنبي الذي تعترف به المحكمة المتلقية للطلب.

(٣) انظر المناقشة الواردة في الفقرات ٧٥-١١٠ أدناه.

(٤) قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٣ من المادة ١٦، في سياق افتراض "مركز المصالح الرئيسية" للهيئة الاعتبارية والشخص الطبيعي على حد سواء. انظر الفقرات ٥٨ و ٨١-١٠٤ أدناه. وللاطلاع على مناقشة

٦٠- ويتطلب إثبات وجود "إجراء غير رئيسي" إقامة الدليل على وجود صلة أقل وثوقاً، وهي أن للمدين "مؤسسة" داخل الدولة التي يقام فيها الإجراء الأجنبي. ويُعرف مصطلح "المؤسسة" على أنه "أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وبيع أو خدمات".^(٥) وقد يشير مصطلح "غير عارض" إما إلى مدة النشاط الاقتصادي المعني أو إلى موقع الاضطلاع بهذا النشاط.

٦١- ومثلما ذكر أعلاه،^(٦) فإن قرار الاعتراف بكون الإجراء "رئيسياً" أو "غير رئيسي" له تداعيات مهمة. فبمجرد الاعتراف بإجراء أجنبي على أنه الإجراء "الرئيسي"، فإنه يُتبع بتدابير انتصاف تلقائية تتجلى في وقف مختلف إجراءات الإنفاذ التي قد تُتخذ لولا ذلك ضمن الولاية القضائية للمحكمة المتلقية.^(٧) وعلى نقيض ذلك، لا يُتاح للممثل الأجنبي سوى انتصاف تقديري في سياق إجراء "غير رئيسي".^(٨)

٦٢- ومن الناحية الاستدلالية، فإن للمحكمة المتلقية الحق فيما يلي:

(أ) أن تفترض أن أي قرار أو شهادة من النوع الذي تشير إليه الفقرة ٢ من المادة ١٥ هي وثيقة أصلية؛^(٩)

(ب) أن تفترض أن جميع الوثائق المقدّمة دعماً لطلب الاعتراف بالإجراء هي وثائق صحيحة سواء كانت مصدّقة قانونياً أم لم تكن؛^(١٠)

عبارة "محل الإقامة المعتاد" في هذا السياق، انظر، *Re Stojevic* [2007] BPIR 141، الفقرة ٥٨ وما يليها. واعتبرت المحكمة أن محل الإقامة المعتادة للرجل هي أساساً بيته الاعتيادي الدائم والمكان الذي يعيش فيه مع زوجته وأسرته إلى أن يكبر ويغادر البيت إذا كان من أفراد الأسرة الأصغر سناً، وهو البيت الذي يعود إليه من رحلات العمل التي يقوم بها إلى مكان آخر أو إلى الخارج. ولاحظت أيضاً أنه يمكن أن يكون للرجل محل إقامة آخر يُسمى هنا محل الإقامة المعتاد، وهو المكان الذي يعيش فيه، لكن ليس هو بيته الاعتيادي الدائم، وهو المكان الذي يعيش فيه عندما يكون بعيداً عن بيته لأغراض العمل أو في إجازة مع زوجته وأسرته. وتبعاً لطبيعة عمل الرجل، يمكن أن يعيش بعيداً عن بيته الاعتيادي الدائم مدة تزيد أيامها في السنة عن عدد الأيام التي يقضيها هناك مع زوجته وأسرته. انظر أيضاً قضية *Williams v Simpson* (الرقم ٥)، الفقرات ٤١-٤٩.

(5) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (و)، والمناقشة الواردة في الفقرات ١١١-١١٤ أدناه.

(6) انظر الفقرة ٥٢ أعلاه.

(7) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢٠. انظر أيضاً الفقرات ١٢٨-١٣٥ أدناه.

(8) المرجع نفسه، المادة ٢١. انظر أيضاً الفقرات ١٣٦-١٥٣ أدناه.

(9) المرجع نفسه، الفقرة ١ من المادة ١٦.

(10) المرجع نفسه، الفقرة ٢ من المادة ١٦.

(ج) "أن تفترض أن المكتب الرئيسي المسجل للمدين، أو محل إقامته المعتاد في حالة المدين الفرد"، هو مركز مصالح المدين الرئيسية، "ما لم يثبت خلاف ذلك".^(١١)

٦٣- وعادة ما يتوقف تحديد ما إذا كان الإجراء "الأجنبي" ذا طابع يستوفي معايير إجراء "رئيسي"، على ما يقدمه الخبراء من أدلة بشأن القانون الداخلي ذي الصلة في الدولة التي يُستهل فيها الإجراء. وينطوي البت فيما إذا كانت "المؤسسة" موجودة (لإثبات إجراء غير رئيسي) على مسألة وقائية. فتبعاً للقانون الوطني المعمول به، قد يكون بمسئطاع المحكمة المتلقية أن تعول، في حال عدم وجود أدلة خبراء، على استنساخ القوانين التشريعية وغيرها من الوسائل التفسيرية التي تعين على تحديد حالة الشكل المعين الذي يتخذه إجراء الإعسار قيد النظر.^(١٢)

٦٤- وكان عدد من القضايا التي بُتَّ فيها والتي نُظر في سياقها في معاني مصطلحات "إجراء أجنبي" و"إجراء أجنبي رئيسي" و"إجراء أجنبي غير رئيسي" يتعلق بأعضاء في مجموعات شركات. غير أن قانون الأونسيترال النموذجي موجه إلى كيانات فردية، لا إلى مجموعة شركات ككل،^(١٣) ولأغراض هذا القانون، فإنَّ التركيز ينصب على كل عضو من أعضاء مجموعة شركات بوصفه كيانا قانونيا متميزا. وقد يقع مركز المصالح الرئيسية لكل عضو من أعضاء المجموعة في الولاية القضائية نفسها، وفي هذه الحالة يمكن معالجة إعسار أولئك الأعضاء في المجموعة بصورة جماعية، لكن لا مجال للتعامل مع مركز المصالح الرئيسية لمجموعة شركات من حيث هي كذلك في إطار القانون النموذجي.

٦٥- ولأغراض بدء إجراء بموجب قوانين الدولة المانحة للاعتراف، يعتبر الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي دليلاً على أن المدين معسر، ما لم يقدم دليل على خلاف ذلك.^(١٤)

(11) المرجع نفسه، الفقرة ٣ من المادة ١٦.

(12) يمكن الاطلاع على توضيح لهذا النهج في قضية شركة بيتكوروب (Betcorp)، التي استخدمت فيها محكمة الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس مذكرة تفسيرية مرفقة بمشروع قانون في أستراليا ومعدّة لمساعدة البرلمان على فهم غرض وهيكل القانون الذي طلب إليه النظر فيه. ويجوز للمحكمة المحلية في أستراليا أن تستعين بهذه المذكرة من أجل تبديد أوجه الغموض، ولكنها غير ملزمة بذلك.

(13) انظر أيضا Eurofood, para. 37.

(14) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٣١.

٢- الإجراء القضائي أو الإداري الجماعي

٦٦- كان الغرض من قانون الأونسيترال النموذجي ألا يطبق إلا على أنواع معينة من نظم الإعسار. ويستند مفهوم إجراء الإعسار "الجماعي" إلى قدرة ممثل إعسار واحد على السيطرة على تسهيل الموجودات لغرض توزيعها بالتناسب على جميع الدائنين (رهنًا بالأولويات التشريعية الداخلية)، وذلك على نقيض إجراء يقصد منه مساعدة دائن معين في الحصول على سداد مبلغ ما، أو إجراء يتوخى منه تحقيق أغراض أخرى غير غرض معالجة إعسار المدين.

٦٧- وضمن المعالم المحددة لتعريف "الإجراءات الأجنبية"، قد تكون هناك طائفة متنوعة من الإجراءات الجماعية مؤهلة للحصول على الاعتراف بها. ومن المتوقع أن يكون بعض هذه الإجراءات إلزاميا، بينما قد يكون بعضها الآخر طوعيا، وقد يكون بعضها ذا صلة بتصفية موجودات المدين؛ في حين قد يركز بعضها الآخر على إعادة تنظيم شؤون المدين. والغرض أيضا من قانون الأونسيترال النموذجي هو أن يتناول الحالات التي يحتفظ فيها المدين (مؤسسة كان أم فردا) بقدر من المراقبة على موجوداته المالية، حتى وإن كان ذلك بإشراف من محكمة أو هيئة مختصة أخرى.^(١٥)

٦٨- وقد يُطلب إلى القضاة أن يفصلوا في مدى وجود إجراء إعسار "جماعي" خاضع للقانون النموذجي، وقد تكون هناك عدة حالات تساعد في هذا المضمار.

