الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.2

الجمعية العامة

Distr.: Limited
1 September 2010
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة التاسعة والثلاثون
فيينا، ٦-١٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠

قانون الإعسار

نصوص قضائية متعلقة بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي

المحتويات

		الفقرات	الصفحة
ثانيا-	تفسير القانون النموذجي وتطبيقه (تابع)	١١٥-١٨٥	٢
دال-	الانتصاف	١١٥-١٥١	٢
١-	تعليقات استهلالية	١١٥-١١٩	٢
٢-	الانتصاف المؤقت	١٢٠-١٢٥	٣
٣-	الانتصاف التلقائي عند الاعتراف "بإجراء رئيسي"	١٢٦-١٣٣	٤
٤-	الانتصاف اللاحق للاعتراف	١٣٤-١٥١	٦
هاء-	التعاون والتنسيق	١٥٢-١٨٥	١٢
١-	تعليقات استهلالية	١٥٢-١٥٦	١٢
٢-	التعاون	١٥٧-١٦٨	١٤
٣-	التنسيق	١٦٩-١٨٥	١٧

المرفق

الإحالات المرجعية إلى القضايا ٢٢

240910 V.10-56126 (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

ثانيا- تفسير القانون النموذجي وتطبيقه (تابع)

دال- الانتصاف

١- تعليقات استهلالية

١١٥- هناك ثلاثة أنواع من الانتصاف المتاح في إطار قانون الأونسيترال النموذجي، وهي:

(أ) الانتصاف المؤقّت (العاجل) الذي يمكن أن يلتمس في أي وقت بعد إيداع طلب الاعتراف بإجراء أجنبي؛[(١)]

(ب) الانتصاف التلقائي الناتج عن الاعتراف بإجراء أجنبي على أنه "إجراء أجنبي رئيسي"؛[(٢)]

(ج) الانتصاف التقديري الناتج عن الاعتراف بإجراء على أنه إجراء رئيسي أو غير رئيسي.[(٣)]

١١٦- وبمقتضى تعريف "الإجراء الأجنبي"،[(٤)] تمتد آثار الاعتراف أيضا إلى "الإجراءات المؤقتة" الأجنبية.[(٥)] وهذا الحل ضروري لأن الإجراءات المؤقتة لا تتميز عن إجراءات الإعسار الأخرى لمجرّد كونها ذات طابع مؤقّت.

١١٧- وإذا لم يعد "للإجراء المؤقت" الأجنبي، بعد الاعتراف، أساس كاف لكي تتحقّق الآثار التلقائية المتوخّاة في المادة ٢٠، أمكن إنهاء الوقف التلقائي عملا بقانون الدولة المشترعة، حسبما تنص عليه الفقرة ٢ من المادة ٢٠.[(٦)]

١١٨- وليس في القانون النموذجي ما يقيّد سلطة المحكمة أو هيئة أخرى في تقديم مساعدة إضافية إلى ممثل أجنبي بموجب قوانين أخرى في الدول المشترعة.[(٧)]

---

(1) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ١٩.

(2) المرجع نفسه، المادة ٢٠.

(3) المرجع نفسه، المادة ٢١.

(4) المرجع نفسه، انظر المادة ٢ (أ).

(5) ومن الأمثلة على ذلك تعيين المصفّي المؤقّت قبل إصدار أمر رسمي بإخضاع شركة مدينة للتصفية، وهو أمر يجيزه القانون في العديد من الدول: see for e.g. s 246 Companies Act 1993 and r 31.32 of the High Court Rules of New Zealand.

(6) قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٢ من المادة ٢٠.

(7) المرجع نفسه، المادة ٧. وقد صيغت هذه المادة بحيث تشمل الانتصاف المستند إلى المجاملة القضائية أو إلى إلغاء الحظر؛ واللجوء إلى التفويض الالتماسي أو بموجب أي قانون آخر من قوانين دولة معيّنة.

١١٩- ولا بد من النظر في وضع قانون تشريعي محدّد يشترع القانون النموذجي لتحديد ما إذا كان أي نوع من نوعي الانتصاف (التلقائي أو التقديري) المتوخّيين في القانون النموذجي قد حذف أو خضع للتعديل في الدولة المشترعة.(٨) فعندما يعدّل الانتصاف المتاح فإن المحكمة المتلقية يُفسح لها المجال لتحديد أي انتصاف مناسب يقتضيه الأمر، إضافة إلى الانتصاف التلقائي المنبثق عن إجراء "رئيسي" معترف به.

٢- الانتصاف المؤقت(٩)

١٢٠- تتناول المادة ١٩ الانتصاف الذي تقتضيه "حاجة ماسّة" والذي يمكن أن يؤمر به بناء على تقدير المحكمة ويكون متاحا أثناء تقديم طلب الاعتراف.(١٠)

١٢١- وتجيز المادة ١٩ للمحكمة أن تمنح نوع الانتصاف الذي لا يتاح عادة إلا في إجراءات الإعسار الجماعية،(١١) في مقابل النوع "الفردي" من الانتصاف الذي يجوز منحه قبل بدء إجراءات الإعسار بمقتضى قواعد الإجراءات المدنية الداخلية.(١٢) غير أن نطاق الانتصاف "الجماعي" التقديري بمقتضى المادة ١٩ أضيق نوعا ما من الانتصاف بمقتضى المادة ٢١.

١٢٢- ويتسق حصر الانتصاف المؤقت في الانتصاف "الجماعي" مع ضرورة إقرار وجود إجراءات أجنبية "جماعية"، لأغراض الاعتراف.(١٣) وقد تقتضي حاجة ماسّة اتخاذ تدابير جماعية ولو في شكل مقيّد، قبل البت في مسألة الاعتراف، من أجل حماية موجودات المدين ومصالح الدائنين.(١٤) ومن شأن توسيع نطاق الانتصاف المؤقت المتاح بما يتجاوز الانتصاف

(8) تختلف النُّهج التي اتبعتها الدول التي سنّت تشريعات مستندة إلى القانون النموذجي. ففي الولايات المتحدة، على سبيل المثال، يكون نطاق الوقف التلقائي أوسع مدى (امتثالا للفصل ١١ من قانون الإفلاس)، أما في المكسيك فلا يُطبق الوقف لمنع مواصلة دعاوى فردية مقابل الإنفاذ. وفي اليابان وجمهورية كوريا ينص القانون على أن الانتصاف المتاح بعد الاعتراف خاضع لتقدير المحكمة على أساس كل حالة على حدة، ولا يطبق تلقائيا كما ينص عليه القانون النموذجي.

(9) يستند الملخّص التالي أساسا إلى دليل الاشتراع، الفقرات ١٣٥ إلى ١٤٠.

(10) يحق للمحكمة المتلقية تكييف الانتصاف لمراعاة أي اعتراضات تقدّم لاعتبارات تتعلق بالسياسة العامة. وللاطلاع على مناقشة للاستثناء المستند إلى اعتبارات "السياسة العامة" بخصوص مسائل الانتصاف، انظر قضية *Ephedra* و*Tricontinental Exchange*، والصفحات ٤٧ إلى ٥١ أعلاه.

(11) أي نفس نوع الانتصاف المتاح بمقتضى المادة ٢١.

(12) أي التدابير التي تشمل موجودات معينة يحدّدها الدائن.

(13) انظر أيضا مناقشة قضية *Rubin v Eurofinance* في الفقرة ١٤١ أدناه.

(14) المرجع نفسه.

الجماعي أن يعيق تحقيق الهدفين المذكورين. ومن ناحية أخرى، ونظراً لأن الاعتراف لم يمنح بعدُ، فينبغي مبدئيا أن يقتصر الانتصاف المؤقت على التدابير العاجلة والمؤقتة.

