

Distr.
LIMITEDA/CN.9/WG.V/WP.42
26 September 1995
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بقانون الاعسار
الدورة الثامنة عشرة
فيينا ، ٣٠ تشرين الأول/أكتوبر-١٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٥

الاعسار عبر الحدود

مسائل ممكنة تتعلق بالتعاون القضائي والوصول والاعتراف
في قضايا الاعسار عبر الحدود

المحتويات

الصفحة

٢	- مقدمة
		الفصل
٥ ملاحظات خلفية عامة	- الأول
٩ عوامل حاسمة ممكنة تتعلق بالوصول والاعتراف	- الثاني
٩ ألف - الاختصاص	
١٠ باء - الاجراءات الأجنبية الصادرة عن بلدان منصوص عليها	
١٠ جيم - السلطة التقديرية للمحكمة	
١٠ دال - أنواع الاجراءات المشمولة بالاعتراف	
١٢ هاء - نوع المدين	
١٢ واو - سلطة التصرف العائدة الى الممثل الأجنبي	
١٢ زاي - الاعتبارات المتعلقة بالسياسات العامة	
١٣ نتائج الاعتراف	- الثالث
١٣ ألف - النهج التشريعية الممكنة	
١٣ ١ - السرد التفصيلي للنتائج	
١٥ ٢ - آثار الاعتراف بواسطة الاشارة الى القانون المنطبق	
١٥ (أ) الاعتراف يجلب آثارا ناشئة عن قانون الاعسار الأجنبي	
١٦ (ب) الاعتراف يستثير تطبيق القانون المحلي	
١٦ (ج) اختيار القانون متروك للمحكمة المعترفة	
١٦ ٢ - سلطة المحاكم التقديرية في تحديد آثار الاعتراف	

المحتويات (تابع)

الصفحة	الفصل
١٧	٤ - استبعاد أنواع معينة من الأصول
١٧	٥ - الجوانب الاجرائية لانفاذ الاعتراف
١٧	الرابع - اجراءات الاعسار الثانوية
١٨	ألف - الصلات الممكنة بالاجراءات الرئيسية الاجنبية
١٩	١ - حصر الاختصاص القضائي
٢٠	٢ - حصر حق الدائنين في طلب بدء اجراءات اعسار ثانوية
	٣ - حصر حقوق الدائنين في استرداد أموالهم في اطار اجراءات الاعسار
٢٠	الثانوية
٢٣	باء - الاجراءات التبعية لمساعدة الاجراءات الرئيسية الاجنبية
٢٤	الخامس - اتاحة فرصة الوصول لممثل الاعسار الاجنبي
٢٤	السادس - التعاون القضائي
٢٥	ألف - اقرار البروتوكولات المخصصة الغرض
٢٥	باء - الاتصالات القضائية
٢٦	السابع - مسائل اضافية
٢٦	ألف - واجب اشعار الدائنين
٢٦	باء - واجب تبادل ابلاغ المعلومات فيما بين المديرين

مقدمة

١ - في هذه الدورة ، يبدأ الفريق العامل المعني بقانون الاعسار أعماله ، وفقا لمقرر اتخذته اللجنة في دورتها الثامنة والعشرين (فيينا ، ٢ - ٢٦ أيار/مايو ١٩٩٥) ، للشروع في اعداد صك قانوني يتعلق بالاعسار عبر الحدود .^(١)

٢ - وكان قرار اللجنة القاضي بالاضطلاع بأعمال بشأن الإعسار عبر الحدود قد اتخذ استجابة لاقتراحات قدمها اليها مهنيون ممارسون تعينهم تلك المشكلة على نحو مباشر ، وخصوصا أثناء مؤتمر الأونسيترال المسمى " القانون التجاري الموحد في القرن الحادي والعشرين " (المعقود في نيويورك بالاقتران مع الدورة الخامسة والعشرين للجنة ، ١٨ - ٢٢ أيار/مايو ١٩٩٢) . وقررت اللجنة في دورتها السادسة والعشرين مواصلة النظر في تلك الاقتراحات .^(٢) وفي وقت لاحق ، ومن أجل تقييم استصواب وجدوى الاضطلاع بأعمال في هذا المجال ، ورغبة في تحديد نطاق العمل كما ينبغي ، عقدت الأونسيترال والاتحاد الدولي لممارسي العمل في مجال الإعسار (الإنسول) ملتقى حول الإعسار عبر الحدود (فيينا ، ١٧ - ١٩ نيسان/أبريل ١٩٩٤) اشترك فيه مهنيون ممارسون في مجال الاعسار من مختلف التخصصات ، وقضاة ، ومسؤولون حكوميون ، وممثلون لقطاعات معينة أخرى من بينها المقرضون ، وفدوا من عدة بلدان .^(٣)

٣ - وأسفر الملتقى الأول للأونسيترال والإنسول عن اقتراح مؤداه أن يكون لأعمال اللجنة ، في هذه المرحلة ، هدف محدود هو تيسير التعاون القضائي ، واثاحة فرص الوصول الى المحاكم لمديري اجراءات الإعسار الأجانب ، والاعتراف باجراءات الإعسار الأجنبية (ويشار الى ذلك فيما يلي بعبارة "التعاون القضائي" و "الوصول والاعتراف") . وكان مفهوما أن هذا لن يتضمن أية محاولة للتوحيد الموضوعي لقانون الاعسار ، فذلك هدف يعتقد على نطاق واسع أن من المستحيل بلوغه ، في المرحلة الراهنة على الأقل . واقترح أيضا عقد اجتماع دولي للقضاة بهدف محدد هو

(١) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الثامنة والعشرين (١٩٩٥) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الخمسون ، الملحق رقم ١٧ (A/50/17) ، الفقرات من ٣٨٢ الى ٣٩٣ .

(٢) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها السادسة والعشرين (١٩٩٣) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الثامنة والأربعون ، الملحق رقم ١٧ (A/48/17) ، الفقرات ٣٠٢ الى ٣٠٦ . وترد في الوثيقة A/CN.9/378/Add.4 ، المذكرة الخلفية التي استندت اليها اللجنة في مناقشتها أثناء الدورة السادسة والعشرين .

(٣) يرد في الوثيقة A/CN.9/398 التقرير الخاص بملتقى الأونسيترال والإنسول حول الإعسار عبر الحدود ، والذي قدمته الأمانة الى اللجنة في دورتها السابعة والعشرين (١٩٩٤) .

التماس آرائهم بشأن أعمال اللجنة في هذا المجال . ولقيت تلك الاقتراحات استصواباً من اللجنة في دورتها السابعة والعشرين (٤).