٦٩- ففي قضية شركة بيتكوروب (*Betcorp*)، قضت محكمة في الولايات المتحدة بأن إجراء التصفية الطوعي الذي استُهل بموجب القانون الأسترالي هو إجراء إداري يندرج في نطاق القانون النموذجي. ونظرا لأن التصفية الطوعية مكّنت من تسهيل موجودات لصالح جميع الدائنين، فقد اعتبر أن الجانب اللازم للإجراء "الجماعي" موجود.^(١٦) ورأت محكمة في الولايات

(15) دليل الاشتراع، الفقرة ٢٤؛ كما هو الحال مثلا فيما يُسمى بالمدين الحائز.

(16) *Betcorp*, p. 281. وأشارت المحكمة الأسترالية في قضية تاكر (*Tucker*) (الرقم ٢)، ص ١٤٨٥-١٤٨٦ إلى رأي مخالف حول ذلك النوع من الإجراءات الطوعية (انظر ملخصات القضايا) في سياق النظر في مدلول "إجراءات الإعسار"، في المادة ٢. واستشهدت المحكمة بالذاكرة التفسيرية المرفقة بمشروع قانون الإعسار عبر الحدود لعام ٢٠٠٨، التي تشير إلى أن "عبارة" إجراءات الإعسار "قد تتضمن معنى فنيا متخصّصا غير أن المقصود منها في الفقرة الفرعية (أ) [التي تشير إلى المادة ٢ من القانون النموذجي] هو أن تشير بوجه عام إلى الإجراءات التي تتعلق بالشركات الواقعة في ضائقة مالية شديدة". وأشارت المحكمة أيضا إلى ورقة استشارية أعدتها الخزنة الأسترالية، وتنص على أنه في سياق قانون الشركات الأسترالي، سيتسع نطاق القانون النموذجي ليشمل إجراءات التصفية الناشئة عن الإعسار وإعادة الهيكلة وإعادة التنظيم. بموجب الجزء ٥-١ وعمليات الإدارة الطوعية بموجب الجزء ٥-٣-ألف. [...] ولن يشمل أيضا التصفية التي يقوم

المتحدة أن إجراء الحراسة القضائية الذي استُهلّ في قضية شركة غولد آند هوني (*Gold & Honey*) بموجب القانون الإسرائيلي لا يُعدّ إجراءً إجبارياً أو إجراً جماعياً على أساس أنها لم تلزم الجهات المتلقية بأن تراعي حقوق جميع الدائنين وواجباتهم، وأن الغرض منها في المقام الأول هو تمكين طرف معين من تحصيل ديونه.^(١٧) وفي قضية شركة التأمين البريطانية الأمريكية (*British American Insurance*)، اتفقت المحكمة مع المحكمتين اللتين نظرنا في قضيتي بيتكوب و غولد آند هوني على معنى مصطلح "جماعي"، مشيرة إلى أن هذه الإجراءات تنوحي النظر في المطالبات المقدمة من مختلف أنواع الدائنين وكذلك على معالجة هذه المطالبات في نهاية المطاف، فضلاً عن إتاحة إمكانية مشاركة الدائنين في الإجراءات الأجنبية.^(١٨)

٧٠- وفي قضية أخرى، وهي قضية مصرف ستانفورد الدولي (*Stanford International Bank*)، قرّرت المحكمة في إنكلترا أن أمر الحراسة القضائية الصادر عن محكمة في الولايات المتحدة لا يعتبر إجراءً جماعياً وفقاً لقانون إعسار. وقضت المحكمة المتلقية بأن ذلك الأمر قد صدر بعد تدخل من لجنة الأوراق المالية في الولايات المتحدة "لمنع استمرار عملية احتيال واسعة النطاق". وكان الغرض من ذلك الأمر هو منع إلحاق الضرر بالمستثمرين، لا إعادة تنظيم الشركة أو إدارة الموجودات لصالح جميع الدائنين.^(١٩) وحظي هذا الرأي بالتأييد في الاستئناف، وذلك لأسباب تُعزى في جانب كبير منها إلى ما بيّنته المحكمة الإنكليزية الأدنى درجة.^(٢٠)

٣- الخضوع لمراقبة "محكمة أجنبية" أو إشرافها

٧١- لا يميّز تعريف "المحكمة الأجنبية"^(٢١) بين إجراء إعادة تنظيم أو إجراء تصفية يخضع لمراقبة أو إشراف هيئة قضائية أو إدارية. وقد أُخذ بهذا النهج ضماناً لانسحاب تعريف

بما الأعضاء طوعاً أو التصفية بقرار قضائي [Corporate Law Economic Reform Program's Proposals for Reform: Paper no 8, Cross-Border Insolvency – Promoting international cooperation and coordination, p23]

.*Gold & Honey*, p. 370 (17)

.*British American Insurance*, p. 902 (18)

.*Stanford International Bank*, paras. 73 and 84 (19)

.*Stanford International Bank* (on appeal), paras. 26-27 (20)

(21) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (هـ).

"الإجراء القضائي" حتى على النظم القانونية التي تتولّى فيها هيئات غير قضائية مهمة المراقبة أو الإشراف.^(٢٢)

٧٢- ولم يحظ مفهوم "المراقبة أو الإشراف" سوى باهتمام ضئيل من الهيئات القضائية حتى الآن. وثمة نهجان يمكن اتباعهما في هذا الصدد، وقد نُوقِشَ أولهما في سياق قضية شركة بيتكوروب. وعلى الرغم من أنّ نوع الإجراء المطلوب الاعتراف به قد استُهل من دون أيّ تدخل للمحكمة من خلال تصويت الشركة المعنية عليه، فقد اعتبرت المحكمة أنّ معيار "المراقبة أو الإشراف"^(٢٣) مستوفى على أساس الرقابة الإدارية أو القضائية التي يمارسها المصفون المسؤولون عن إدارة الإجراء الجماعي بالنيابة عن جميع الدائنين، لا على أساس مراقبة موجودات المدين وشؤونه أو الإشراف عليها. ورأى القاضي أنّ اللجنة الأسترالية للأوراق المالية والاستثمار تتحمل مسؤوليات عن الإشراف على المصفين في إطار أدائهم لواجباتهم، وأنّ اللجنة قد تشترط عليهم الحصول على إذن قبل اتخاذ إجراءات معيّنة (من قبيل تمزيق الدفاتر والسجلات) وأنّ لديها القدرة على تجريد أيّ شخص من صلاحية القيام بمهمة التصفية أو إبطال هذه الصلاحية. وبناء على ذلك، انتهى القاضي إلى أنّ اللجنة الأسترالية للأوراق المالية والاستثمار هي "هيئة مختصة بمراقبة أيّ إجراء أجني والإشراف عليه" لأغراض تعريف "الإجراء الأجنبي". بموجب قانون الأونسيترال النموذجي.^(٢٤)

٧٣- وثمة رأي مخالف مفاده أنّ وجود قواعد تنظيمية معيّنة لا يشكّل في حد ذاته مراقبة لموجودات المدين وشؤونه أو الإشراف عليها، وخاصة في الحالات التي تقتصر فيها صلاحيات هيئة التنظيم الرقابي على ضمان أداء ممثلي الإعسار لوظائفهم على الوجه الصحيح، ولا تعني بالإشراف على إجراءات إعسار محدّدة.

٧٤- وعلاوة على الاستنتاج الذي خرجت به المحكمة في قضية شركة بيتكوروب فيما يتعلق بهيئة التنظيم الرقابي، فقد رأت أنّ إجراءات التصفية الطوعية تخضع لإشراف هيئة قضائية؛ وهي المحاكم الأسترالية. واستند ذلك الرأي إلى العوامل الثلاثة التالية: (أ) قدرة المصفين والدائنين في سياق تصفية طوعية على استصدار قرار من المحكمة في أيّ مسألة تنشأ في إطار هذه التصفية؛ و(ب) ولاية الإشراف العامة التي تمارسها المحاكم الأسترالية على

(22) دليل الاشتراع، الفقرة ٧٤.