١٢٣- وقد ألمحت الفقرة ١ من المادة ١٩ إلى الحاجة الماسّة إلى تلك التدابير. وتقضي الفقرة الفرعية ١ (أ) من المادة ١٩ بفرض قيود على وقف إجراءات الحجز، أما الفقرة الفرعية ١ (ب) من المادة ١٩ فتشير إلى الموجودات القابلة للتلف والموجودات التي تكون عرضة لتدني قيمتها أو التي تتهددها مخاطر أخرى. وفيما عدا ذلك فإنّ التدابير المتاحة في إطار المادة ١٩ هي في جوهرها نفس التدابير المتاحة في إطار المادة ٢١.

١٢٤- والانتصاف المنصوص عليه في المادة ١٩ ذو طابع مؤقّت. فمفعوله ينتهي عند البت في طلب الاعتراف.[١٥] غير أنه تتاح للمحكمة فرصة تمديد هذا التدبير.[١٦] وقد تود المحكمة القيام بذلك مثلا من أجل تجنّب وجود قطيعة بين الانتصاف المؤقت الممنوح قبل الاعتراف والانتصاف التقديري الموضوعي الممنوح بعد ذلك.

١٢٥- وتشدّد الفقرة ٤ من المادة ١٩ على ضرورة كون أي انتصاف يمنح لصالح إجراء أجنبي غير رئيسي متسقا مع الإجراء الأجنبي الرئيسي (أو عدم جواز تعارضه معه).[١٧] ومن أجل تعزيز التنسيق بين الانتصاف السابق للاعتراف وأي إجراء أجنبي رئيسي، يُشترط على الممثل الأجنبي الذي يطلب الاعتراف أن يُرفق طلبه ببيان يحدّد جميع الإجراءات الأجنبية المتعلقة بالمدين التي تكون معروفة لديه.[١٨]

٣- الانتصاف التلقائي عند الاعتراف "بإجراء رئيسي"[١٩]

١٢٦- تتناول المادة ٢٠ آثار الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي، وخصوصا آثاره التلقائية والشروط التي يخضع لها.

١٢٧- ولئن كان الانتصاف الممنوح بمقتضى المادتين ١٩ و٢١ انتصاف تقديري، فإن الآثار التي تترتب على المادة ٢٠ ليست كذلك؛ بل هي نتيجة تلقائية نابعة من الاعتراف بالإجراء الأجنبي الرئيسي. وثمة فرق آخر بين الانتصاف التقديري بموجب المادتين ١٩ و٢١

(15) قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٣ من المادة ١٩.

(16) المرجع نفسه، الفقرة الفرعية ١ (و) من المادة ٢١.

(17) المرجع نفسه، انظر أيضا المادتين ٢٩ و٣٠.

(18) المرجع نفسه، الفقرة ٣ من المادة ١٥.

(19) يستند الملخّص التالي أساسا إلى دليل الاشتراع، الفقرات ١٤١ إلى ١٥٣.

والآثار المترتبة على المادة ٢٠، وهو أن الانتصاف التقديري يمكن منحه لصالح الإجراءات الرئيسية وغير الرئيسية، بينما لا تسري الآثار التلقائية إلا على الإجراءات الرئيسية. وتختلف الآثار التلقائية للاعتراف عن آثار أمر إلغاء الحظر.

١٢٨- ويقصد من الآثار التلقائية المتوخّاة في المادة ٢٠ أن تتيح متّسعا من الوقت لاتخاذ خطوات لإقامة إجراءات إعسار عبر الحدود على نحو منظّم وعادل؛ حتى وإن كانت آثار بدء إجراءات الإعسار الأجنبية في البلد الأصلي مختلفة عن الآثار المترتبة على المادة ٢٠ في الدولة المانحة للاعتراف. وهذا النهج يجسّد مبدأ أساسيا يقوم عليه قانون الأونسيترال النموذجي، وهو مبدأ مؤداه أن اعتراف محكمة الدولة المشترعة بالإجراءات الأجنبية تترتب عليه آثار تعتبر ضرورية لإدارة إجراءات الإعسار عبر الحدود على نحو منظّم وعادل.

١٢٩- وإذا أسفر الاعتراف في أي حال من الأحوال عن نتائج من شأنها أن تتنافى مع المصالح المشروعة لأحد الأطراف المعنية، ومنها المدين، فينبغي أن يتيح قانون الدولة المشترعة إمكانيات لحماية تلك المصالح.(٢٠)

١٣٠- ولا تشير الفقرة الفرعية ١ (أ) من المادة ٢٠ إلى "الدعاوى المنفردة" فحسب، بل تشير أيضا إلى "الإجراءات المنفردة"، وذلك لكي تشمل أيضا، إضافة إلى "الدعاوى" التي يقيمها الدائنون في محكمة ما على المدين أو موجوداته، تدابير الإنفاذ التي يتخذها الدائنون خارج النظام القضائي، وهي التدابير التي يخوّل للدائنين اتخاذها وفق شروط معيّنة في بعض الدول. وقد أضيفت الفقرة الفرعية ١ (ب) من المادة ٢٠ لكي توضِّح كلَّ الوضوح أن وقف التنفيذ يشمل تدابير الحجز على موجودات المدين.

١٣١- وبصرف النظر عن الطابع "التلقائي" أو "الإلزامي" للآثار المترتبة على الاعتراف بمقتضى المادة ٢٠، فقد جرى النص صراحة على أن نطاق تلك الآثار يتوقف على الاستثناءات أو القيود التي يمكن أن يتضمنها قانون الدولة المشترعة. ويمكن أن تتعلق هذه الاستثناءات، مثلا، بإنفاذ مطالبات صادرة عن دائنين مضمونين، أو قيام المدين بسداد مبالغ في سياق العمل المعتاد، أو رفع دعوى قضائية بشأن مطالبات نشأت بعد بدء إجراء الإعسار (أو بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي)، أو إبرام صفقات في السوق المالية المفتوحة.

١٣٢- وقد يكون من المستصوب أحيانا أن تعدّل المحكمة آثار المادة ٢٠ أو تنهيها. وتختلف القواعد الداخلية التي تنظم صلاحية المحكمة للقيام بذلك. ففي بعض النظم القانونية، تخوّل

(20) انظر قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٢ من المادة ٢٠ والمادة ٢٢. انظر أيضا الفقرات ١٣٦ و١٤٣ و١٤٤ أدناه.

للمحاكم صلاحية منح استثناءات فردية بناء على طلب أحد الأطراف المعنية، وفقا لشروط ينص عليها القانون المحلي.[٢١] وبالنظر إلى هذه الحالة، تنص الفقرة ٢ من المادة ٢٠ على أن يخضع تعديل أو إنهاء الوقف والتعليق المنصوص عليهما في المادة للأحكام المتعلقة بالإعسار في قانون الدولة المشترعة.

١٣٣- وتوضح الفقرة ٤ من المادة ٢٠ أن الوقف أو التعليق التلقائي عملا بالمادة ٢٠ لا يمنع أحدا، بما في ذلك الممثل الأجنبي أو الدائنون الأجانب، من التماس بدء إجراء إعسار محلي ومن المشاركة في ذلك الإجراء.[٢٢] وإذا استهل إجراء محلي، فإنّ المادة ٢٩ تتناول التنسيق بين الإجراءين الأجنبي والمحلي.[٢٣]

٤- الانتصاف اللاحق للاعتراف[٢٤]

'١' أحكام القانون النموذجي

١٣٤- تتناول المادة ٢١ الانتصاف الذي يجوز منحه بعد الاعتراف بالإجراء الأجنبي، وتشير إلى بعض أنواع الانتصاف التي يمكن أن تكون متاحة.

١٣٥- والانتصاف اللاحق للاعتراف في إطار المادة ٢١ هو انتصاف تقديري. وأنواع الانتصاف المذكورة في الفقرة ١ من المادة ٢١ هي من أكثر الأنواع استخداما في إجراءات الإعسار. غير أن هذه القائمة غير حصرية. ولا يقصد منها أن تقيّد دونما مبرر قدرة المحكمة المتلقية على منح أي نوع من الانتصاف يكون متاحا ولازما بموجب قانون الدولة المشترعة، استجابة لظروف قضية معيّنة.[٢٥]

١٣٦- ويجوز للمحكمة، بحكم طبيعة الانتصاف التقديري، أن تحدد نوع الانتصاف وفقا للقضية المعروضة عليها. وهذه الفكرة تعزّزها الفقرة ٢ من المادة ٢٢ التي تقضي بأنه يجوز للمحكمة أن

---

(21) على سبيل المثال، قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٣ من المادة ٢٢.