٤ - وفي وقت لاحق ، عقد الملتقى القضائي للأونسيترال والإنسول حول الإعسار عبر الحدود في تورنتو في الفترة من ٢٢ الى ٢٣ آذار/مارس ١٩٩٥ . وكان الغرض من الملتقى القضائي هو الحصول للجنة ، وهي تشرع في أعمالها بشأن الإعسار عبر الحدود ، على آراء القضاة وآراء المسؤولين الحكوميين المعنيين بتشريعات الإعسار ، حول مسألة محددة هي التعاون القضائي في قضايا الإعسار عبر الحدود وحول الموضوعين ذوي الصلة بهذا التعاون ، وهما الوصول والاعتراف (٥) . واتفق الرأي في الملتقى القضائي على أن من المجدي أن تعد اللجنة اطاراً تشريعياً للتعاون القضائي ، يتخذ مثلاً شكل أحكام تشريعية نموذجية ، وأن تضمن النص الذي ستعده أحكاماً بشأن الوصول والاعتراف .

٥ - ولدى احاطة اللجنة علماً بالآراء التي أعرب عنها في الملتقى القضائي ، أشارت الى أن الفريق العامل سيبحث طائفة من المسائل التي طرحت في الملتقى القضائي فيما يتعلق بالنطاق والنهوج والآثار الممكنة للنص القانوني الذي سيجري اعداده . وأعربت اللجنة عن اهتمام خاص بإمكانية تضمين الاطار القانوني المزمع اعداده بشأن التعاون القضائي والوصول والاعتراف "قائمة خيارات" تطرح على المشرعين فيما يتعلق ببعض الجوانب . وقيل ان من شأن نهج "قائمة الخيارات" المشار اليه أن يساير الواقع الذي لا يقتصر على أنه لا تزال توجد فروق واضحة بين الدول بشأن الجوانب الموضوعية لقوانين الاعسار فيها ، بل يتمثل أيضاً في أن الدول تتباين بصددها ما ستكون على استعداد للنص عليه في تشريعاتها من حيث مدى وطريقة التعاون القضائي والوصول والاعتراف . وفي الوقت نفسه ، ونظراً للافتقار السائد الى هذه الأحكام في كثير من الدول ، يمكن توقع أنه حتى النخبة المتواضعة التي ستدرجها اللجنة في قائمة الخيارات قد تسفر عن قدر كبير من التحسن في الحالة الراهنة . غير أنه ينبغي أن يلاحظ أن الخيارات المختلفة السبينة في هذه المذكرة إنما هي معروضة لكي ينظر فيها الفريق العامل أملاً في أن يعرب أعضاؤه عن تفضيلاتهم الفردية بشأنها .

٦ - والمقصود بهذه المذكرة هو أن تكون بمثابة قائمة أولية مشروحة بالمسائل والحلول الممكنة التي قد يتناولها الصك الذي ستعده اللجنة . ولا يدعى أن المذكرة شاملة ، بل ان من المتوقع أن تثار أثناء المناقشة قضايا لم تتناولها المذكرة . وفضلاً عن ذلك فالأمانة تواصل عملية التشاور مع المهنيين الممارسين وغيرهم من الجهات المعنية ، وذلك مثلاً من خلال الانسول واللجنة "ياء" التابعة لقسم

(٤) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها السابعة والعشرين (١٩٩٤) ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة التاسعة والأربعون ، الملحق رقم ١٧ (A/49/17) ، الفقرات ٢١٥ الى ٢٢٢ .

(٥) يرد في الوثيقة A/CN.9/413 التقرير الخاص بالملتقى القضائي ، الذي قدمته الأمانة الى اللجنة في دورتها الثامنة والعشرين (١٩٩٥) .

القانون التجاري في الرابطة الدولية لتقابات المحامين ، وقد جرى أثناء الدورة ابلاغ الفريق العامل عن ثمار تلك المشاورات .

أولا - ملاحظات خلفية عامة

٧ - في اعداد هذه المذكرة واختيار المسائل التي تشير اليها ، وضعت الأمانة في اعتبارها واستغلت ما سبق أن بذل من جهود وأعد من صكوك على الصعيدين الوطني والاقليمي تناولت التعاون القضائي والوصول والاعتراف . وعلى الصعيدين الاقليمي والمتعدد الأطراف ، تشمل تلك الجهود والصكوك اتفاقية القانون الدولي الخاص ، هافانا ١٩٢٨ ("قانون بوستامانته") ، والمعاهدتين الخاصتين بالقانون التجاري الدولي لعام ١٨٨٩ وعام ١٩٤٠ ("معاهدي مونتفيديو") ، والاتفاقية المبرمة بين ايسلاندا والدانمرك والسويد وفنلندا والنرويج بشأن الافلاس ("اتفاقية بلدان الشمال الأوروبي بشأن الافلاس" ، ١٩٣٣ ، المعدلة عام ١٩٧٧ وعام ١٩٨٢) ، والاتفاقية الأوروبية بشأن بعض الجوانب الدولية للافلاس ("اتفاقية اسطنبول" ، ٥ حزيران/يونيه ١٩٩٠ (وهي اتفاقية غير سارية المفعول)) ، ومشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي بشأن اجراءات الاعسار القضائية لعام ١٩٩٢ ("مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي") ، وكذلك القانون النموذجي للتعاون الدولي بشأن الاعسار ، الذي أعدته اللجنة (باء) التابعة لقسم القانون التجاري من الرابطة الدولية لتقابات المحامين .^(٦)

٨ - وقد استرشدت الأمانة في اختيارها للمسائل التي أدرجتها في هذه المذكرة بطائفة واسعة من المسائل التي تتناولها الصكوك الآتية الذكر ، وكذلك المسائل التي تتناولها أحكام التشريعات الوطنية الخاصة بالاعسار عبر الحدود ووضعت في متناول الأمانة أيضا مسودة دراسة عما بذل من جهود في مجال القوانين الوطنية والمعاهدات المتعددة الأطراف بشأن الاعسار عبر الحدود ، أعدتها لجنة خبراء شكلها الانسول .