(23) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (أ).

(24) *Betcorp*, p. 284. تأييدا لهذا الاقتراح، اعتمد القاضي على قضية *Tradex Swiss AG* 384 BR 34 at 42 (2008)، التي رُئي فيها أنّ اللجنة الاتحادية السويسرية للشؤون المصرفية هي "محكمة أجنبية" لأنها تولت المراقبة والإشراف على تصفية كيانات في تجارة السمسرة.

ما يتخذه المصفون من إجراءات؛ و(ج) قدرة أي شخص "يتضرر من فعل قام به المصفي أو تركه أو من قرار اتخذه" على الاستئناف أمام إحدى المحاكم الأسترالية، التي قد تؤيد ذلك الفعل أو القرار أو تنقضهما أو تعدلهما، أو تعالج ترك الفعل، بحسب مقتضى الحال".^(٢٥)

٤ - الإجراء "الرئيسي": مركز المصالح الرئيسية

٧٥- لكي تعترف المحكمة المتلقية بإجراء أجنبي على أنه إجراء "رئيسي" في حالة شركة مدينة، فإنَّ عليها أن تحدد أن "مركز مصالح [المدين] الرئيسية" يقع داخل الدولة التي ينشأ فيها الإجراء الأجنبي.^(٢٦) ولعل أصل مفهوم "مركز المصالح الرئيسية" والطريقة التي يُطبق بها على القضايا التي بُتَّ فيها من الأمور التي قد تساعد القضاة الذين يحاولون جاهدين حل هذه المسألة.

٧٦- ولأغراض قانون الأونسيترال النموذجي، أُتخذ قرار متعمد بعدم تعريف عبارة "مركز المصالح الرئيسية". وهذا المفهوم مقتبس من اتفاقية الاتحاد الأوروبي المتعلقة بإجراءات الإعسار (الاتفاقية الأوروبية) وذلك من باب الحرص على الاتساق.^(٢٧) ولم تكن الاتفاقية الأوروبية قد دخلت بعد حيز النفاذ أثناء وضع القانون النموذجي في صيغته النهائية، وانقضى أجل نفاذها لاحقاً بسبب عدم تصديق جميع الدول الأعضاء عليها.^(٢٨)

٧٧- وفيما بعد، طُبِّقت لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية رقم ١٣٤٦/٢٠٠٠ المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإعسار (لائحة المجلس الأوروبي التنظيمية) على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي (باستثناء الدانمرك)، باعتبارها وسيلة لمعالجة قضايا الإعسار عبر الحدود داخل الاتحاد الأوروبي. ونُقل مفهوم "الإجراءات الرئيسية" و"مركز المصالح الرئيسية" إلى نص لائحة المجلس الأوروبي.^(٢٩) وعلى النقيض من أحكام قانون الأونسيترال النموذجي، فإنَّ لائحة المجلس الأوروبي تشدّد على ضرورة توفير "إمكانية تحقُّق أطراف ثالثة"

(25) *Betcorp*, pp. 283-284.

(26) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (ب).

(27) انظر دليل الاشتراع، الفقرة ٣١؛ قارن المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية.

(28) للاطلاع على السوابق ذات الصلة، انظر آراء المحامين العامين في المرجع التالي: *Re Staubitz-Schreiber*

[2006] ECR I-701 and *Eurofood*, at para 2. For a more extensive discussion see Moss, Fletcher and Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (2nd ed. 2009 Oxford University Press), paras 1.01-1.25.

(29) لائحة المجلس الأوروبي، الحثيثان (١٢) و(١٣) الواردتان أدناه.

من مركز المصالح الرئيسية.^(٣٠) ويلاحظ دليل اشتراع القانون النموذجي أن مفهوم "مركز المصالح الرئيسية" مطابق للصيغة الواردة في المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية ويسلم باستحسان كونها "ترتكز إلى التنسيق الآخذ في النشوء بشأن مفهوم الإجراء الرئيسي".^(٣١) ولكن برغم تماثل المفاهيم الواردة في النصين، فإنهما مختلفان من حيث الغرض المنشود منهما. فتحديد "مركز المصالح الرئيسية" في إطار لائحة المجلس الأوروبي مسألة تتعلق بالولاية القضائية التي ينبغي استهلال الإجراءات الرئيسية فيها. أما تحديد "مركز المصالح الرئيسية" في إطار القانون النموذجي فيتعلق بالآثار المترتبة على الاعتراف، وأبرز هذه الآثار تدابير الانتصاف المتاحة للمساعدة في إتمام الإجراء الأجنبي.

٧٨- وتنص الحثيتان (١٢) و(١٣) من لائحة المجلس الأوروبي على ما يلي:

"(١٢) تمكّن هذا اللائحة من بدء إجراءات الإعسار الرئيسية في الدولة العضو التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية. وهذه الإجراءات عالمية النطاق ويُقصد منها أن تشمل جميع موجودات المدين. وحماية لتنوع المصالح، فإن هذه اللائحة تمكّن من بدء إجراءات ثانوية تُدار بصورة متوازية مع الإجراءات الرئيسية. ويجوز بدء الإجراءات الثانوية في الدولة العضو التي يملك فيها المدين مؤسسة. وتقتصر آثار الإجراءات الثانوية على الموجودات الواقعة في تلك الدولة. وتفي القواعد الإلزامية المتعلقة بتنسيق الإجراءات الثانوية مع الإجراءات الرئيسية بالحاجة إلى تحقيق الوحدة على صعيد الجماعة."^(٣٢)

"(١٣) ينبغي أن يطابق "مركز المصالح الرئيسية" المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بانتظام وأن تتاح للأطراف الثالثة، من ثم، إمكانية التحقق منه."

(30) المرجع نفسه، الحثية (١٣).

(31) دليل الاشتراع، الفقرة ٣١. انظر الوثيقة A/52/17، الفقرة ١٥٣، التي تشير إلى أن "... تفسير هذه العبارة في سياق الاتفاقية سيكون مفيدا أيضا في سياق [القانون] النموذجي." وتجدر الإشارة إلى أن لائحة المجلس الأوروبي لا تحدّد مركز المصالح الرئيسية - انظر الحثية ١٣ أدناه. وخلال مناقشة فريق الأونسيرال العامل التي جرى فيها التفاوض حول القانون النموذجي لوحظ أن اختيار مفهوم مركز المصالح الرئيسية لتحديد الإجراءات الرئيسية يتيح عدة مزايا، منها أنه سينسجم مع النهج والمصطلحات المستعملة في الاتفاقية الأوروبية. ومن شأن ذلك أن يمكّن من استخدام القانون النموذجي للإسهام في وضع مصطلحات موحدة ومفهومة على نطاق واسع، وتجنّب الإسهام عن غير قصد في تنويع للمصطلحات غير مرغوب فيه (A/CN.9/422، ص ٢٠، الفقرة ٩٠).

(32) تشير لائحة المجلس الأوروبي إلى إجراءات ثانوية، في حين يستخدم القانون النموذجي إجراءات غير رئيسية. والإجراءات الثانوية بموجب لائحة الجماعة الأوروبية هي إجراءات تصفية: المادة ٣-٣.

- ٧٩- وأعدّ تقرير تفسيري عن الاتفاقية الأوروبية (تقرير فيرغوس-شميت)،^(٣٣) ترقّباً لتصديق جميع الدول الأعضاء عليها. ويقدم هذا التقرير إرشادات بشأن مفهوم "إجراءات الإعسار الرئيسية"، وقد حظي بقبول عام باعتباره أداة تعين على تفسير مصطلح "مركز المصالح الرئيسية" في لائحة المجلس الأوروبي، على الرغم من سقوط الاتفاقية لاحقاً.
- ٨٠- ويوضح تقرير فيرغوس-شميت مفهوم "إجراءات الإعسار الرئيسية" على النحو التالي:

"٧٣- إجراءات الإعسار الرئيسية"

"تمكّن الفقرة ١ من المادة ٣ من بدء إجراءات إعسار رئيسية شاملة في الدولة المتعاقدة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية، وهي إجراءات عالمية النطاق وتُتوخّى منها أن تشمل جميع موجودات المدين في جميع أرجاء العالم وإلى التأثير على جميع الدائنين، أينما وجدوا.