(22) تناولت المواد ١١ إلى ١٣ من القانون النموذجي، بوجه عام، الحق في طلب بدء إجراء إعسار محلي والمشاركة فيه.

(23) انظر الفقرات ١٧٣ إلى ١٧٦ أدناه.

(24) هذا الملخّص مستمد أساسا من دليل الاشتراع، الفقرات ١٥٤ إلى ١٦٠.

(25) يحق للمحكمة المتلقية أن تكيّف الانتصاف لمراعاة أي اعتراضات متعلقة بالسياسة العامة. وللاطلاع على مناقشة الاستثناء لاعتبارات "السياسة العامة" فيما يتعلق بمسائل الانتصاف، انظر قضية إيفيدرا وتريكونتينتال (*Ephreda* and *Tri-Continental*) والفقرات ٤٧ إلى ٥١ أعلاه.

تُخضع الانتصاف الممنوح للشروط التي تراها مناسبة. ويتعين على القاضي في كل قضية أن يقرّر الانتصاف الأنسب لظروف القضية المعينة وأي شروط يتوقف عليها منح الانتصاف.

١٣٧- ويظل "تسليم" الموجودات إلى الممثل الأجنبي (أو إلى شخص آخر)، حسبما تنص عليه الفقرة ٢ من المادة ٢١ خاضعا لحرية التقدير. ويتضمّن القانون النموذجي عدة ضمانات ترمي إلى كفالة حماية المصالح المحلية قبل تسليم الموجودات إلى الممثل الأجنبي.[٢٦] وفي قضية "أطلس شيبينغ" (*Atlas Shipping*)، منحت محكمة الولايات المتحدة الانتصاف الملتمَس بموجب ما يعادل الفقرة الفرعية ١ (هـ) والفقرة ٢ من المادة ٢١ فيما يتعلق بأموال مودعة في حسابات مصرفية في الولايات المتحدة وخاضعة لأوامر حجز بحرية صدرت قبل بدء إجراءات الإعسار وبعده في الدانمرك. وأشار القاضي إلى أن الانتصاف الممنوح لا يُخلّ بحقوق الدائنين، إن كانت لهم حقوق، في أن يؤكدوا أمام محكمة الإفلاس الدانمركية حقوقهم في الأموال المحجوزة سابقا.[٢٧] ولاحظ القاضي أيضا أن تسليم الأموال إلى الممثل الأجنبي أقل تكلفة وأكثر كفاءة من حيث إنه يتيح لجميع دائني شركة أطلس في العالم التماس حقوقهم ووسائل الانتصاف في محكمة ذات اختصاص قضائي.

١٣٨- ومن أبرز العوامل الواجب مراعاتها في تكييف الانتصاف هو ما إذا كان يتعلق بإجراء أجنبي رئيسي أو غير رئيسي. فمن الضروري ألاّ يغيب عن البال أن مصالح وسلطات ممثل إجراء أجنبي غير رئيسي عادة ما تكون أضيقَ نطاقا من مصالح وسلطات ممثل إجراء أجنبي رئيسي. فهذا الممثِّل الأخير يسعى عموما إلى السيطرة على جميع موجودات المدين المعسر.

١٣٩- وتجسّد الفقرة ٣ من المادة ٢١ هذه الفكرة بالنص على ما يلي:

(أ) أن الانتصاف الممنوح في إطار إجراء أجنبي غير رئيسي ينبغي أن يقتصر على الموجودات التي ستدار ضمن ذلك الإجراء غير الرئيسي؛

(ب) إذا التمس الممثل الأجنبي معلومات تتعلق بموجودات المدين أو أعماله فيجب أن يتصل الانتصاف بالمعلومات المطلوبة في ذلك الإجراء.

---

(26) تشمل هذه الضمانات ما يلي: الإعلان العام لمبدأ حماية المصالح المحلية الوارد في الفقرة ١ من المادة ٢٢؛ والنص في الفقرة ٢ من المادة ٢١ على أنه لا ينبغي للمحكمة أن تأذن بتسليم الأصول إلى أن تتأكد من حماية مصالح الدائنين المحليين؛ والفقرة ٢ من المادة ٢٢ التي تجيز للمحكمة أن تُخضع الانتصاف الذي تمنحه لما تراه مناسبا من الشروط.

(27) *Atlas Shipping*, at p. 742.

ويتّضح من تلك الأحكام أن الانتصاف لصالح الإجراء الأجنبي الرئيسي لا يجوز أن يخوِّل الممثل الأجنبي دون مبرر صلاحيات أوسع نطاقا وأن هذا الانتصاف لا يجوز أن يعيق إدارة إجراء إعسار آخر، وخصوصا الإجراء الرئيسي.

١٤٠- وعند البت في مسألة منح أو عدم منح الانتصاف التقديري بموجب المادة ٢١، أو تعديل أو إنهاء أي انتصاف ممنوح، يجب أن تكون المحكمة مطمئنة إلى أن مصالح الدائنين والأشخاص المعنيين الآخرين، بمن فيهم المدين، تحظى بالحماية الكافية. وهذا أحد الأسباب التي قد تدعو المحكمة إلى منح الانتصاف وفق ما تراه مناسبا من الشروط.[٢٨] ويجوز لممثل أجنبي أو لشخص متأثر بالانتصاف أن يطلب تعديل الانتصاف أو إنهائه؛ أو يجوز أن تقوم المحكمة بذلك من تلقاء نفسها.[٢٩]

١٤١- ومن الأمثلة على قضايا رُفض فيها الانتصاف في البداية قضية روبين ضد أوروفينانس (*Rubin v Eurofinance*). فقد طلب إلى المحكمة المتلقية أن تمنح الانتصاف لإنفاذ أمر بدفع أموال لدائن معين، وهذا الأمر موجّه نتيجة حكم صادر في الولايات المتحدة. وأثير تساؤل عما إذا كان هذا النوع من الانتصاف متوخّى في القانون النموذجي. وقبِل القاضي أن الإجراءات التي صدر فيها الحكم تشكّل "جزءا لا يتجزأ" من إجراءات الإعسار بموجب الفصل ١١[٣٠] في الولايات المتحدة. ومع أن القاضي قبِل بموجب القانون الإنكليزي أن المحكمة يمكن أن تنفّذ أوامر صدرت في سياق إجراءات إعسار أجنبية، إلا أنه ميّز بين حالة صدر فيها أمر بتوفير آلية للحجز الجماعي على ممتلكات مدين على يد دائنين جرى قبول حقوقهم وإثباتها[٣١] (ممّا يبرّر الانتصاف) وحكم متعلق بسداد أموال صدر لصالح دائن منفرد (وهو ما لا يبرر الانتصاف). واعتبر القاضي أن الأمر الصادر في سياق إجراءات الفصل ١١ تندرج في الفئة الثانية، ممّا يعني عدم جواز إنفاذ الحكم بموجب قانون الأونسيترال النموذجي. وارتئ أن القواعد العادية المنصوص عليها في القانون الدولي الخاص الإنكليزي تظل سارية لأغراض الإنفاذ.

---

(28) انظر الفقرة ١٣٦ أعلاه.

(29) قانون الأونسيترال النموذجي، المادة ٢٢.

(30) *Rubin v Eurofinance*, para. 47.

(31) Ibid, at para. 58, citing *Cambridge Gas Transportation Corporation v Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2007] 1 AC 508 (PC), at para. 13.