٩ - وقدم مشروع الورقة الذي أعده فريق خبراء الانسول عرضا موجزا للبيئة القانونية الراهنة التي يجب أن تبتدع فيها الحلول بصدد قضايا الاعسار عبر الحدود . وذكرت الورقة أن تلك البيئة تتميز بتنوع النهوج القانونية وتضاربها في كثير من الأحيان ، بما في ذلك درجة السلطة التقديرية التي يمكن أن تخول للمقضاة في غياب نص قانوني يتيح لهم معالجة قضايا الاعسار عبر الحدود . ويمكن لهذا الوضع أن يهدد ، في أية قضية معينة ، امكانية تنفيذ خطة للتصفية أو لاعادة التنظيم ترفع قيمة أصول المدين الى أقصى حد ممكن وتنقذ أكبر عدد ممكن من فرص العمل . فمثلا ، يلتزم بعض الدول بمبدأ "الاقليمية" الذي يجوز بموجبه رفض الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية ويؤكد السيطرة على الأصول المحلية ، في حين أن الدول المرتبطة بترتيب تعاهدي ثنائي أو متعدد الأطراف قد تكون ملزمة بتطبيق نهوج تهدف الى جعل الاعسار خاضعا لادارة واحدة أو مشتركة

(٦) يرد في مذكرة الأمانة الصادرة بالوثيقة A/CN.9/378/Add.4 مزيد من المعلومات بشأن الصكوك الاقليمية والمتعددة الأطراف المشار اليها .

(مثلا معاهدتا مونتفيدو لعام ١٨٨٩ و عام ١٩٤٠ ؛ واتفاقية بلدان الشمال الأوروبي بشأن الافلاس) ،
أو الى التوفيق بين أية اجراءات متزامنة .

١٠ - ويورد التقرير وصفا لما يوجد في عدد محدود من الدول من تشريعات تتناول ، على وجه
التحديد ، التعاون القضائي والوصول والاعتراف في سياق الاعسار . وتتباين تلك التشريعات من
حيث مدى الزامية التعاون والمساعدة أو خضوعهما للسلطة التقديرية للمحكمة المقدم اليها الطلب .
ف نجد مثلا في أحد البلدان أن الاعتراف والمساعدة الزاميان فيما يتعلق بالاجراءات التي تنفذ في
بلدان معينة منصوص عليها ، استنادا الى تقييم لطبيعة الاجراءات المنفذة في تلك البلدان الأخرى .
وثمة نهج آخر يتمثل في الترخيص بالتعاون والمساعدة ولكن مع ترك تحديد المدى الفعلي للتعاون
والمساعدة للسلطة التقديرية للمحكمة .

١١ - وعرضت الورقة أيضا أساليب ومفاهيم مختلفة مستخدمة في ممارسة التعاون القضائي وخاصة
في غياب اطار تشريعي أو تعاهدي محدد للتعاون القضائي والوصول والاعتراف . وتشمل تلك
الأساليب ما يلي : تطبيق مبدأ المجاملة بين الدول من قبل المحاكم في الولايات القضائية التي تطبق
القانون العام ؛ واصدار أوامر ترخيص (براءات تنفيذ) لأغراض مماثلة في الولايات القضائية التي
تطبق القانون المدني ؛ وعقد بروتوكولات مخصصة الغرض لاقامة التعاون بين ولايات قضائية معينة
بقضايا اعسار عبر الحدود ولتيسير ادارة حالات الاعسار عبر الحدود ؛ وانفاذ الأوامر الأجنبية
الخاصة بالاعسار عن طريق تشريع عام متعلق بالاعتراف بالأحكام والاجراءات الأجنبية . مثل
خطابات الالتماس (التفويضات الالتماسية) الصادرة عن ولايات قضائية أجنبية . ولوحظ أيضا أن
النهوج التي تستند حصرا الى مبدأ المجاملة بين الدول أو الى نهج براءات التنفيذ لا يحتمل أن
تهيء نفس الدرجة المنشودة من امكانية التنبؤ والعول التي يمكن أن يهيئها اطار تشريعي محدد
للتعاون القضائي والوصول والاعتراف .

١٢ - وقيل انه على الرغم من وجود استثناءات فان التشريعات العامة بشأن الاعتراف المتبادل
بالأحكام القضائية ، بما في ذلك قوانين براءات التنفيذ ، يسكن أن تعتبر في مجموعها غير قابلة
بوجه خاص للمتكهن بعواقبها فيما يتعلق بمعالجة قضايا الاعسار عبر الحدود . ذلك أن تلك الاجراءات
قد تقتصر في نظام قانوني معين على انفاذ أحكام قضائية مالية محددة أو أوامر زجرية بعينها في
نزاعات ثنائية ، وليس في الاجراءات الجماعية المعتادة في سياق الاعسار . هذا فضلا عن أن
الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية ، بغرض تقديم مساعدة تبعية الى تلك الاجراءات مثلا ، قد
لا يعتبر مسألة اعتراف بـ "حكم قضائي" .

١٣ - والأخرى أن قرارات المحاكم الأجنبية وأوامرها لا يمكن انفاذها الا اذا اعتبرت قرارات
وأوامر نهائية وملزمة بموجب قانون الولاية القضائية التي صدرت فيها ، والا اذا لم تعتبر غير قابلة
للانفاذ . من ذلك مثلا أن عدم الانفاذ قد يكون مصير القرار الأجنبي اذا قررت المحكمة المقدم اليها
الطلب أن المحكمة الأجنبية ليس لها اختصاص بموجب مبادئ قانون المحكمة المقدم اليها الطلب ،

أو إذا لم يكن المدين قد تلقى في الاجراءات الأجنبية اشعارا في مهلة كافية ، أو إذا كان الانفاذ يتعارض مع قرار سابق أو اجراءات جارية في الدولة المقدم اليها الطلب ، أو في حالة وجود نزاع من نوع يتعلق بالسياسة العامة (النظام العام) للدولة .

١٤ - وذكر أن آفاق النجاح في الاستعانة ، لغرض الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية ، بالقوانين الخاصة بالاعتراف المتبادل بالأحكام القضائية ، تحد منها كذلك امكانية اعتبار الاعلانات أو الأوامر الصادرة عن محكمة في سياق الاعسار اعلانات تتعلق بالهوية من قبيل ممارسة سلطة الدولة ، لا أحكاما أو أوامر قضائية حقيقية يقصد بها أن تعالجها تشريعات تبادلية . وقد تنشأ عقبات مفاهيمية اضافية إذا كان المدين هو الذي بدأ طوعا اجراءات الاعسار التي يلتمس الاعتراف بها .

١٥ - ويشير التقرير ، وكذلك المشاورات التي أجرتها الأمانة مع المهنيين الممارسين ومع دوائر أخرى ذات اهتمام مباشر بالاعسار عبر الحدود ، الى أن الأعمال التي تقوم بها اللجنة ، وان لم تطمح الى محاولة التوحيد الموضوعي لقانون الاعسار ، يمكن أن تقدم مساهمة عملية في تلبية احتياجات متنوعة . وما يعزز النفع الذي يمكن توقعه من أعمال اللجنة الزيادة المستمرة في حالات الاعسار عبر الحدود ، والتي تأتي نتيجة ثانوية طبيعية للعولمة السريعة للنشاط الاقتصادي الجارية في الوقت الراهن .