"ويجوز بدء مجموعة واحدة فقط من الإجراءات الرئيسية في الإقليم المشمول بالاتفاقية.

...

٧٥- يجب تفسير مفهوم "مركز المصالح الرئيسية" على أنه المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بانتظام ويمكن من ثمّ للأطراف الثالثة التحقق منه.

"وليس من الصعب توضيح الأساس المنطقي لهذه القاعدة، فالإعسار خطّار متوقع. لذا فإنّ من الضروري أن تستند الولاية القضائية الدولية (التي سنرى أنّها تستلزم تطبيق قوانين الإعسار الخاصة بتلك الدولة المتعاقدة) إلى مكان معروف لدائني المدين المحتملين، الأمر الذي يمكن من تقدير المخاطر القانونية التي يتعين افتراضها في حالة الإعسار.

"والقصد من استخدام مصطلح "المصالح" هو ألا يقتصر على الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الأنشطة المهنية فحسب، بل أن يشمل أيضاً الأنشطة الاقتصادية العامة، كما يتسنى إدراج أنشطة الأفراد العاديين (كالمستهلكين). أما

(33) انظر Glossary, para. 7(g). وأعدّ هذا التقرير قبل فتح باب التوقيع على الاتفاقية في ٢٣ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥.

صفة "الرئيسي" فهي بمثابة معيار للحالات التي تشمل فيها هذه المصالح أنواعاً مختلفة من الأنشطة تُدار من مراكز مختلفة.

"ومن حيث المبدأ، فإنَّ مركز المصالح الرئيسية فيما يتعلق بالمهنيين هو محل إقامتهم المهني، أما بالنسبة للأشخاص الطبيعيين فهو عموماً محل إقامتهم المعتاد. وحينما يتعلق الأمر بالشركات والأشخاص الاعتباريين، فإنَّ الاتفاقية تفترض أنَّ مركز مصالح المدين الرئيسية هو مكان مكتبه المسجَّل، ما لم يثبت خلاف ذلك. وهذا المكان يطابق عادة المكتب الرئيسي للمدين."

٨١- وهناك حالياً عدد من قرارات المحاكم التي تناولت معنى عبارة "مركز المصالح الرئيسية"، سواء في سياق لائحة المجلس الأوروبي أو في القوانين الداخلية المبنية على قانون الأونسيترال النموذجي. وقد برز عدد من الاختلافات الدقيقة في النهج المتبع، ولكن هذه الاختلافات قد تكون ظاهرية أكثر منها واقعية.

٨٢- وأبرز قرار أوروبي في هذا المضمار هو القرار الصادر في قضية شركة يوروفود (Eurofood)، والذي نشأ عن نزاع نشب بين محكمة إيرلندية ومحكمة إيطالية حول ما إذا كان "مركز المصالح الرئيسية" لشركة فرعية معسرة لديها مكتب مسجَّل في دولة أخرى غير دولة الشركة الأم، يقع في الدولة التي يوجد فيها مكتبها المسجَّل أو في دولة الشركة الأم.

٨٣- وللإجابة على هذا السؤال، كان على محكمة العدل للجماعات الأوروبية أن تحدّد قوة الافتراض الذي مفاده أن يُنظر إلى المكتب المسجَّل لشركة معيّنة على أنه مركز مصالحها الرئيسية. ولأغراض لائحة الجماعة الأوروبية، فيما يلي نص الافتراض الوارد في الفقرة ١ من المادة ٣: (٣٤)

المادة ٣

الاختصاص الدولي

"١- تتمتع محاكم الدولة العضو التي يوجد على أراضيها مركز مصالح المدين الرئيسية باختصاص بدء إجراءات الإعسار. ويُفترض في حالة الشركات أو الأشخاص الاعتباريين أن يكون محل المكتب المسجَّل هو مركز المصالح الرئيسية للشركة أو الشخص المعني، ما لم يقدم دليل على خلاف ذلك."

(34) قارن الفقرة ٣ من المادة ١٦ من قانون الأونسيترال النموذجي. انظر أيضاً Virgos-Schmit, para. 76.

٨٤- ورأت محكمة العدل للجماعات الأوروبية أنه "عند تحديد مركز المصالح الرئيسية لشركة مدينة ما، فإنّ من المتعذر دحض الافتراض البسيط الذي تنص عليه تشريعات الجماعة الأوروبية لصالح المكتب المسجل ... إلا إذا كانت هناك على السواء عوامل موضوعية يُمكن لأطراف ثالثة أن تتحقق منها وتثبت كذلك أنّ هناك واقعا يختلف عن الوضع الذي يظهر عند اعتبار ذلك المركز كائنا في ذلك المكتب المسجل".^(٣٥)

٨٥- ولدى نظر محكمة العدل للجماعات الأوروبية في افتراض المكتب المسجل، ارتأت أنّ من الممكن دحضه في حال وجود "شركة تعتبر بمثابة صندوق بريد" لا تقوم بأيّ أعمال على أراضي الدولة التي يوجد فيها مكتبها المسجل.^(٣٦) وفي المقابل، رأت المحكمة أنّ مجرد كون الشركة الأم قد حدّدت خيارات اقتصادية (لأسباب ضريبية على سبيل المثال) فيما يخص المكان الذي قد يقع فيه المكتب المسجل للشركة الفرعية التابعة لها، لا يكفي لدحض الافتراض.^(٣٧)

٨٦- وتولي شركة يوروفود اهتماما كبيرا لضرورة توفير القدرة على التنبؤ فيما يتعلق بتحديد مركز مصالح المدين الرئيسية. وعلى نقيض شركة يوروفود، اعتمدت محكمة الاستئناف الأولى بالولايات المتحدة، في قضية شركة سفينكس (*SPhinX*) وجهة نظر أوسع نطاقا بشأن صلاحية تحديد مركز المصالح الرئيسية.

٨٧- وبموجب الفصل ١٥ من قانون الإفلاس في الولايات المتحدة (الفصل الذي اعتمد بموجبه قانون الأونسيتال النموذجي)، غيّرت صيغة الافتراض من "إثبات" العكس إلى وجود "دليل" يفيد العكس.^(٣٨) وتوحي السوابق التشريعية لهذا التغيير بأنه يراعي المصطلحات المتداولة في الولايات المتحدة، أي أنّ طريقة استخدام كلمة "دليل" (*evidence*) قد تجسّد على نحو أدق مدلول مصطلح "إثبات" (*proof*) كما يُستخدم في بعض الدول الأخرى

(35) *Eurofood*, para. 34.

(36) المرجع نفسه، الفقرة ٣٥.

(37) المرجع نفسه، الفقرة ٣٦. انظر أيضا الملخص الكامل لاستنتاجات المحكمة بشأن هذا الموضوع في الفقرة ٣٧ من القرار.

(38) ينص الباب ١٥١٦ (ج) من قانون الإفلاس في الولايات المتحدة على ما يلي: "يُفترض أن يكون ... مكتب المدين المسجل هو مركز مصالحه الرئيسية ما لم يثبت العكس."

الناطقة بالإنكليزية.^(٣٩) وهذا هو السياق الذي يجب أن يُقرأ ضمنه القرار الصادر في قضية سفينكس والقرارات الصادرة لاحقا عن محاكم الولايات المتحدة.

٨٨- وتعلق قضية سفينكس بالتماس قدمه ممثلو الإعسار المؤقتون عن شركة مسجلة في جزر كايمان للاعتراف بهذا النظام على أنه "إجراء رئيسي". ورفضت المحكمة ذلك الالتماس واعترفت بالإجراء على أنه إجراء غير رئيسي. ويستفاد من قضية سفينكس أن استنتاج وجود مفاضلة غير سليمة بين محاكم قد يكون من العوامل التي تُؤخذ في الحسبان عند تحديد مركز المصالح الرئيسية للشركة المدينة. وذكرت محكمة الاستئناف ما يلي:^(٤٠)

"إن هذه التحليلات غير الصحيحة للغرض والطعون، إلى جانب اعتبارات عملية، أدت مجتمعة إلى استنتاج محكمة قضايا الإفلاس بأنه، عندما تشير عوامل موضوعية عدة إلى أن جزر كايمان ليست هي مركز مصالح المدين الرئيسية، وأن الاعتراف بالإجراءات القائمة في هذه الجزر على أنها إجراءات غير رئيسية لن يخلق آثارا سلبية على ما يبدو، فذلك هو الخيار الأفضل.