١٤٢- وفي الاستئناف وافقت محكمة الاستئناف على أن الإجراءات المذكورة تندرج ضمن إجراءات الفصل ١١، غير أنها لم توافق على استنتاج المحكمة الأدنى درجة، حيث اعتبرت أن الأحكام المعنية صدرت لأغراض نظام الإنفاذ الجماعي الخاص بإجراءات الإعسار. ولذلك رأت المحكمة أن تلك الأحكام خاضعة لقواعد القانون الدولي الخاص التي تتعلق بالإعسار لا لقواعد القانون الدولي الخاص العادية التي تمنع إنفاذ الأحكام بسبب عدم خضوع المدعى عليهم للولاية القضائية للمحكمة الأجنبية.(٣٢)

١٤٣- وتتناول المادة ٢٢ من قانون الأونسيترال النموذجي الحاجة إلى الحماية الكافية لمصالح الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين بمنح أو رفض الانتصاف بعد الاعتراف بإجراءات أجنبية؛ والشروط التي يجوز إخضاع هذه الانتصاف لها؛ وتعديله أو إنهاؤه.

١٤٤- والفكرة التي تقوم عليها المادة ٢٢ هي أنه ينبغي وجود توازن بين الانتصاف الذي يجوز منحه للممثل الأجنبي ومصالح الأشخاص الذين يمكن أن يتأثروا بهذا الانتصاف.(٣٣)

'٢' نُهُج تناول مسائل الانتصاف التقديري

١٤٥- نظرا لأن الانتصاف التقديري اللاحق للاعتراف يكيّف دائما وفق ظروف قضية معينة، فلا جدوى من الإحالة إلى أمثلة محدّدة من الانتصاف في نص من هذا النوع. غير أنه يمكن أن تتاح للمحكمة خيارات مختلفة متعلقة بالسياسة العامة عند البت في إمكانية منح الانتصاف وفي مداه. وهناك مثال مفيد على المواقف المختلفة التي يمكن أن تتَّخذ لمنح الانتصاف التقديري (وإن كان يتعلق بإجراءات لا يسري عليها قانون الأونسيترال النموذجي)، وهو قضية تتعلق بإجراءات تصفية أسترالية التُمس فيها الانتصاف في إنكلترا. ورغم أن كلا من إنكلترا وأستراليا سنّت قوانين تشريعية مستندة إلى القانون النموذجي، فلم يكن أي من هذه القوانين قيد التنفيذ وقت بدء الإجراءات في إنكلترا.(٣٤)

١٤٦- وقد اتخذ المصفّي الأسترالي خطوات لتسييل وحماية موجودات في إنكلترا، وهي في معظمها مطالبات بدفع تعويضات إعادة التأمين بناء على بوالص تأمين مسجلة في لندن،

---

(32) *Rubin v Eurofinance* (on appeal), para. 61.

(33) انظر بوجه عام دليل الاشتراع، الفقرات ١٦١ إلى ١٦٤.

(34) نُظر في الطلب المقدّم من المصفّين الأستراليين في إطار الفقرة ٤ من الباب ٤٢٦ من قانون الإعسار في المملكة المتحدة لعام ١٩٨٦، التي تقضي بأن المحاكم التي لها الاختصاص القضائي فيما يتعلق بقانون الإعسار في أي جزء من المملكة المتحدة، يقع عليها واجب مساعدة المحاكم التي لها اختصاص مماثل في بلد من البلدان، منها أستراليا.

وطَلب إلى المحاكم الإنكليزية تسليم تلك الموجودات إلى أستراليا لتوزيعها على جميع دائني الشركات وفقا للقانون الأسترالي. وينص القانون الأسترالي على أن تدفع الموجودات التي جرى تسييلها من أموال إعادة التأمين على سبيل الأولوية إلى شركات التأمين، في حين لا ينص القانون الإنكليزي (في ذلك الوقت) على ذلك. وكان السؤال المطروح هو ما إذا كان على المحكمة الإنكليزية أن تمنح انتصافا يستلزم توزيع أموال على الدائنين بما يخالف الأولويات المقررة في القانون الإنكليزي. وفي المحكمة الابتدائية رُفض الطلب،[٣٥] ثم جرى تأييد هذا القرار في الاستئناف.[٣٦] وفي استئناف ثانٍ، ألغي القراران السابقان ومُنح الانتصاف لصالح المصفّين الأستراليين.[٣٧]

١٤٧- وفي الاستئناف الثاني، قضت المحكمة النهائية بعدم الاختصاص القضائي لإصدار الأمر الملتمس وبأنه ينبغي أن يترك إصدار الأمر للصلاحية التقديرية. ورغم أن القضاة الخمسة الذين نظروا في الاستئناف اتفقوا على النتيجة، فإنهم اختلفوا في الأسباب التي استندوا إليها للوصول إلى ذلك الاستنتاج:

(أ) ذهب أحد الآراء إلى أنه يُفترض، من حيث المبدأ، أن تكوَّن حوزة إعسار واحدة يحق لكل الدائنين (أينما وُجدوا) تقديم مطالباتهم فيها ويلزمون بإثبات هذه المطالبات. ورغم أن التشريع الأسترالي حدّد أولويات مختلفة، فلا ينبثق عن هذا التشريع أي اعتبار أساسي من اعتبارات السياسات العامة من شأنه أن يعارض منح الانتصاف.[٣٨] وعلى هذا الأساس، ينبغي أن يسمح بأن يكون الإجراء الرئيسي في أستراليا ذا أثر عالمي؛[٣٩]

(ب) وذهب رأي ثان إلى أنه نظرا إلى أن أستراليا حدِّدت على أنها بلد يمكنه الحصول على المساعدة في إطار قانون الإعسار لعام ١٩٨٦،[٤٠] فليس هناك مبرِّر لعدم إنفاذ الاشتراط القانوني بمساعدة المصفّين الأستراليين. وليس هناك اعتبار أساسي من اعتبارات السياسات العامة من شأنه أن يجرد المصفّين الأستراليين من حقهم في الحصول على الانتصاف.[٤١]

---

(35) *Re HIH*.

(36) *Re HIH* (first appeal).

(37) *McGrath v Riddell*.

(38) قارن مناقشة السياسة العامة في قضية *Re Gold & Honey Ltd* في الفقرة ١١٠ أعلاه.

(39) *McGrath v Riddell,* paras. 30, 36 and 63.

(40) الحاشية رقم ١٧٠.

(41) *McGrath v Riddell*, paras. 59, 62 and 76-77.

(ج) النهج الثالث اعتمد على أربعة عوامل محددة لمنح الانتصاف:[٤٢]

'١' الشركات التي هي قيد التصفية هي شركات تأمين أسترالية؛

'٢' ينص القانون الأسترالي تحديدا على توزيع الموجودات في حال إعسار هذه الشركات؛

'٣' لا تتعارض قواعد الأولوية الأسترالية مع أي أحكام القانون الإنكليزي السارية وقت الواقعة والتي وُضعت لحماية حاملي بوالص التأمين المحرّرة في إنكلترا؛

'٤' السياسة العامة التي تستند إليها قواعد الأولوية الأسترالية تتوافق (أثناء صدور قرار المحكمة النهائية) مع التغييرات التي أدخلت على القانون في إنكلترا.

'٣' الانتصاف في القضايا المتعلقة بمعاملات سابقة مشبوهة

١٤٨- وتنص المادة ٢٣[٤٣] على أنه يحق للممثل الأجنبي بحكم وضعه، عند الاعتراف بإجراء أجنبي، أن يباشر إجراءات معيّنة تستهدف المعاملات السابقة غير المشروعة. ويُحتمل أن تكون الأنواع المعيّنة من الإجراءات المشار إليها في المادة ٢٣ محددة في التشريع الذي تعتمده الدولة المشترعة في هذا الصدد.

١٤٩- وعند الاعتراف بالإجراء الأجنبي على أنه "إجراء غير رئيسي"، يتعين على المحكمة أن تنظر تحديدا فيما إذا كان ينبغي أن تدار أي دعوى تقام بمقتضى المادة ٢٣ "ضمن الإجراء الأجنبي غير الرئيسي".[٤٤] وهذا الأمر يميّز مرة أخرى طبيعة الإجراء "الرئيسي" عن طبيعة الإجراء "غير الرئيسي" ويشدّد على أن الانتصاف في إجراء "غير رئيسي" يكون على الأرجح أضيق نطاقا من الانتصاف في إطار إجراء "رئيسي".