١٦ - وتمس تلك الاحتياجات طائفة متنوعة من الأفراد أو الهيئات ، تشمل ما يلي : المدين ، الذي له مصلحة في المساعدة ازاء الدعاوى الفردية التي يرفعها الدائنون ، وربما في انقاذ عمله ورد اعتباره ؛ والدائنين غير الحائزين على ضمانات ، الذين يبلغ عائد الديون المستحقة لهم أقصاه بقدر ما تمكن اقامة التعاون عبر الحدود عوضا عن " السباق الى قاعة المحكمة " ؛ وموظفي المدين ، الذين تكمن مصالحهم في دفع الأجرور المستحقة لهم وفي بلوغ امكانية انقاذ المنشآت - وبالتالي امكانية انقاذ الوظائف - حدها الأقصى ؛ والدائنين الحائزين على ضمانات ، الذين يلتمسون الاعتراف بمصالحهم الضمانية وانفاذها ؛ والحكومات ، التي لها مصلحة لا في انفاذ الدعاوى الحكومية وحسب بل ايضا في انقاذ فرص العمل وطمأنة المستثمرين الى أن النظام القانوني المنطبق سيبقي قدر من امكانية التكهن وامكانية انفاذ المطالبات ؛ والمحاكم ، التي يلزمها اطار قانوني كاف لمعالجة حالات الاعسار عبر الحدود ؛ ومديري حالات الاعسار ، الذين يحتاجون لتحقيق الكفاءة في عملهم اطارا قانونيا كفوًا ويمكن التكهن بآثاره .

١٧ - وفي الوقت نفسه يتبين بوضوح من سجل حالات الاعسار عبر الحدود ، ومن اللقاءات والمشاورات التي عقدتها الأمانة ، أن الدول تتباين من حيث المدى الذي تذهب اليه والطريقة التي تتبعها في السماح بالتعاون القضائي والوصول والاعتراف بغرض تلبية تلك الاحتياجات في السياق عبر الحدودي . وينشأ ذلك عن عوامل منها الفروق بين النظم القانونية من حيث درجة حرية التصرف المتاحة للمحاكم ودرجة الالتزام بالمفاهيم الاقليمية التقليدية الخاصة بانطباق قانون الاعسار .

١٨ - وقد يكون من المفيد ، قبل التطرق الى تفاصيل المسائل المطروحة ، أن نعيد في ايجاز بيان الطريقة التي ينبغي أن تفهم بها مصطلحات أساسية معينة مستخدمة في هذه المذكرة . فمعظم النظم القانونية يحتوي على قواعد بشأن أنواع شتى من الاجراءات يمكن بدؤها عند عجز المدين عن سداد ديونه . وعبارة "اجراءات الاعسار" هي العبارة العامة المستخدمة في هذه المذكرة للإشارة الى تلك الأنواع من الاجراءات . ويمكن التمييز بين نوعين من اجراءات الاعسار لم تنبثق لهما مصطلحات موحدة .

١٩ - ففي نوع من هذه الاجراءات (ويشار اليه فيما يلي بعبارة "التصفية") ، تتولى سلطة عامة ، تكون عادة محكمة تتصرف من خلال موظف يعين لهذا الغرض ("يشار اليه هنا على أنه "مدير التفليسة" أو ، في بعض السياقات ، "مثل التفليسة") ، مسؤولية التصرف في أصول المدين المعسر ، بغية تحويل الأصول غير النقدية الى شكل نقدي ، وتوزيع الحصيلة على الدائنين حسب نسبة ديونهم ، ثم التوصل في نهاية الاجراءات الي تصفية المدين باعتباره كيانا تجاريا . وبعض الدول لا يستخدم فيها الا هذا النوع من الاجراءات . وثمة مصطلحات أخرى كثيرا ما تستخدم لوصف هذا النوع من الاجراءات منها : الافلاس ، وتصفية الأعمال ، faillite, quiebra, Konkursverfahren . بيد أنه يلاحظ أن مصطلحات كالفلاس مثلا قد تفهم على أنها تنطوي على معنى أوسع نطاقا ، يشمل أيضا اجراءات الصلح الواقى كما سيرد الحديث عنها في الفقرة التالية .

٢٠ - أما النوع الآخر من الاجراءات (ويشار اليه فيما يلي باصطلاح " الصلح الواقى من الافلاس") ، فهو بديل لاجراءات التصفية . وليس الغرض من هذه الاجراءات البديلة تصفية أعمال المدين المعسر ، بل اتاحة المجال له لكي يتغلب على الأزمة المالية ويستأنف المشاركة الطبيعية في العمل التجاري . وهذه الاجراءات ، التي تنفذ هي الأخرى عادة بإشراف محكمة ، انما تهدف عادة الى الوصول الى اتفاق ، أو صلح واق ، بين المدين ودائنيه ، بشأن مساعدته بهدف تمكينه من تنظيم أعماله التجارية من جديد واستعادة قدرتها على البقاء . وقد تكون هذه المساعدة في أشكال مختلفة ، منها الاسقاط الجزئي للمطالبات تجاه المدين ، أو تمديد فترات تسديد الديون ، أو إعادة التفاوض على الالتزامات القائمة على المدين . وفي أثناء التفاوض على هذه المساعدة ، يتمتع المدين بالحماية من دعاوى الانفاذ التي يرفعها الدائنون على أصوله المالية . وقد يكون من الممكن مباشرة اجراءات الصلح الواقى من الافلاس أثناء اجراءات التصفية . ومن المصطلحات الأخرى المستخدمة بخصوص هذا النوع من اجراءات الاعسار ، نذكر على سبيل المثال : إعادة التنظيم ، والصلح ، و concordat préventif de faillite ، و suspensión de pagos ، و administración ، و judicial de empresas ، و Vergleichsverfahren .

٢١ - ولمباشرة اجراءات الاعسار ، يلزم عادة استصدار أمر من محكمة . وقد يأخذ بزمam المبادرة في بدء هذه الاجراءات المدين المعسر نفسه (الاعسار الطوعي) أو واحد أو أكثر من دائنيه (الاعسار الجبري) . وفي بعض الدول ، يطبق نوع واحد من اجراءات الاعسار على جميع المنشآت

المعسرة أو التجار المعسرين ، بينما يستخدم في دول أخرى نوعان من الاجراءات ، أحدهما يسري على الأشخاص الاعتباريين ، والآخر على الأشخاص الطبيعيين .