"وإجمالا، فقد كان من المناسب أن تنظر محكمة قضايا الإفلاس في العوامل التي نظرت فيها، وأن تحتفظ بمرونتها، وأن تتوصل إلى تسوية عملية مدعومة بوقائع مقررّة. ولم يُستشهد بأيّ حجة قانونية تثبت خلاف ذلك."

٨٩- وفي قضية شركة بير ستيارنز (*Bear Stearns*)، أولت محكمة الولايات المتحدة مزيدا من الاهتمام لمسألة تحديد مركز مصالح المدين الرئيسية. ومرة أخرى كان طلب الاعتراف بالإجراء يتعلق بشركة مسجلة في جزر كايمان كانت قد وضعت قيد التصفية المؤقتة في نطاق تلك الولاية القضائية.

٩٠- وحددت المحكمة الأساس المنطقي لتغيير الافتراض المأخوذ به في تشريعات الولايات المتحدة، بشأن الاستعاضة عن كلمة "إثبات" بكلمة "دليل". وقال القاضي، بالرجوع إلى سوابق الحكم التشريعية:

The United States Congressional Report sets out the legislative history: HR Rep No 31, (39) 109th Cong, 1st Session 1516 (2005).

.SPhinX, p. 21 (40)

"إن الافتراض القاضي بأن يكون مكان المكتب المسجل هو أيضا مركز مصالح المدين الرئيسية قد أُدرج من أجل الإسراع بعملية الإثبات وتسهيلها في حال عدم وجود خلاف شديد." (٤١)

٩١ - وذكر القاضي أن هذا الأمر "يسمح باتخاذ إجراءات سريعة ويشجّع على اتخاذها في الحالات التي قد تكون فيها السرعة ضرورية، ويترك مسألة تحديد "المركز" الحقيقي للمدين مفتوحة للمناقشة في الحالات التي تكون فيها الوقائع أكثر مدعاة للشك". وأضاف القاضي قائلا إن هذا "الافتراض ليس بديلا مفضلا عندما يكون هناك فصل بين الولاية القضائية التي تأسست فيها الشركة ومقرها الحقيقي". (٤٢)

٩٢ - وأشارت المحكمة في قضية شركة بير ستيرنز (Bear Stearns) إلى عبء دحض الافتراض، واعتبرت أن هذا العبء يقع على عاتق الممثل الأجنبي الذي يسعى إلى الحصول على الاعتراف بإجراء لإثبات أن مركز المصالح الرئيسية يقع في مكان آخر غير مكان المكتب المسجل. (٤٣) وفي هذه الحالة تحديدا، اعتبرت المحكمة أن الافتراض داحض بالدليل المقدم من الممثل الأجنبي تأييدا للالتماس. وكانت جميع الأدلة تشير إلى أن مكان العمل الرئيسي يقع في الولايات المتحدة.

٩٣ - وبعد مناقشة الحكم الصادر في قضية شركة يورو فود (Eurofood)، أعربت محكمة الولايات المتحدة عن رأي مفاده أن المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بانتظام ويمكن لأطراف ثالثة من ثم التحقق منه، يعادل عموما مفهوم "مكان العمل الرئيسي" في قانون الولايات المتحدة. (٤٤) وهذا المفهوم قد عرّفته المحكمة العليا في الولايات المتحدة في الآونة الأخيرة بأنه "المركز العصبي" لأغراض بعض القوانين، وذلك في قضية شركة هيرتز

(41) انظر الحاشية ٣٨.

(42) Bear Stearns, p.128.

(43) المرجع نفسه، الصفحة ١٢٨.

(44) المرجع نفسه، الصفحة ١٢٩.

ضد فريند (*Hertz Corp v Friend*).^(٤٥) ويبدو أن هذا النهج قد أُتبِع في قضية فيرفيلد سينتري (*Fairfield Sentry*) لأغراض القانون النموذجي.^(٤٦)

٩٤ - واستُؤنف القرار الصادر في قضية شركة بير ستيرنز بحجة أنه لا "يتفق" مع مبادئ المجاملة القضائية والتعاون وأن القاضي أخطأ في تفسير الافتراض. وفي استئناف الحكم، لم يجد قاضي الاستئناف صعوبة في استنتاج أن مفهوم الاعتراف طغى على مبادئ المجاملة القضائية، واعتبر أنه ينبغي التفريق بين "الاعتراف" و"الانتصاف". وجرى اتِّباع القرار الصادر في قضية شركة بير ستيرنز في قضية شركة أطلس شيبينغ (*Atlas Shipping*) حيث رأت المحكمة أنه بمجرد أن تعترف المحكمة بإجراء أجنبي رئيسي، فإنَّ الفصل ١٥ ينص صراحةً على أنَّ المحكمة تمارس سلطتها التقديرية فيما يتعلق بصوغ تدابير الانتصاف المناسبة في مرحلة ما بعد الاعتراف، بما يتفق مع مبادئ المجاملة.^(٤٧) كما تُسجَّح على منوال ذلك القرار في قضية شركة ميتكالف ومانسفيلد (*Metcalf and Mansfield*)، التي طُلِب فيها إلى محكمة الولايات المتحدة إنفاذ أوامر انتصاف معينة صادرة عن محكمة كندية، وهي أوامر أوسع نطاقاً مما هو مسموح به بمقتضى قانون الولايات المتحدة. ولاحظت المحكمة أن مبادئ المجاملة القضائية لا تتطلب تطابق الانتصاف الممنوح في إطار الإجراءات الأجنبية والانتصاف المتاح في الولايات المتحدة. وكان المعيار الأساسي هو تحديد مدى استيفاء الإجراءات المتبعة في الإجراءات الأجنبية بالمعايير الأساسية للإنصاف في الولايات المتحدة؛ ورأت المحكمة أنَّ الإجراءات الكندية تفي بهذا المعيار.^(٤٨)

٩٥ - ورأت محكمة الاستئناف في قضية شركة سفينكس أنه قد يكون من المناسب النظر إلى الافتراض على أنه داحض إن لم يعارض أحد الأطراف هذه النتيجة. أما في قضية شركة بير

(45) 130 S Ct 1181 (2010). أشارت المحكمة العليا إلى أنه ينبغي أن تركز المحاكم على المكان الفعلي الذي يجري فيه تنسيق شؤون الشركة وتوجيهها ومراقبتها، ولاحظت أن من المرجح أن يكون مكانها هذا واضحاً بجلاء لأفراد الجمهور الذين يتعاملون معها.

(46) *Fairfield Sentry*, p. 6. رأت المحكمة أن الوقائع المعروضة عليها تُوحى بأن المركز العصبي الإداري الأبعد للمدين كان خلال فترة من الزمن يوجد في جزر فيرجين البريطانية. وتشمل تلك الوقائع تكوين وموقع لجنة تقاضٍ مستقلة تدير شؤون المدين؛ وإدارة اجتماع المجلس بواسطة الهاتف مع مستشار المدين في جزر فيرجين البريطانية؛ ومنذ استهلال إجراءات التصفية في جزر فيرجين البريطانية في عام ٢٠٠٩، ظل المصفون في تلك الجزر يوجهون وينسقون شؤون المدين وأصبح موظفو المدين المقيمون في هذه الجزر ومكاتبه خاضعة لهم.

(47) *Atlas Shipping*, p. 78.

(48) *Metcalf and Mansfield*, pp. 697-698.