١٥٠- لقد صيغت المادة ٢٣ صياغة ضيقة. فطالما أن الدولة المشترعة تجيز للممثل الأجنبي رفع دعاوى معيّنة فلا يمكن رفع هذه الدعاوى إلا إذا أمكن لممثل أجنبي داخل الدولة المشترعة أن يُقيمها.[٤٥] ولا تنشئ المادة ٢٣ حقوقا موضوعية، كما لا تنص على قواعد تنازع القوانين؛

(42) المرجع نفسه، الفقرة ٤٢.

(43) انظر أيضا دليل الاشتراع، الفقرات ١٦٥ إلى ١٦٧.

(44) قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة ٢ من المادة ٢٣.

(45) المرجع نفسه، الفقرة ١ من المادة ٢٣.

وسيتوقف الأمر في كل حالة على النظر في قاعدة تنازع القوانين الوطنية لتقرير ما إذا كان يمكن الاستمرار بصورة صحيحة في أي إجراءات من النوع المتوخّى في المادة ٢٣.

١٥١- وفي قضية شركة كوندور للتأمينات، طُلب إلى محكمة الاستئناف أن تنظر في مدى تمتع محكمة الإفلاس بالاختصاص القضائي لمنح الانتصاف في إجراءات الإبطال بموجب قانون أجنبي في سياق إجراءات أقيمت في إطار الفصل ١٥. ونقضت محكمة الاستئناف قراري محكمة الدرجة الأولى والثانية معتبرة أن محكمة الإفلاس لها تلك الصلاحية. وكانت القضية تتعلق بالاعتراف في الولايات المتحدة بإجراءات أجنبية رئيسية أقيمت في نيفيس، حيث باشر الممثلون الأجانب دعوى مدعين وجود مطالبات، بموجب قانون نيفيس، ضد المدين لاستعادة بعض الموجودات التي حوِّلت بطريقة احتيالية إلى الولايات المتحدة. ويستثني الفصل ١٥ صلاحيات الإبطال من الانتصاف الذي يجوز منحه بمقتضى الحكم الذي يعادل الفقرة الفرعية ١ (ز) من المادة ٢١، وينص بدلا من ذلك، في إطار المادة ٢٣، على أنه يجوز ممارسة تلك الصلاحيات في إجراءات الإفلاس الكامل. غير أن محكمة الاستئناف انتهت إلى أن الفصل ١٥ يرفض منح الممثل الأجنبي صلاحيات الإبطال المنصوص عليها في القانون الأجنبي المنطبق وتوحي الصياغة المستخدمة في التشريع بضرورة تفسير الصلاحيات المخولة للمحكمة تفسيرا واسعا من أجل تعزيز الأهداف المتوخّاة من مجاملة الولايات القضائية.[٤٦] وقبل صدور قرار الاستئناف هذا، حظي تفسير مماثل بالموافقة في قضية شركة *Atlas Shipping*، الذي خلصت فيها المحكمة إلى أن قرار محكمة الدرجة الثانية في قضية شركة كوندور للتأمينات محل نظر: لأن الاستنتاج بأن الممثل الأجنبي يُمنع عليه رفع دعوى إبطال استنادا إلى القانون الأجنبي "لا يعضده أي أساس محدد في التاريخ التشريعي".[٤٧]

هاء- التعاون والتنسيق

١- تعليقات استهلالية

١٥٢- يقصد من المواد ٢٥ إلى ٢٧ من قانون الأونسيترال النموذجي تعزيزُ التعاون بين ممثلي الإعسار والمحاكم في الدول المختلفة من أجل ضمان التعامل مع إجراءات الإعسار التي تمس مدينا واحدا على نحو يلبي احتياجات جميع دائنيه. والهدف المنشود هو تعظيم عائدات

(46) *Condor Insurance* (on appeal), p. [*reference to be completed*].

(47) Atlas Shipping, p. 744.

الدائنين (في إجراءات التصفية وإعادة التنظيم) وكذلك (في إجراءات التنظيم) تيسير حماية الاستثمار والمحافظة على فرص العمل،[٤٨] من خلال إدارة حوزة الإعسار بعدل وكفاءة.

١٥٣- ويعد التعاون والتنسيق بين المحاكم من أركان القانون النموذجي الأساسية. وغالبا ما يكون التعاون هو السبيل الواقعي الوحيد لمنع تبديد الموجودات وتعظيم قيمتها[٤٩] أو لإيجاد أفضل الحلول لإعادة تنظيم المنشأة. ويؤدي التعاون إلى تحسين تنسيق مختلف إجراءات الإعسار وتبسيطها بهدف تحقيق أفضل الفوائد للدائنين.

١٥٤- ولا تقتصر المادتان ٢٥ و٢٦ على الإذن بالتعاون عبر الحدود بل تأمران به بالنص على أن المحكمة وممّثل الإعسار يتعاونان "إلى أقصى حد ممكن". والقصد من هاتين المادتين هو التغلب على مشكلة شائعة في القوانين الوطنية، وهي الافتقار إلى قواعد تهيئ الأساس القانوني للتعاون بين المحاكم المحلية والمحاكم الأجنبية في التعامل مع حالات الإعسار عبر الحدود. ويكون سن هذه الأحكام مفيدا بوجه خاص في النظم القانونية التي تكون فيها السلطة التقديرية المخولة للقضاة للعمل خارج مجالات التفويض القانوني الصريح سلطة محدودة. ولعلّ هذا الإطار التشريعي للتعاون يفيد حتى في الولايات القضائية التي درجت على تخويل القضاة حرية أكبر.

١٥٥- وتترك المادتان المذكورتان أمر اتخاذ قرار بشأن وقت التعاون وكيفيته للمحاكم، كما تتركه لمديري الإعسار، رهنا بإشراف المحاكم. ولا يشترط القانون النموذجي لتعاون المحكمة (أو لتعاون الشخص أو الهيئة المشار إليهما في المادتين ٢٥ و٢٦) مع محكمة أجنبية أو ممثل أجنبي، في سياق إجراء أجنبي، وجود قرار رسمي سابق بالاعتراف بذلك الإجراء الأجنبي.

١٥٦- والمقصود من تخويل المحاكم القدرة - بمشاركة ملائمة من الأطراف - على الاتصال "مباشرة" بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب وعلى طلب المعلومات والمساعدة "مباشرة" منهم، هو تفادي اللجوء إلى الإجراءات التي تستخدم عادة وتستنفد الكثير من الوقت، مثل التفويضات الالتماسية وأوامر إلغاء الحظر. ولهذه القدرة أهمية حاسمة عندما ترى المحاكم أنها ينبغي أن تتصرف بصفة عاجلة.

---

(48) قانون الأونسيترال النموذجي، الديباجة، الفقرة الفرعية (هـ).

(49) مثلا عندما ترتفع قيمة بنود معدات الإنتاج الموجودة في دولتين إذا بيعت مجتمعة مقارنة بقيمتها إذا بيعت منفصلة.

٢- التعاون

١٥٧- خلال الملتقى القضائي المتعدد الجنسيات الثاني المشترك بين الأونسيترال والرابطة الدولية لأخصائيي إعادة الهيكلة والإعسار والإفلاس، الذي عقد حول الإعسار عبر الحدود[٥٠] قبل إكمال قانون الأونسيترال النموذجي، جرى التشديد على أهمية تخويل المحاكم مرونة وسلطة تقديرية في التعاون مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب. وفي ذلك الملتقى قدمت تقارير عن عدد من القضايا التي حدث فيها التعاون القضائي بالفعل، أدلى بها القضاة المعنيون بتلك القضايا.