ثانيا - عوامل حاسمة ممكنة تتعلق بالوصول والاعتراف

٢٢ - تركز المسائل المقترحة الواردة في هذا الفرع والفرع التالي على بعض المشاكل الرئيسية التي يتعين عادة على الهيئة التشريعية الوطنية أن تسويها عندما تعتزم اشتراع أحكام قانونية بشأن التعاون في مجال الاعسار عبر الحدود . وتسعى الاقتراحات الى تقديم اشارات الى الكيفية التي يمكن أن تهيكّل بها أحكام نموذجية قد تجتذب المشرعين الوطنيين .

ألف - الاختصاص

٢٣ - من المسائل الأساسية في كثير من الولايات القضائية مسألة ما هو العامل الرابط الذي يجب أن يربط بين المدين والدولة التي بدأت فيها اجراءات اعسار بشأن ذلك المدين ، لكي يعتبر أن هناك مبررا للاعتراف بتلك الاجراءات، في بلد آخر . وبالنظر الى وجود تلك الولايات القضائية ، سيتعين مواجهة هذه المسألة (التي يشار اليها أحيانا بعبارة "الاختصاص غير المباشر") لدى اعداد أحكام نموذجية بشأن الاعتراف، باجراءات الاعسار الأجنبية .

٢٤ - ويمكن تصور عدة عوامل رابطة ممكنة يذكر منها ما يلي : مكان الاقامة الدائم ، ومكان الاقامة المعتاد ، ومكان مكتب الشركة المسجل ، والمكان الرئيسي للعمل ، ومركز مصالح المدين الرئيسية ، ومكان الأصول السالبة .

٢٥ - وتوجد اجابة واضحة عن مسألة العامل الرابط الحاسم في المادة ١٦٦ (١) من القانون الدولي الخاص السويسري ، التي تنص على أن اجراءات الاعسار الأجنبية لا يمكن الاعتراف بها الا اذا بدأت في الدولة التي يوجد فيها مكان الاقامة الدائم للمدين (المادة ١٦٦ (١)) ، أو ، في حالة الشركة ، المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للشركة المدينة (المادة ١٦٦ (١)) بالاقتران مع المادة (٢١) .

٢٦ - ومزية هذا النهج هي ما يمكن تحقيقه بتطبيقه من يقين قانوني . غير أن من مثاليه المحتملة افتقاره البادي الى أي مجال لتأويله في الحالات الاستثنائية التي تحول فيها ظروف معينة دون تحقيق نتائج معقولة من خلال معيار وهو "مركز الثقل" المصاغ سلفا على وجه العموم (أي مكان الاقامة الدائم أو المقر الرئيسي) .

٢٧ - ويرد في اتفاقية اسطنبول (المادة ٤) ومشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي (المادة ٢) حل وسط بين ضرورة اليقين القانوني وامكانية مراعاة الظروف المحددة للقضية . فكلما الصكين يحدد العامل

الرابط الحاسم بصيغة مرنة ("مركز مصالح السدين الرئيسية") ، مقترنا بافتراض فيما يتعلق بالشركات ("في حالة الشركة والشخص الاعتباري ، يفترض أن مكان السكتب المسجل هو مركز المصالح الرئيسية للشركة أو الشخص الاعتباري ما لم يوجد دليل على خلاف ذلك") .

باء - الاجراءات الأجنبية الصادرة عن بلدان منصوص عليها

٢٨ - من الجدير بالذكر في هذه المناسبة ، وعند النظر في مجموعة الخيارات التي تطرحها اللجنة ، الى أن قوانين عدد من الولايات القضائية تنص على تقديم المساعدة الى اجراءات الاعسار الأجنبية القادمة من بلدان مدرجة في قائمة بلدان "منصوص عليها" ، مع ترك البت في الطلبات الواردة من بلدان أجنبية غير هذه للسلطة التقديرية للمحكمة . وقوانين استراليا والمملكة المتحدة أمثلة للجمع بين المساعدة الانزامية فيما يتعلق بالبلدان المنصوص عليها والمساعدة التقديرية فيما يتعلق بالبلدان الأخرى ، غير المنصوص عليها .

جيم - السلطة التقديرية للمحكمة

٢٩ - بقدر ما يترك القانون للسلطة التقديرية للمحكمة أمر اتخاذ القرار بشأن تقديم المساعدة أو عدم تقديمها ، تكون تلك المحكمة ملزمة بأن تراعى في ممارسة سلطتها التقديرية - أو يكون لها على الأقل الدق في ان تراعى - وذلك ، مثلا ، اذا كان القانون يقضي بأن تضع المحكمة في اعتبارها ، لدى ممارستها سلطتها التقديرية ، قواعد القانون الدولي الخاص .

٣٠ - ويهيىء البند ٣٠٤ من قانون الافلاس في الولايات المتحدة مثلا لقانون ينص بوجه عام على تقديم المساعدة ولكنه يترك للمحكمة سلطة التقدير فيما يتعلق بكل قضية على حدة . كما يعد هذا القانون مثلا للعوامل التي تسترشد بها المحكمة . ومن تلك العوامل عامل يسمو على سائر العوامل وهو ادارة أموال التفليس ادارة اقتصادية وسريعة ومتوافقة مع : (أ) المعاملة العادلة لجميع أصحاب المطالبات أو المصالح في تلك الأموال ؛ و (ب) حماية أصحاب المطالبات الموجودين في الولايات المتحدة من الضرر والاحجاف عند معالجة مطالباتهم في تلك الاجراءات الأجنبية ؛ و (ج) منع التصرف التفضيلي أو الاحتيالي في أموال التفليس ؛ و (د) توزيع عوائد أموال التفليس توزيعا يتفق في جوهره مع النظام الذي ينص عليه قانون الافلاس في الولايات المتحدة فيما يتعلق بمسألة الأولويات ؛ و (هـ) مبدأ المجاملة بين الدول ؛ و (و) اتاحة الفرصة ، اذا كان ذلك ملائسا ، للشخص المعني بتلك الاجراءات الأجنبية ليبدأ بداية جديدة .