ستيرنز، فقد أكدت محكمة الاستئناف قرار المحكمة الأدنى درجة القاضي بأن يقع عبء دحض الافتراض على الممثل الأجنبي، وأن على المحكمة أن تؤدي واجبها على نحو مستقل فيما يخص تحديد ما إذا كان ذلك قد تم فعلاً، بصرف النظر عما إذا كان الطرف معارضاً لذلك أم لا.^(٤٩)

٩٦- واتفقت محكمة الاستئناف في قضية بير ستيرنز مع المحكمة الأدنى درجة على أن مفهوم مركز المصالح الرئيسية والافتراض المتعلق به نابعان من الاتفاقية الأوروبية، وعلى أن "مركز المصالح الرئيسية" معادل "مكان العمل الرئيسي". وأكدت محكمة الاستئناف أيضاً قائمة من العوامل المحددة في قرار المحكمة الابتدائية، التي يتعين أن تؤخذ في الاعتبار عند تقييم ما إذا كان مركز المصالح الرئيسية قد أنشئ وفقاً لطلب الاعتراف بالإجراء. وفيما يلي العوامل التي حُدِّدت في هذا الصدد:^(٥٠)

- (أ) موقع مقر الشركة المدينة الرئيسي؛
- (ب) مكان القائمين على إدارة الشركة المدينة؛
- (ج) موقع موجودات المدين الرئيسية؛
- (د) موقع غالبية الدائنين، أو على الأقل موقع المتأثرين بالقضية؛
- (هـ) القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالنازعات التي قد تنشأ بين المدين والدائن.

٩٧- وفيما يتعلق بقضية شركة بيتكورد، فعلى الرغم من أن مركز المصالح الرئيسية للشركة الأسترالية لم يكن موضع خلاف شديد على ما يبدو، فقد عرض القاضي بعض الأفكار حول هذا الموضوع، وخلص إلى أن "... عامة القضايا التي تحلل [مراكز المصالح الرئيسية] للمدينين تبرهن على أن المحاكم لا تطبق أي صيغ جامدة أو تعتبر باستمرار أحد العوامل حاسماً؛ وإنما تحلل طائفة من العوامل لتحديد بموضوعية مكان عمل المدين الرئيسي. وهذا البحث يتقصّى سبل إدارة المدين لأعماله وتدير شؤونه وعملياته، إلى جانب بحث قدرة أطراف ثالثة معقولة وعادية على تبيان أو تصوّر المكان الذي يضطلع فيه المدين بهذه الوظائف المختلفة".^(٥١) ورأى القاضي أن الوقت الذي ينبغي أن يُحدد فيه مركز المصالح الرئيسية هو الوقت الذي يُقدّم فيه طلب الاعتراف بالإجراء.^(٥٢) ويبدو أن هذا التفسير ناشئ

(49) *Bear Stearns* (on appeal), p. 335.

(50) *Bear Stearns*, p. 128; *Bear Stearns* (on appeal), p. 336.

(51) *Betcorp*, p. 292.

(52) المرجع نفسه.

عن زمن الفعل الذي استعمل في التعبير عن تعريف "الإجراء الأجنبي الرئيسي" - "يقصد به أي إجراء أجنبي ... يتم في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية". وتُثار مشكلة مماثلة فيما يتعلق بمكان وجود "المؤسسة"، في إطار تعريف "الإجراء الأجنبي غير الرئيسي" - "يقصد به إجراء أجنبي ... يُتخذ في الدولة التي توجد فيها مؤسسة للمدين ...". وطُبّق النهج المتبع في قضية شركة بيتكوروب على قضيتي شركة يوفال ران (Yuval Ran) وشركة التأمين البريطانية الأمريكية (British American Insurance).

٩٨- أما القرارات المتبقية فهي القرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف في قضية مصرف ستانفورد الدولي. وهي قضية تتعلق بتقديم طلب في إنكلترا للاعتراف بإجراء استُهلّ في أنتيغوا وبربودا. وقد بحثت المحكمة في سياق هذه القضية مسألة ما إذا كان معيار "وظائف المكتب الرئيسي" الذي أوضحته المحاكم الإنكليزية في قرارات سابقة لا يزال قاعدة قانونية صحيحة، آخذة في اعتبارها قضية شركة يوروفود.

٩٩- وقبّل القاضي في المحكمة الابتدائية عرضاً يفيد بأن إمكانية تحقّق أطراف ثالثة من الأمر هو اعتبار حاسم في هذا الصدد، وذلك باتّباع النهج المحدّد في قضية شركة يوروفود.^(٥٣) وقد أصدر القاضي هذا القرار في سياق اللائحة التنظيمية المتعلقة بالإعسار عبر الحدود لعام ٢٠٠٦ (التي اعتمدت أحكام قانون الأونسيترال النموذجي في بريطانيا العظمى)، وليس بموجب لائحة المجلس الأوروبي. وأشار القاضي لدى تحديد معنى عبارة "قابل للتحقّق"، إلى المعلومات المتاحة لعموم الجمهور والمعلومات التي يمكن أن يستخلصها طرف ثالث عادةً من تعاملاته مع المدين.^(٥٤) وفي غضون ذلك، رفض القاضي اتباع قرار أصدره سابقاً وطبق فيه معيار "وظائف المكتب الرئيسي".^(٥٥)

١٠٠- ولاحظ القاضي أنّ الاختلاف في النهج المتبع بين محاكم الولايات المتحدة والمحاكم الأوروبية فيما يتعلق بدحض الافتراض، هو أنّ محاكم الولايات المتحدة تلقي عبء إثبات أنّ الإجراءات المعنية هي "إجراءات رئيسية" على عاتق الشخص الذي يؤكد أنّها كذلك، بينما أُلقي العبء في قضية يوروفود على الطرف الذي سعى إلى دحض الافتراض.^(٥٦)

(53) *Stanford International Bank*, para. 61.

(54) المرجع نفسه، الفقرة ٦٢.

(55) المرجع نفسه، الفقرة ٦١.

(56) المرجع نفسه، الفقرتان ٦٣ و ٦٥.

١٠١- وأعرب القاضي عن بعض الشكوك حول ما إذا كانت العوامل المذكورة في قضية شركة بير سترنز^(٥٧) محددة على أساس اشتراط "إمكانية التحقق"، مشيراً إلى أن ذلك من الشروط المعتبرة في قضية شركة يوروفود. ولكن على الرغم من قائمة المعايير المحددة لم تُوصف بهذه الطريقة من جانب محكمة الولايات المتحدة، فإن من الممكن على ما يبدو أن يكون الدائن المطلع على الأقل على علم بموقع القائمين بإدارة شؤون الشركة المدينة وبمقرها الرئيسي والمكان الذي يمكن أن تقع فيه الموجودات الرئيسية وبما إذا كان المدين يزاول أعماله التجارية على الصعيد المحلي أم على الصعيد الدولي.^(٥٨) وتكمن أهمية ملاحظة المحكمة الابتدائية في قضية مصرف ستانفورد الدولي في تركيزها ضمناً على الحاجة إلى أدلة تثبت ماهية العوامل التي يمكن أن تتحقق منها أطراف ثالثة تتعامل مع المدين.

١٠٢- وأيدت محكمة الاستئناف القرار الصادر في قضية مصرف ستانفورد الدولي. ورأى القاضي رئيس الجلسة أن ثمة ترابطاً واضحاً في الحكم الرئيسي بين العبارتين المستخدمتين في قانون الأونسيترال النموذجي ولائحة المجلس الأوروبي، اللتين تتعلقان "بمركز المصالح الرئيسية" والافتراض المتعلق به.^(٥٩) وبعد مناقشة السوابق القضائية في الولايات المتحدة والسوابق القضائية الأخرى، انتهى القاضي إلى أن قاضي المحكمة الابتدائية مصيب في السير على منوال قضية شركة يوروفود، وأكد أن التفسير الوارد في تقرير فيرغوس-شميت^(٦٠) (فيما يتعلق بقابلية التحقق) كان في محله أيضاً فيما يتعلق بالإجراءات التي تقام في إطار القانون النموذجي. ولم يعتبر القاضي رئيس الجلسة بالضرورة أن الولايات المتحدة تطبق عبثاً مختلفاً على دحض الافتراض، ولكنه ترك باب المناقشة في هذه المسألة مفتوحاً.^(٦١)

١٠٣- وانضم إلى القاضي رئيس الجلسة عضو آخر من أعضاء المحكمة وافق على الأسباب التي ساقها القاضي.^(٦٢) ومع أن العضو الثالث في المحكمة أيد عموماً الآراء التي أعرب عنها

(57) انظر الفقرة ٩٦ أعلاه.