١٥٨- وانبثق من تلك التقارير عدد من النقاط التالية:

(أ) أن الاتصال بين المحاكم أمر ممكن لكنه ينبغي القيام به بعناية ومع توفير الضمانات الملائمة لحماية الحقوق الموضوعية والإجرائية للأطراف؛

(ب) أن الاتصالات ينبغي أن تجرى علنا، مع تقديم إشعار مسبق إلى الأطراف المعنية[٥١] وبحضور تلك الأطراف، إلا في الظروف الاستثنائية للغاية؛

(ج) أن الاتصالات التي يمكن تبادلها متنوعة ومنها ما يلي: تبادل الأوامر أو القرارات الرسمية الصادرة عن المحاكم؛ وتقديم بيانات خطية غير رسمية بمعلومات وأسئلة وملاحظات عامة؛ وإرسال نسخ من إجراءات المحاكم؛

(د) أن وسائل الاتصال تشمل، مثلا، مرافق الهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني وأشرطة الفيديو؛

(هـ) أن الاتصال، حيثما يكون ضروريا ويستخدم على النحو المناسب، يمكن أن ينطوي على فوائد كبيرة للمعنيين بالإعسار عبر الحدود والمتأثرين به.

١٥٩- ويوضح عدد من القضايا الكيفية التي ساعد بها الاتصال بين المحاكم وممثلي الإعسار في تنسيق إجراءات متعددة وكفالة الإسراع في إكمال إدارة حوزة إعسار المدين.

---

(50) يتاح تقرير عن هذا الاجتماع في الموقع الشبكي التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/english/news/SecondJC.pdf وفي موقع www.insol.org. وعقد الملتقى في نيو أورليانز، يومي٢٢ و٢٣ آذار/مارس ١٩٩٧. انظر أيضا وثيقة الأونسيترال A/52/17، الفقرات ١٧ إلى ٢٢.

(51) هذا أمر بيّنته الآن على وجه التحديد مختلف قواعد المحاكم، منها مثلا القاعدة ٢٠٠٠ (ع) (٢) من القواعد الاتحادية لإجراءات الإعسار في الولايات المتحدة.

١٦٠- ففي قضية ماكسويل كوميونيكايشنز[٥٢] (*Maxwell Communications*) طرح القاضيان في نيويورك وفي إنكلترا بصورة منفصلة مع الممثل القانوني للأطراف في كل بلد إمكانية التفاوض على اتفاق عبر الحدود للمساعدة في تنسيق مجموعتي الإجراءات. وعيّنت كل من المحكمتين ميسِّرا وانبثقت حلول لعدد من المشاكل العويصة.[٥٣]

١٦١- وفي بعض القضايا أجريت مداولات بالهاتف أو بالفيديو شارك فيها القضاة والممثلون القانونيون في كل ولاية قضائية. ففي عام ٢٠٠١، على سبيل المثال، عقدت جلسة استماع مشتركة بواسطة وصلة فيديو شارك فيها قضاة من الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وممثلي جميع الأطراف، في كل من الولايتين القضائيتين. ومن الناحية الإجرائية، عُقدت جلسة الاجتماع بصورة متزامنة. واستمع كل قاض إلى المرافعة حول المسائل الموضوعية التي تعنى بها محكمته قبل اتخاذ قرار بشأن النتيجة المناسبة. ومع أن الأطراف والقاضي في الولاية القضائية الأخرى رأوا وسمعوا ما حدث خلال المرافعة الموضوعية في الولاية الأخرى، إلا أنهم لم يشاركوا فعليا في هذا الجزء من جلسة الاستماع.

١٦٢- وعند اختتام المرافعة الموضوعية في كل محكمة (بموافقة الأطراف) رفع القاضيان الجلسة لكي يتحدّثا على انفراد (بالهاتف)، وعلى إثر ذلك استؤنفت جلسة الاستماع المشتركة وأصدر كل قاض أوامر في الإجراءات التي تخصه. وعند القيام بذلك، ومع أن أحد القاضيين أكّد أنهما اتفقا على النتيجة، يتضح أن كلاّ من القاضيين إنما توصّل بصورة منفصلة إلى قرار فيما يتعلق بالإجراءات التي عالجها.[٥٤]

---

(52) *In re Maxwell Communication Corporation plc*, 93 F.3d 1036, 29 Bankr Ct.Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.) 21 August 1996) (No. 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076, 95-5084), and Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re Maxwell Communication plc between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 January 1992), and the High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 December 1991).

(53) See also *Re Olympia and York Developments Ltd* Ontario Court of Justice, Toronto, Case No. B125/92 (26 July 1993), and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case Nos. 92-B-42698-42701 (15 July 1993) (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

(54) Transcript of conference in Re PSI-Net (US Bankruptcy Court, Southern District of New York and Superior Court of Justice of Ontario), 26 September 2001.

١٦٣- ويُستفاد من التقارير المقدَّمة من المشاركين في هذه الجلسات أنها عادت على الدائنين بعائدات ضخمة نتيجة حصول كل محكمة على قدر أكبر من المعلومات حول ما يجري في الولاية القضائية الأخرى وبفضل بذل مساع إيجابية لتنسيق الإجراءات بطريقة تخدم مصالح الدائنين على أفضل وجه.

١٦٤- ومن الأمثلة الأخرى على التعاون تبادلُ مراسلات تتضمّن طلبات للحصول على المساعدة من إحدى المحكمتين المعنيتين بالإجراءات أو تتضمّن ردوداً على تلك الطلبات. ففي قضية شركة "بيربيتوال تراستي" المحدودة ضد ليمان بروس سبيشال فاينانسينغ إنك (*Perpetual Trustee Company Ltd v Lehman Bros. Special Financing Inc*)[٥٥] أسفرت سلسة من الطلبات عن قيام محكمة إنكليزية بالرد على محكمة في الولايات المتحدة في شكل يوضح الخطوات والقرارات المتخذة في إنكلترا ويدعو القاضي في الولايات المتحدة إلى عدم إصدار أوامر رسمية في ذلك الوقت من شأنها أن تتضارب مع الأوامر الصادرة في إنكلترا. وكان الغرض من ذلك هو التشجيع على مزيد من الاتصال في حال صدور قرارات متضاربة.[٥٦]

١٦٥- ويمكن تحقيق التعاون أيضا من خلال اتفاقات عابرة للحدود يقوم الأطراف فيها وأي ممثل معيّن من المحكمة بإجراء اتصالات من أجل تنسيق إجراءات الإعسار المعنية.[٥٧]

١٦٦- وتعكس المادة ٢٦، بشأن التعاون الدولي بين ممثلي الإعسار من أجل إدارة موجودات المدينين المعسرين، أهمية الدور الذي يمكن أن يضطلع به هؤلاء الأشخاص في صوغ وتنفيذ الاتفاقات العابرة للحدود، في حدود معالم سلطتهم. ويوضح الحكم أن ممثل الإعسار يتصرف تحت الإشراف العام للمحكمة المختصة. وتعد قدرة المحكمة على تعزيز الاتفاقات عبر الحدود من أجل تيسير تنسيق الإجراءات مثالا على إعمال مبدأ "التعاون".[٥٨]

---

(55) [2009] EWHC 2953 at paras. 12-23.

(56) Ibid., at paras. 41-50. *[Conflicting decisions in Lehman cases: eg Lehman Bros Special Finance Inc v BNY Corporate Trust Services 422 BR 407 (2010) to be considered.]*.

(57) للاطلاع على أمثلة على استخدام هذه التقنية، انظر دليل الأونسيترال العملي، الفصل الثاني، الفقرتين ٢ و٣. وتشمل القضايا التي استخدمت فيها هذه التقنية قضايا ماكسويل، وماتلاك، ونقّاش.

(58) قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرتان ١ و٢ من المادة ٢٦ (وكذلك أي قانون وطني آخر يؤثر في الجوانب العملية للتعاون).