دال - أنواع الاجراءات المشمولة بالاعتراف

٣١ - تطبق في بعض النظم القانونية قاعدة انتقائية تقصر الاعتراف على الاجراءات الأجنبية التي تفي بالشروط اللازمة لاعتبارها اجراءات "اعسار" وفقا لقانون المحكمة (أي بموجب قانون الدولة التي توجد فيها المحكمة المطلوب منها تقديم المساعدة) . ويمكن أن تكون نتيجة هذا النوع من الأحكام ، مثلا ، ألا تتلقى المساعدة الاجراءات الأجنبية (مثل اجراءات اعادة التنظيم التي يبدؤها

طوعاً مدين لم يعلن افلاسه قانونياً) التي لا ينطبق عليها تعريف اجراءات الاعسار بموجب قانون المحكمة المقدم اليها طلب المساعدة .

٣٢ - ويثير المثال المذكور أعلاه عدداً من جوانب هذه المسألة قد يرغب الفريق العامل في النظر فيها ، ومنها ما اذا كان ينبغي للنص الذي سيعقد أن يميز بين ما يلي : اجراءات التصفية واجراءات اعادة التنظيم ؛ الاجراءات الطوعية التي يبدؤها السدين والاجراءات التي يبدؤها الدائنون ؛ الاجراءات القضائية والاجراءات الادارية ؛ الاجراءات التي يجردها فيها المدين من كل سيطرة على أمواله والاجراءات المسماة اجراءات "السدين الحائز" ؛ والاجراءات المتعلقة بمدين أصبح معسراً بالفعل والاجراءات التي يسعى فيها مدين واقع في ورطة الى تفادي الاعسار .

٣٣ - وبغرض تيسير مناقشة المسائل الواردة أعلاه ، نقدم التعريف التالي المقترح من البند ١٠١ من قانون الاعسار في الولايات المتحدة :

"(٢٣) 'اجراءات أجنبية' تعني اجراءات ، قضائية كانت أم ادارية ، متخذة أم غير متخذة بموجب قانون الاعسار ، تتخذ في بلد أجنبي كان يقع فيه ، في بداية تلك الاجراءات ، مكان الإقامة الدائم للسدين ، أو مكان اقامته الفعلي ، أو المكان الرئيسي لعمله ، أو الأصول المالية الرئيسية للسدين ، بهدف تصفية أموال أو تسوية ديون عن طريق الصلح الوافي أو التأجيل أو ابراء الذمة ، أو بهدف اجراء عملية اعادة تنظيم" .

٣٤ - ويهيء التعريف الوارد في القانون النموذجي للتعاون الدولي بشأن الاعسار (البند ٦ (ب)) صيغة بديلة ، يشار فيها بعبارة عامة الى ولاية المحكمة التي بدأت فيها الاجراءات ، بدلا من الاشارة الى عوامل رابطة محددة :

"'اجراءات أجنبية' تعني اجراءات اعسار ، قضائية كانت أم ادارية ، تتخذ في بلد أجنبي ، شريطة أن تكون للمحكمة الأجنبية أو الهيئة الادارية الأجنبية التي تتخذ الاجراءات ولاية قضائية سليمة على السدين وعلى أمواله" .

وقد يرغب الفريق العامل في النظر فيما اذا كان من المجدي ادراج عناصر أخرى في التعريف ، مثل اشارة الى أن تكون الاجراءات من أجل المصلحة الجماعية لجميع الدائنين أو لمعظمهم .

٣٥ - وقد يرغب الفريق العامل في النظر في جانب اضافي هو مدى طابع الاطلاق الذي ينبغي أن يتسم به اشتراط أن تكون الجهة التي تدير الاجراءات الأجنبية محكمة أو أن تكون الاجراءات ذات طبيعة ادارية . وما يدور بالبال هنا هو امكانية أن توجد في ظل بعض القوانين الوطنية اجراءات تعاقدية شبه اعسارية يبدؤها الأطراف أنفسهم بهدف تفادي الاعسار .

هاء - نوع المدين

٣٦ - يمكن طرح سؤال عما اذا كان ينبغي لأعمال اللجنة أن تشمل المدينين الذين هم أشخاص اعتباريون والمدينين الذين هم أشخاص طبيعيين على السواء . ويمكن أن يعترض على تناول الأشخاص الطبيعيين بأن ذلك سيثير مسائل اجتماعية أساسية ومسائل أخرى تتعلق بالسياسات تتعدى نطاق المشروع . وقد يرى في الوقت نفسه أن استبعاد تناول الأشخاص الطبيعيين سيحد على نحو خطير من نطاق الصك القانوني الذي يعتزم اعداؤه ، نظرا لأنه ليس من غير المألوف أن يدير أنشطة ومنشآت تجارية هامة في التجارة الدولية فرد ليست له أي من صفات الشخصية الاعتبارية . وهذا بدوره يثير مسألة ما اذا كان من الممكن ، أو حتى من المستصوب ، استبعاد حالات اعسار "المستهلكين" من نطاق أعمال اللجنة .

واو - سلطة التصرف النائدة الى الممثل الأجنبي

٣٧ - من الأسئلة التي قد تنشأ في عدد من الولايات القضائية قبل اتخاذ قرار بالموافقة على طلب مقدم من ممثل اعسار أجنبي ، سؤال عما اذا كانت للممثل الأجنبي سلطة بموجب اجراءات الاعسار الأجنبية ، للتصرف نيابة عن المدين فيما يتعلق بأصول أجنبية . ويمكن أن يكون التعريف الوارد في القانون النموذجي للتعاون الدولي بشأن الاعسار (البند ٦ (أ)) مرجعا مفيدا :

"ممثل أجنبي" يعني شخصا يعين ، أيا كانت تسميته ، بموجب قوانين بلد خارج هذه الولاية القضائية ، لأداء وظائف تتعلق باجراءات أجنبية وتناظر الوظائف التي يؤديها وصي أو مأمور تصفية أو مدير أو حابس أموال أو حارس قضائي - مدير أو أي مثل آخر لمدين أو لأموال مدين في هذه الولاية القضائية .

زاي - الاعتبارات المتعلقة بالسياسات العامة

٣٨ - عادة ما تحتفظ الدول التي تقدم العون في حالات الاعسار عبر الحدود بالحق في رفض الاعتراف في حالة عدم التوافق مع نظامها العام . وقد يرغب الفريق العامل في النظر في امكانية اعداد حكم نموذجي بشأن هذه المسألة . ومن الأمثلة على التشريعات الخاصة بذلك المادة ١٤ (٢)

(ب) من اتفاقية اسطنبول، (٧) والمادة ١٨ من مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي، (٨) والمادة ١٦٦ (١)(ب) (مقرونة بالمادة ٢٧) من القانون الدولي الخاص السويسري .