(58) *Stanford International Bank*, para. 67. قارن قائمة العوامل المحددة في الفقرة ٩٢ أعلاه.

(59) *Stanford International Bank*, (on appeal), para. 39.

(60) Virgos-Schmit report, para. 75؛ انظر الفقرة ٨٠ أعلاه.

(61) *Stanford International Bank*, (on appeal) para 55.

(62) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٩.

القاضي رئيس الجلسة، فقد أعرب عن الرأي التالي بشأن معيار "وظائف المكتب الرئيسي":^(٦٣)

"أختلف مع [القاضي رئيس الجلسة]، مع احترامي له، اختلافا طفيفا فيما يخص المعيار المراد تطبيقه لمراجعة قرار المحكمة الابتدائية بشأن موقع [مركز المصالح الرئيسية]. وعلى السيد القاضي أن يستخلص نتائج بخصوص ماهية الأنشطة التي يضطلع بها في كل مركز محتمل من [مراكز المصالح الرئيسية]، وأن يستفسر بعد ذلك عما إذا كان القيام بهذه الأنشطة يعتبر بمثابة أداء وظائف المكتب الرئيسي، وعما إذا كانت أهمية هذه الأنشطة تفوق من حيث الكمية والتنوعية أهمية الأنشطة التي يُضطلع بها في المكتب المسجل".

وقد يُنظر إلى هذه الملاحظات على أنها توحى بإلزام المحكمة بإصدار قرارها بموضوعية، بناءً على الأدلة المعروضة عليها، بشأن المكان الذي يقع فيه مركز مصالح المدين الرئيسية، بدلا من الوصول إلى هذه النتيجة بناءً على أدلة تتعلق بالأمر التي يمكن أن يتحقق منها في الواقع الدائنون وغيرهم من الأطراف المهتمة ممن يتعاملون مع المدين في سياق أعماله التجارية. وتُميل أحكام الاستئناف المتبقية الصادرة في قضية مصرف ستانفورد الدولي والقرار الصادر في قضية شركة يوروفورد إلى تأييد الاقتراح الأخير.

١٠٤- ويكشف استعراض القضايا التي تناول المسألة الشائكة المتعلقة "بمركز المصالح الرئيسية" عن مجالات النزاع التالية:

- (أ) ما هي الجهة التي تتحمل عبء إثبات دحض افتراض "المكتب المسجل"؟
 - (ب) هل ينبغي تفسير عبارة "مركز المصالح الرئيسية" تفسيراً مختلفاً في إطار القانون النموذجي وفي إطار لائحة المجلس الأوروبي، في ضوء اختلاف الأغراض التي يُستخدم لأجلها هذا المعيار؟
 - (ج) ما هي الحالات القابلة للتحقق منها بشكل موضوعي التي يمكن أن تؤخذ في الاعتبار عند تحديد موقع "مركز المصالح الرئيسية"؟ وخصوصاً في الحالات التالية:
- ١' هل ينبغي أن تُعالج المسألة قيد النظر بالرجوع إلى مكان العمل الرئيسي (أو "المركز العصبي")، أو بالرجوع إلى المكان الذي ينظر إليه المتعاملون مع الشركة على أنه المكان الفعلي الذي يجري فيه تنسيق أعمال المدين وتوجيهها والسيطرة عليها؟

(63) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٣.

٢٠ ما هي العوامل التي يمكن أن تتحقق منها بموضوعية أطراف ثالثة بالمعنى المتوخى في قضية شركة يوروفود؟ وبوجه خاص، في أي وقت يُجرى التحقيق في مركز المصالح الرئيسية - هل هو في الوقت الذي يتعامل فيه المدين تجارياً مع أطراف ثالثة أم في الوقت الذي يخضع فيه لإجراء إعسار جماعي أم في الوقت الذي يُنظر فيه في طلب الاعتراف بالإجراء؟

٢١ هل يمكن أن تأخذ المحكمة في الاعتبار محاولات المدين لإيجاد محكمة أفضل من وجهة نظره، عند البت في إمكانية منح الاعتراف؟

١٠٥ - والقضايا المحددة في هذا الصدد هي قضايا لا بدّ أن يأخذها القاضي في الاعتبار، عند تفسير التشريعات الداخلية في ضوء قانون الأونسيترال النموذجي، مع مراعاة السوابق القضائية الدولية وعوامل السياسة العامة ذات الصلة.

١٠٦ - ومن غير المحتمل، كما ذُكر سابقاً،^(٦٤) أن يكون الطرف الذي يُلقى عليه عبء دحض الافتراض هو العامل الحاسم في الغالبية العظمى من القضايا. وعادة ما يتضح من الأدلة المقدّمة من الأطراف ذات الصلة ما إذا كان المكان الذي يقع فيه المكتب المسجّل هو مركز المصالح الرئيسية. والحالة الوحيدة التي يُرجّح فيها أن يكون عبء دحض الافتراض حاسماً فيما يتعلق بطلب الاعتراف هي حالة توازن الأدلة.

١٠٧ - ومع أنّ هناك اختلافات في النهج المتبع في تحديد مركز مصالح المدين الرئيسية، فإنّ الاتجاه العام السائد في القضايا التي بُتّ فيها يؤيد فيما يبدو معيار التحقق الموضوعي من جانب الأطراف الثالثة التي تتعامل مع المدين في أوقات يعتد بها في القضية.^(٦٥) ولبّ القضية هو التركيز في بعض الولايات القضائية على عوامل محدّدة، مثل "المركز العصبي" أو "المكتب الرئيسي" للكيان المعيّن الموجه إليه طلب الاعتراف بالإجراء.

١٠٨ - وفيما يتعلق بطلب الاعتراف، هل ينبغي أن تكون المحكمة قادرة على أن تتعلّل بانتهاك إجراءاتها لتبرير رفض الاعتراف؟ وليس في قانون الأونسيترال النموذجي في حد ذاته ما يوحي بوجوب مراعاة الحالات الاستثنائية، من قبيل انتهاك الإجراءات، عند البت في طلب الاعتراف. فالقانون النموذجي يقتضي أن يبتّ في الطلب بالرجوع إلى المعايير المحددة في تعاريف كل من "الإجراء الأجنبي" و"الإجراء الأجنبي الرئيسي" و"الإجراء الأجنبي غير

(64) انظر الفقرة ٩٢ أعلاه.

(65) Eurofood and Bear Stearns.

الرئيسي". على أن من الواضح أن هناك مشكلة عندما تسفر المفاضلة غير المشروعة بين المحاكم عن وضع المدين في موقف أفضل، مع ما يترتب على ذلك من إضرار بالدائنين. ولا يمنع القانون النموذجي المحاكم المتلقية للطلب من تطبيق القانون الداخلي، ولا سيما القواعد الإجرائية، للتصدي لأي حالة إساءة استعمال للإجراءات القضائية.

١٠٩- ولعل من الطرائق البديلة لتبديد القلق من مشكلة المفاضلة غير المشروعة بين المحاكم أن يُنظر في مدى إمكانية رفض الاعتراف لأسباب تتعلق بالسياسة العامة.^(٦٦) وتندرج مسألة المفاضلة غير المشروعة بين المحاكم، عند النظر إليها من هذه الزاوية، ضمن النطاق الأوسع لإساءة استعمال الإجراءات القضائية. ويمكن سوق حجة تؤيد الرأي القائل بأن طلب الاعتراف بإجراء رئيسي هو إساءة استعمال للإجراءات القضائية، إذا كان المسؤولون عن متابعة الطلب يعرفون أن مركز المصالح الرئيسية يقع في مكان آخر، ولكنهم يقررون عمدا نقل المكتب المسجل إلى موقع مختلف لكي يدّعوا خلاف ذلك و/أو ليحجبوا هذا النوع من المعلومات عند تقديم طلب اعتراف بالإجراء. وينطوي النهج القائم على الاستثناء لاعتبارات "السياسة العامة" على مزية تتمثل في فصل مسألة التحقيق في طلب الاعتراف عن مسألة إساءة استعمال الإجراءات القضائية بطريقة تراعي قانون الأونسيترال النموذجي نصا وروحا.