١٦٧- وفي عام ٢٠٠٠، وضع معهد القانون الأمريكي المبادئ التوجيهية بشأن الاتصالات فيما بين المحاكم[٥٩] في إطار عمله في مجال الإعسار عبر الدول في بلدان اتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة (نافتا). وقد اشترك في إنجاز هذا المشروع فريق من القضاة والمحامين والأكاديميين من ثلاثة بلدان أعضاء في اتفاق "نافتا" الثلاثة، وهي المكسيك وكندا والولايات المتحدة. ويُقصد من مبادئ الاتصالات فيما بين المحاكم أن تشجع التعاون في القضايا الدولية وتيسّره. ولا يقصد منها أن تعدِّل أو تغير القواعد أو الإجراءات الداخلية الواجب تطبيقها في كل بلد، ولا أن تؤثر على الحقوق الموضوعية لأي طرف في الدعاوى المعروضة على المحكمة ولا أن تنتقص من تلك الحقوق. وأيّد هذه المبادئ التوجيهية عدد من المحاكم في مختلف البلدان واستخدمت في عدد من قضايا الإعسار عبر الحدود.[٦٠]

١٦٨- وفيما يتعلق بالتعاون، هناك اختلاف هام بين أحكام قانون الأونسيترال النموذجي ولائحة المجلس الأوروبي. فهذه اللائحة لا تتضمّن أي حكم بشأن الاتصال بين المحاكم، بل يقع على عاتق ممثلَي الإعسار في الإجراءات الرئيسية والثانوية على السواء التي استُهلت في دولة عضو واجب القيام بمهام "إرسال المعلومات بعضهم إلى بعض"، و"التعاون بعضهم مع بعض"، وتقع على عاتق المصفِّي في الإجراءات الثانوية مهمة تمكين ممثل الإعسار في إجراءات الإعسار الرئيسية من "فرصة تقديم الاقتراحات في وقت مبكر" عن هذه الإجراءات أو استخدام الموجودات في إجراءات الإعسار الثانوية.[٦١]

٣- التنسيق

١٦٩- تتناول المادتان ٢٨ و٢٩ الإجراءات المتزامنة، وعلى وجه التحديد بدء إجراء محلي بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي والطريقة التي ينبغي أن يكيّف بها الانتصاف على نحو يضمن الاتساق بين إجراءات متزامنة.

---

(59) متاح بثلاث عشرة لغة في الموقع التالي: http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=394 [آخر زيارة للموقع في ٤ حزيران/يونيه ٢٠١٠].

(60) من الأمثلة على اتفاق الإعسار عبر الحدود الاتفاق الذي أيدته المحكمتان في أونتاريو وديلاوير ويتعلق بقضية شركة ري ماتلاك إنك (*Re Matlack Inc*)، محكمة العدل العليا في أونتاريو، القضية رقم ٠١-CL-4109، ومحكمة الإفلاس في الولايات المتحدة، مقاطعة ديلاوير، القضية رقم ٠١-١١١٤٠ (٢٠٠١). ويوضّح ذلك كيفية تكييف المبادئ التوجيهية بشأن الاتصالات فيما بين المحاكم من أجل الاستخدام في قضية واقعية. كما اعتمدت تلك المبادئ التوجيهية في عدد من اتفاقات الإعسار عبر الحدود الأخرى؛ انظر ملخصات القضايا في المرفق الأول من دليل الأونسيترال العملي.

(61) EC Regulation, art. 31.

١٧٠- وتنص المادة ٢٨، مقترنة بالمادة ٢٩، على أن الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي لن يحول دون بدء إجراء إعسار محلي يتعلق بالمدين نفسه، ما دامت للمدين موجودات في الدولة.

١٧١- وفي العادة يكون الإجراء المحلي من النوع المتوخّى في هذه المادة مقتصرا على الموجودات الكائنة في الدولة. غير أنه ربما يتعين في بعض الحالات، لكي تكون إدارة إجراء الإعسار المحلي إدارة مجدية، أن يشمل ذلك الإجراء موجودات معينة تقع في الخارج، وخصوصا عندما لا يكون هناك إجراء أجنبي ضروري أو متاح في الدولة التي تقع فيها تلك الموجودات.(٦٢) ومن أجل السماح بامتداد الإجراء المحلي بهذا القدر المحدود في الخارج، تنص المادة ٢٨ على أن تمتد آثار الإجراءات عند الضرورة إلى ممتلكات المدين الأخرى التي ينبغي إدارتها في نطاق الإجراءات في الدولة المشترعة.

١٧٢- وتشتمل المادة ٢٨ على قيدين يتعلقان بإمكانية مد آثار إجراء محلي ليشمل موجودات كائنة في الخارج:

(أ) يجوز المد "بالقدر الضروري لتنفيذ التعاون والتنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧"؛

(ب) يجب أن تكون تلك الموجودات الأجنبية خاضعة للإدارة في الدولة المشترعة "بموجب قانون [الدولة المشترعة]".

وهذان القيدان يؤكدان أن أي إجراء إعسار محلي يُستهل بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي إنما يتناول موجودات المدين في الدولة التي بدأ فيها الإجراء المحلي، ولا يخضع إلا لضرورة تشجيع التعاون والتنسيق بشأن الإجراء الأجنبي الرئيسي.

١٧٣- وتقدِّم المادة ٢٩ إرشادات للمحكمة بشأن النهج المراد اتباعه في التعامل مع القضايا التي يخضع فيها المدين لإجراء أجنبي وإجراء محلي في الوقت نفسه. والمبدأ البارز هناك هو أن بدء الإجراء المحلي لا يمنع الإجراء الأجنبي أو ينهي الاعتراف به. وهذا المبدأ ضروري لتحقيق أهداف قانون الأونسيترال النموذجي، من حيث إنه يتيح للمحكمة المتلقية، في جميع الظروف، أن تمنح انتصافا لصالح الإجراء الأجنبي.

(62) مثلا: حيث تكون للمؤسسة المحلية منشأة عاملة موجودة في ولاية قضائية أجنبية؛ أو حيث يكون من الممكن بيع موجودات المدين الكائنة في الدولة المشترعة وموجوداته الكائنة في الخارج باعتبارهما "مؤسسة عاملة"؛ أو حيث تكون الموجودات قد نقلت من الدولة المشترعة إلى الخارج بطريقة احتيالية.

١٧٤- غير أن المادة ٢٩ تحافظ على أسبقية الإجراء المحلي على الإجراء الأجنبي. وقد تم ذلك بالطرائق التالية:

(أ) أي انتصاف يمنح للإجراء الأجنبي يجب أن يكون متسقا مع الإجراء المحلي؛[٦٣]

(ب) أي انتصاف يكون قد منح للإجراء الأجنبي يجب أن يعاد النظر فيه وأن يعدَّل أو يُنهى بغية ضمان الاتساق مع الإجراء المحلي؛[٦٤]

(ج) إذا كان الإجراء الأجنبي إجراء رئيسيا فإنّ الآثار التلقائية المنصوص عليها في المادة ٢٠ تعدَّل أو تُنهى إذا كانت غير متوافقة مع الإجراء المحلي؛[٦٥]

(د) عندما يكون إجراء محلي قيد النظر في وقت الاعتراف بإجراء أجنبي باعتباره إجراء رئيسيا، لا يحظى الإجراء الأجنبي بالآثار التلقائية المنصوص عليها في المادة ٢٠.[٦٦]

١٧٥- وتتفادى المادة ٢٩ إنشاء ترتيب هرمي جامد بين الإجراءات لأن من شأن ذلك أن يعيق دون مبرر قدرة المحكمة على التعاون وممارسة سلطتها التقديرية بموجب المادتين ١٩ و٢١.

١٧٦- وتشتمل الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢٩ على مبدأ مؤداه أن الانتصاف الممنوح للإجراء غير الرئيسي الأجنبي ينبغي أن يقتصر على الموجودات التي ستدار في ذلك الإجراء غير الرئيسي، أو يجب أن يكون متعلقا بالمعلومات المطلوبة في ذلك الإجراء. وهذا المبدأ مبيَّن في الفقرة ٣ من المادة ٢١ وتكرّر ذكره في المادة ٢٩، تأكيداً لضرورة تطبيقه عند تنسيق الإجراءات المحلية الإجراءات الأجنبية.