ثالثا - نتائج الاعتراف

٣٩ - المسألة الرئيسية التالية التي يتعين على مشرع بلد مستعد للاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية أن يبت فيها هي ماهية النتائج القانونية التي ينبغي أن يحدثها هذا الاعتراف في "البلد المعترف" . وتنبثق من تلك المسألة الرئيسية طائفة من المسائل الفرعية الممكنة التي تشمل ، على سبيل المثال لا الحصر ، ما يلي : هل يجرد المدين من أمواله ، نتيجة للاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية ، كما لو كانت محاكم البلد المعترف هي التي بدأت اجراءات اعسار ؟ وما هي السلطة التي تخول للمدير الأجنبي في البلد المعترف ؟ وما هو الوضع القانوني لدائتي المدين ؟ هل يمنعون من ممارسة مطالباتهم ضد المدين في البلد المعترف ؟ وماذا يكون موقفهم اذا كانوا قد بدأوا بالفعل اجراءات قانونية فردية ضد المدين أمام محاكم البلد المعترف ؟ وهل هناك استثناءات افشات معينة من المطالبات يجوز بموجبها استمرار الاجراءات القانونية التي بدأت بالفعل ؟ .

٤٠ - ومن الواضح أنه يمكن اضافة كثير من الأسئلة الى هذه القائمة ، وقد يرغب الفريق العامل في أن ينظر في اضافة أسئلة أخرى الى القائمة الواردة أعلاه ، علما بأنه قد يتوقع من المشرعين أن يقدموا أوضاع اجابات ممكنة عنها .

ألف - النهج التشريعية الممكنة

٤١ - يتضح من المقارنة بين عدة قوانين وطنية وصكوك دولية وجود طرائق متباينة لمعالجة هذه المشكلة .

١ - السرد التفصيلي للنتائج

٤٢ - تتمثل احدى الطرائق في تقديم قائمة جامعة تسرد فيها ، بطريقة تفصيلية ، جميع النتائج التي تترتب على الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية ، ومنها مثلا : التصرفات التي يحق للمدير الأجنبي أن يأتيتها بشأن الأصول المالية الموجودة في البلد المعترف ، بما في ذلك : الحصول على

(٧) "القيود على ممارسة سلطات مأمور التصفية"
٢ - لا يجوز لمأمور التصفية أن يقوم ، في دولة طرف أخرى ، بتصريف يكون :
"ب - متعارضا تعارضا واضحا مع السياسات العامة لتلك الدولة الطرف ."

(٨) "السياسات العامة"
"يجوز للدولة المتعاقدة الامتناع عن الاعتراف باجراءات الاعسار أو انفاذ حكم قضائي صادر في سياق تلك الاجراءات اذا كان من شأن نتائجه أن تكون متعارضا تعارضا واضحا مع السياسات العامة لتلك الدولة ."

المعلومات وشهادات الشهود والسجلات المتعلقة بحسابات المدين وأصوله المالية والجوانب الأخرى ذات الصلة؛ تدابير حماية الأصول المالية والحفاظ عليها التي يجوز للمدير الأجنبي أن يتخذها (بما في ذلك التماس المساعدة من السلطات، المختصة في الدولة المعترفة، وتسليم الممتلكات إلى المدير الأجنبي، وتفادي تنفيذ تحويلات تفضيلية قبل بدء اجراءات الاعسار)؛ ووضع المدين فيما يتعلق بالأصول المالية الموجودة في تلك الدولة؛ ووضع دائني المدين فيما يتعلق بالحق في متابعة المطالبات وبدء أو متابعة اجراءات قضائية فردية ضد المدين، بما في ذلك ما إذا كان وقف تلك الاجراءات سينجم عن الاعتراف؛ ومسألة ابراء الذمة بالسداد إلى الدائن أو إلى المدير الأجنبي.

٤٣ - وقد يرغب الفريق العامل في النظر في نتائج ممكنة أخرى، أو مبادئ تتعلق بتلك النتائج، يمكن ادراجها في النهج السردى. فمثلا لا يجوز، وفقا للمبدأ الذي يشار إليه في بعض بلدان القانون العام بعبارة "المزج" (hotchpot)، وفي بلدان أخرى بعبارة "التصنيف" (marshalling)، أن يحصل الدائن الذي تلقى سدادا جزئيا في احدى الاجراءات على حصة عن نفس المطالبة في اجراءات أخرى إلى أن يكون الدائنون الآخرون المنتمون إلى نفس الرتبة أو الفئة قد تلقوا في تلك الاجراءات الأخرى حصة معادلة. وذلك المبدأ، الذي يهدف إلى اقامة العدالة بين الدائنين، وارد في عدة قوانين وطنية (مثل البند ٥٠٨ (أ) من قانون الإفلاس في الولايات المتحدة)، وفي صكوك دولية (المادة ٥ من اتفاقية اسطنبول؛ والمادة ١٢ (٢) من مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي). ويمكن للفريق العامل أن ينظر في جدوى اعداد حكم نموذجي بشأن هذا الموضوع.

٤٤ - ويحتوي الفصل الثاني من اتفاقية اسطنبول على مثال للنهج السردى. فتلک الاتفاقية لا تنص على أن نتائج اجراءات الاعسار الأجنبية تنتقل في جملتها إلى الدولة المعترفة (كما هو الحال في مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي على نحو ما يرد وصفه أدناه) أو على أن النتائج الاعسارية الناجمة عن الاجراءات الأجنبية (توافق القوانين) تتحول إلى النتائج التي كانت ستترتب على الاعسار لو أن الاجراءات كانت قد بدأت في الدولة المعترفة (كما هو الحال في القانون السويسري، على النحو الوارد وصفه أدناه أيضا).

٤٥ - ويحتوي نظام اتفاقية اسطنبول، على العكس من ذلك، على مجموعة من الأحكام (الفصل الثاني، المواد ٦-١٤) تخول للمدير الأجنبي حقوقا معينة يجوز له أن يمارسها في الدولة المعترفة، كما تنظم جوانب معينة من الوضع القانوني لدائني المدين وكذلك لمديني المدين. فهي تنص، مثلا (المادة ٨)، على أنه يجوز للمدير الأجنبي أن يتخذ، وفقا للقانون المحلي، تدابير لحماية قيمة الأصول المالية للمدين أو الحفاظ عليها، بما في ذلك التماس المساعدة من السلطات المحلية المختصة تحقيقا لتلك الغاية. ويجوز للمدير أن يأتي، أو يجعل غيره يأتي، أي تصرف لادارة أموال المدين أو تنظيمها أو التصرف فيها، بما في ذلك نقلها إلى خارج ذلك البلد (المادة ١٠). والحق في بدء دعوى قانونية فردية أو متابعتها ضد أموال المدين ليس مخولا (المادة ١١) الا لجهات معينة من الدائنين (مطالبات القانون العام والمطالبات الناشئة عن تشغيل منشأة للمدين في ذلك البلد أو عن استخدام موظف في تلك المنشأة). وتحتوي القائمة أيضا على حكم بشأن ابراء الذمة من السداد أو من تسليم الأصول المالية إلى المدير أو إلى المدين (المادة ١٣).