١١٠- ورفضت محكمة الولايات المتحدة في قضية شركة غولد آند هوني (*Gold & Honey*) الاعتراف بإجراءات إسرائيلية لأسباب تتعلق بالسياسة العامة. وصدر في تلك القضية أمر بالحراسة القضائية في إسرائيل على شركة المدين بعد استهلال إجراءات تصفيتها في الولايات المتحدة وبعد أن دخل وقفها التلقائي حيّز النفاذ. ورفض القاضي الاعتراف بإجراء الحراسة ذلك، لأن الاعتراف به "يعني المكافأة على [انتهاك] كل من الوقف التلقائي [والأوامر الصادرة لاحقا عن المحكمة] بشأن الوقف، وإضفاء طابع الشرعية على ذلك الانتهاك".^(٦٧) ونظرا لأن الاعتراف "سيعرقل بشدة قدرة محاكم الولايات المتحدة لقضايا الإفلاس على تنفيذ سياستين وتحقيق غرضين من أهم السياسات والأغراض الأساسية المتعلقة بالوقف التلقائي - ألا وهما منع أحد الدائنين من الحصول على مزية على غيره من الدائنين، واشتراط توزيع موجودات المدين على جميع الدائنين وفقا لأولوياتهم النسبية توزيعا فعالا ومنظما"،^(٦٨)

(66) انظر المناقشة المتعلقة بالاستثناء لاعتبارات السياسة العامة في الفقرات ٤٧-٥١ أعلاه.

(67) *Gold & Honey*, p. 371.

(68) المرجع نفسه، الصفحة ٣٧٢.

اعتبر القاضي في الولايات المتحدة أن الحد الأعلى اللازم لإقرار الاستثناء لاعتبارات السياسة العامة قد استوفي.

٥- الإجراءات غير الرئيسية - "المؤسسة"

١١١- لكي يُعترف بإجراء المدين على أنه "إجراء غير رئيسي"، يجب أن تكون لديه "مؤسسة" في الولاية القضائية الأجنبية. ويندرج مصطلح "المؤسسة" ضمن تعريف "الإجراء الأجنبي غير الرئيسي" الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي. كما يُستخدم المصطلح في لائحة المجلس الأوروبي لمساعدة محاكم الدول الأعضاء في تحديد مدى توافر الاختصاص لبدء إجراءات الإعسار الثنائية، عندما يقع مركز المصالح الرئيسية في دولة عضو أخرى. وتنص الفقرة ٢ من المادة ٣ من لائحة المجلس الأوروبي على ما يلي:

المادة ٣

الاختصاص الدولي

"٢- عندما يقع مركز مصالح المدين الرئيسية داخل إقليم إحدى الدول الأعضاء، فإن المحاكم التابعة لدولة عضو أخرى لا تتمتع باختصاص بدء إجراءات الإعسار ضد هذا المدين إلا إذا كانت لديه مؤسسة داخل إقليم تلك الدولة العضو الأخرى. وتقتصر آثار تلك الإجراءات على موجودات المدين الواقعة في إقليم الدولة العضو الأخيرة".

١١٢- ويلاحظ دليل الاشتراع^(٦٩) أن تعريف "المؤسسة" قد استُوحى من الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢ من اتفاقية الاتحاد الأوروبي بشأن إجراءات الإعسار. ويقدم تقرير "فيرغوس شмит" عن هذه الاتفاقية توضيحاً إضافياً لمصطلح "المؤسسة" كما يلي:

"مكان العمليات يعني المكان الذي تُمارَس انطلاقاً منه الأنشطة الاقتصادية في السوق (أي خارجياً)، وذلك سواء كانت هذه الأنشطة تجارية أو صناعية أو مهنية. ويتبين من التركيز على النشاط الاقتصادي، الذي يتطلب الاضطلاع به موارد بشرية، أن ثمة حاجة إلى حد أدنى من التنظيم. ولا يمكن تصنيف المكان الذي تجري فيه العمليات على نحو عرضيٍّ مُحضٍّ باعتباره "مؤسسة". فمن اللازم توفر قدر معين من الاستمرارية.

(69) دليل الاشتراع، الفقرة ٧٥.

وترمي صيغة النفي ("غير العارض") إلى تفادي اشتراط فترة زمنية دنيا. والعامل الحاسم في هذا الصدد هي الكيفية التي يظهر بها النشاط في الخارج، لا نية المدين.^(٧٠)

١١٣- وتحديد مدى وجود "المؤسسة" مسألة تتعلق إلى حد بعيد بجوانب وقائية، ولا ينص القانون النموذجي على أي افتراض بهذا الشأن. وهذه المسألة الوقائية تدور بالضرورة حول الأدلة المحددة المدلى بها. ذلك أنه يجب إثبات أن المدين "يقوم بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وبيع أو خدمات" داخل الدولة المعنية.^(٧١) ولكن ثمة مشكلة قانونية تتعلق بما إذا كان مصطلح "غير عارض" يمكن أن يشير إلى فترة النشاط الاقتصادي المعنية أو إلى المكان المحدد الذي يُمارس فيه هذا النشاط.

١١٤- وقد نُوقش مصطلح "المؤسسة" في بعض السوابق القضائية. ففي قضية شركة بير ستيرنز،^(٧٢) اعتبر المصطلح المذكور معادلاً لمصطلح "مكان العمل المحلي". وقد رأت المحكمة في تلك القضية أنه لا يوجد دليل يثبت الاضطلاع بنشاط اقتصادي غير عارض في جزر كايمان. وفي الاستئناف، أوضحت محكمة الاستئناف أن أنشطة مراجعة الحسابات المضطلع بها لإعداد وثائق التأسيس لا تشكّل "عمليات" أو "أنشطة اقتصادية" لأغراض إقامة "مؤسسة"، لا هي ولا التحقيقات التي أجراها المصفون المؤقتون لمعرفة ما إذا كان يمكن إلغاء المعاملات السابقة.^(٧٣)

١١٥- ولعلّه ينبغي إيلاء مزيد من الاهتمام لعبارة "بواسطة وسائل بشرية وبيع أو خدمات"، في تعريف "المؤسسة". ويبدو أن عمليات تجارية يديرها أفراد وتشمل سلع أو خدمات تدرج ضمناً في نوع النشاط التجاري المحلي الذي يكون كافياً لاستيفاء تعريف مصطلح "المؤسسة".

١١٦- وفي قضية "يوفال ران" (Yuval Ran)، نظرت محكمة الاستئناف في موضوع 'المؤسسة' من وجهة نظر المدين الفرد وماهية الأشياء التي قد تكون كافية لتكوين 'مؤسسة'. وأشارت المحكمة إلى مصدر تعريف المؤسسة في القانون النموذجي، والاشتراط الذي يقتضي، في سياق الهيئات الاعتبارية المدينة، أن يكون هناك مكان عمل.^(٧٤) وقالت

(70) Virgos Schmit report, para. 7.1.

(71) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢ (و).

(72) Bear Stearns, p. 131; see also Lavie v Ran (2009), pp. 286-287; British American Insurance, pp. 914-915.

(73) Bear Stearns (on appeal), p.339.

(74) Bear Stearns, p. 131.

المحكمة إنه "إذا اعتُبر مكان عمل الشركة الرئيسي مطابقاً لمكان الإقامة الرئيسي أو المعتاد للمدين الفرد، فيمكن تصور أن مكان العمل يعادل مكان الإقامة الثانوي للمدين أو ربما مكان التوظيف في البلد الذي يدّعي الحارس القضائي أن لديه فيه مؤسسة".^(٧٥) واحتج الحارس القضائي بأن وجود الديون وإجراءات الإعسار في إسرائيل يُشكّل "مؤسسة" لأغراض الاعتراف بالإجراءات. لكن المحكمة لم توافق على هذه الحجة ورأت أن وجود إجراءات الإعسار والديون في إسرائيل لا يؤهل الإجراءات الإسرائيلية للحصول على الاعتراف بها بوصفها إجراءات غير رئيسية.^(٧٦)

In the Matter of Yuval Ran (2010), p. 16 (75)

(76) المرجع نفسه، الفقرتان ١٧ و ١٨.