١٧٧- وتعالج المادة ٣٠ الحالات التي يكون فيها المدين خاضعا لإجراءات إعسار في أكثر من دولة أجنبية واحدة، ويسعى فيها الممثلون الأجانب في أكثر من إجراء أجنبي واحد إلى الحصول على الاعتراف أو الانتصاف في الدولة المشترعة. وينطبق الحكم سواء أكان هناك إجراء إعسار قيد النظر في الدولة المشترعة أو لم يكن. فإذا كان هناك، علاوة على إجراءي

(63) قانون الأونسيترال النموذجي، الفقرة الفرعية (أ) '١' من المادة ٢٩.

(64) المرجع نفسه، الفقرة الفرعية (ب) '١' من المادة ٢٩.

(65) المرجع نفسه، الفقرة الفرعية (ب) '٢' من المادة ٢٩. وتلك الآثار التلقائية لا تنتهي تلقائيا إذ قد تكون نافعة، وقد ترغب المحكمة في الحفاظ عليها.

(66) المرجع نفسه، الفقرة الفرعية (أ) '٢' من المادة ٢٩.

إعسار أجنبيين أو أكثر، إجراء في الدولة المشترعة، يتعين على المحكمة أن تتصرف عملا بالمادتين ٢٩ و٣٠ كلتيهما.

١٧٨- والهدف المتوخّى من المادة ٣٠ مماثل للهدف المنشود في المادة ٢٩. ويتحقق اتساق النهج بتكييف الانتصاف المراد منحه تكييفا ملائما أو بتعديل أو إنهاء انتصاف سبق منحه.

١٧٩- وخلافا للمادة ٢٩ (التي تعطي الأسبقية من حيث المبدأ للإجراء المحلي)، تعطي المادة ٣٠ الأفضلية للإجراء الأجنبي الرئيسي إذا وُجد. وفي حالة وجود أكثر من إجراء أجنبي غير رئيسي واحد، لا يعامِل الحكم في حد ذاته أي إجراء أجنبي معاملة تفضيلية. وتتجلى الأولوية الممنوحة للإجراء الأجنبي الرئيسي في اشتراط أن يكون الانتصاف لصالح إجراء أجنبي غير رئيسي (سواء أكان قد منح بالفعل أم سيمنح لاحقا) متسقا مع الإجراء الأجنبي الرئيسي.[٦٧]

١٨٠- ويجوز إنهاء أو تعديل الانتصاف الممنوح بموجب المادة ٣٠ إذا انكشف وجود إجراء أجنبي غير رئيسي آخر بعد إصدار الأمر. ولا يجوز إصدار أمر بإنهاء أو تعديل الانتصاف السابق إلا إذا كان "من أجل تيسر التنسيق بين الإجراءات".[٦٨]

١٨١- وفيما يخص الإجراءات المتزامنة، هناك قواعد معيّنة تتعلق بسداد الديون.

١٨٢- وتعتبر القاعدة المنصوص عليها في المادة ٣٢ (ويشار إليها أحيانا باسم قاعدة "hotchpot" أي مزج الممتلكات من أجل قسمتها بالتساوي) ضمانا مفيدا في النظام القانوني الخاص بالتنسيق والتعاون في إدارة إجراءات الإعسار عبر الحدود. والمقصود من هذه القاعدة تفادي الحالات التي قد يحصل فيها دائن على معاملة أفضل من معاملة سائر الدائنين المنتمين إلى الرتبة نفسها بحصوله على سداد نفس المبلغ الذي يطالب به في إجراءات إعسار في ولايات قضائية مختلفة.

١٨٣- فلنَفرضْ، على سبيل المثال، أن دائناً غير مضمون تلقى نسبة ٥ في المائة من المبلغ الذي يطالب به في إجراء إعسار أجنبي؛ لكنه يشارك أيضا في إجراء إعسار في الدولة المشترعة، حيث تبلغ نسبة التوزيع ١٥ في المائة. فمن أجل أن يتساوى الدائن في الوضع مع سائر الدائنين في الدولة المشترعة، يتلقى الدائن ١٠ في المائة من المبلغ الذي يطالب به في الدولة المشترعة. وتخوّل المادة ٣٢، ضمنيا، المحكمة المتلقية صلاحية إصدار أوامر لإنفاذ تلك القاعدة.

---

(67) المرجع نفسه، الفقرتان الفرعيتان (أ) و(ب) من المادة ٣٠.

(68) المرجع نفسه، الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٣٠.

١٨٤- ولا تمس المادة ٣٢ بالترتيب الهرمي للمطالبات حسبما يقرّره قانون الدولة المشترعة، ولا يقصد من المادة سوى تقرير المعاملة المتساوية للدائنين المنتمين إلى نفس الرتبة. وطالما أن مطالبات الدائنين المضمونين أو الدائنين ذوي حقوق عينية تسدَّد بالكامل، وهو أمر يتوقف على قانون الدولة التي ينفذ فيها الإجراء، فإن تلك المطالبات لا تتأثر بالحكم المذكور.

١٨٥- وتستخدم عبارة "المطالبات المضمونة"[٦٩] للإشارة عموما إلى المطالبات المضمونة بموجودات معيّنة، في حين يقصد بعبارة "الحقوق العينية" الإشارة إلى الحقوق المتعلقة بممتلكات معيّنة والقابلة للإنفاذ أيضا ضد أطراف ثالثة. ويمكن أن يندرج حق معيّن في نطاق العبارتين كلتيهما تبعا للتصنيف المستخدم والمصطلحات المستخدمة في القانون المنطبق. وللدولة المشترعة أن تستخدم مصطلحا آخر أو مصطلحات أخرى للتعبير عن هذين المفهومين.

(69) انظر تعريف "المطالبة المضمونة"، دليل الأونسيترال التشريعي، مسرد المصطلحات، الفقرة ١٢ (ن ن).

المرفق

الإحالات المرجعية إلى القضايا

In re Atlas Shipping A/S
404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. April 2009)

In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd
374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. Sep 2007) [CLOUT case no. 760]
On appeal, 389 B.R. 325 (Bankr. S.D.N.Y. May 2008) [CLOUT case no. 794]

Re Betcorp Ltd (in liquidation)
400 B.R. 266 at 284 (Bankr. D. Nev 2009) [CLOUT case no. 927]

Re British American Insurance Co Ltd
425 BR 884 (2010) [CLOUT case no. 1008]

In re Condor Insurance Limited, Fogarty v Petroquest Resources Inc.
601 F.3d 319, 2010 WL 961613 (5th Cir. 2010) [CLOUT case no. 1007]

In re Ephedra Products Liability Litigation
349 B.R. 333 (Bankr. S.D.N.Y. 2006); [CLOUT Case no. 765]

Re Eurofood IFSC Ltd
[2006] Ch 508 (ECJ)

In re Fairfield Sentry Limited, et al
Case no. 10-13164, United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, 22 July 2010

In re Gold & Honey, Ltd
410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009); [CLOUT case no. 1005]

Re HIH Casualty and General Insurance Ltd
[2005] EWHC 2125; [2006] EWCA Civ 732 (first appeal)

McGrath v Riddell [2008] UKHL 21

In re Metcalfe and Mansfield Alternative Investments, et al
421 B.R. 683 (Bankr. S.D.N.Y. January 2010); [CLOUT case no. 1006]

In re Yuval Ran, Lavie v Ran
607 F. 3d 1017 (5th Cir. 2010)

Rubin v Eurofinance SA
[2009] EWHC 2129; on appeal [2010] EWCA CIV 895

Re SPhinX Ltd
371 B.R. 10 (Bankr. S.D.N.Y July 2007) [CLOUT case no. 768]

Stanford International Bank Ltd
[2009] EWHC 1441 (Ch) [CLOUT case no. 923], On appeal [2010] EWCA Civ 137 [CLOUT case no. 1004]

In re Tricontinental Exchange Ltd
349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006) [CLOUT Case no. 766]