٤٦ - ولم يتيسر اختبار مزايا ذلك النظام أو عيوبه في واقع الممارسة نظرا لأن الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ. غير أنه ربما كان هناك جانبان معينان من جوانب اتفاقية اسطنبول سيؤثران على مصيرها في النهاية. فالمسألة الأولى هي أن هذا النظام يخول، من ناحية، حقوقا معينة للمدير الأجنبي في أن يتصرف نيابة عن المدين فيما يتعلق بالأصول المالية المحلية للمدين، ولكنه، من الناحية الأخرى، لا يجرد المدين من الحق في التصرف في الأصول المالية المحلية. والمسألة الثانية هي أن الصلاحيات المخولة للمدير الأجنبي بموجب المادة ١٠ (أن يدير أموال المدين أو ينظمها أو يتصرف فيها) تكون معلقة أثناء مدة شهرين تبدأ بعد النشر الإلزامي لبدء قرار الاعسار الأجنبي في الدولة المعترفة (المادة ١١ (١)).

٤٧ - ويبدو أن القصد من قاعدة التعليق هو أن تتاح للدائنين امكانية طلب بدء ما يسمى اجراءات إعسار ثانوية في الدولة المعترفة (الفصل الثالث من الاتفاقية)، من شأنها أن تحول دون ممارسة صلاحيات المدير في ذلك البلد (بشأن الاجراءات الثانوية، أنظر مزيدا من المناقشة أدناه، الفقرات من ٦٠ الى ٩١). بيد أن عدم نزع الملكية من المدين، مقرونا بتعليق صلاحيات المدير لمدة شهرين، قد يتيح للمدين وقتا كافيا لتحويل الأصول المالية الى بلد آخر. وذلك أمر لا يمكن منعه الا اذا استطاع المدير الأجنبي أن يتخذ في الوقت المناسب تدابير حمائية ملائمة وفقا للمادة ٨.

٢ - آثار الاعتراف بواسطة الاشارة الى القانون المنطبق

٤٨ - ثمة نهج ثان، مختلف الى حد كبير، هو تحديد الآثار المترتبة على الاعتراف بواسطة تطبيق قانون أحد البلدين المعنيين. وهنا يمكن النص اما على أنه عندما يصبح الاعتراف ساريا، يكون لبدء اجراءات الاعسار الأجنبية في البلد المعترف آثار مماثلة للآثار المترتبة على تطبيق قانون الدولة التي بدأت فيها الاجراءات الأجنبية (رهنها ببعض الاستثناءات المسرودة) (البديل ١)، واما على أنه في حالة الاعتراف، تكون لاجراءات الاعسار الأجنبية في البلد المعترف الآثار ذاتها كما لو كانت اجراءات الاعسار قد بدأت في البلد المعترف (رهنها ببعض الاستثناءات المسرودة) (البديل ٢). وترد في الفقرات التالية مناقشة لأمثلة تشريعية لهذين البديلين.

(أ) الاعتراف يجلب آثارا ناشئة عن قانون الاعسار الأجنبي

٤٩ - يصادف البديل ١، مثلا، في مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي، فالمادة ٩ (١) منه تنص على ما يلي: "ان الحكم الهاديء للاجراءات، الذي تتخذه محكمة ذات اختصاص قضائي عملا بالمادة ٢ (١)، تكون له في الدول المتعاقدة الأخرى، ودون مزيد من الشكليات، آثار مماثلة لآثاره في اطار قانون الدولة التي بدأت فيها اجراءات الاعسار، ما لم تنص الاتفاقية على غير ذلك، وطالما لم تأمر محكمة ذات اختصاص قضائي بموجب المادة ٢ (٢) ببدء اجراءات في تلك الدول". وتمضي المادة ١٠ (التي تحمل العنوان "صلاحيات مصرفي التفليسة") في هذا الاتجاه فتص على أن "مصرفي التفليسة الذي تعينه محكمة ذات اختصاص قضائي بموجب المادة ٢ (١) يمكنه ممارسة كل ما يمنحه اياه قانون الدولة التي تبدأ فيها اجراءات الاعسار من صلاحيات في دولة متعاقدة أخرى، طالما لم تبدأ هناك اجراءات اعسار أخرى...".

(ب) الاعتراف يستثير تطبيق القانون المحلي

٥٠ - من أمثلة البديل ٢ المادة ١٧٠ (١) من القانون الدولي الخاص السويسري . فالحكم الوارد في هذه المادة ينص على أن الاعتراف بإجراءات الإفلاس الأجنبية يحدث بشأن أصول المدين الموجودة في سويسرا نفس الآثار المترتبة على الإفلاس في إطار القانون السويسري .

٥١ - وعند محاولة تقدير مزايا وعيوب البديلين الآتفي الذكر ، يبدو أن البديل ١ مبرر من الوجهة النظرية ، في حين أن البديل ٢ هو على الأرجح أيسر تطبيقاً من الناحية العملية . وإذا كانت العواقب القانونية للاعتراف في البلد المعترف خاضعة لقانون التنازع الأجنبي (البديل ألف) ، فقد يكون من الضروري في بعض الحالات التأكد من محتوى قانون الاعسار الأجنبي ، وهي عملية تستغرق الكثير من الوقت .

٥٢ - ودون إحياء بأنه ينبغي اللجنة بالضرورة اتباع هذا النهج أو عرضه كخيار ؛ يلاحظ فيما يتعلق بمسألة القانون المنطبق على تجنب التحويلات التفضيلية أنه يوجد في القانون الألماني مثالاً "توليفة" تجمع بين قانون الاعسار الأجنبي والقانون الذي ينظم آثار المعاملة . ففي هذا النهج ، يمكن للممثل الأجنبي بمقتضى قانون الاعسار الأجنبي ، أن يطعن في تحويل تفضيلي يحكم آثاره قانون الدولة المعترفة ، إذا كان ذلك التحويل التفضيلي ذاته خاضعاً للطعن بموجب قانون الدولة المعترفة . ويمكن استيفاء الشرط المتمثل في أن يكون الطعن أساساً في إطار القانون المحلي ، بالإشارة مثلاً إلى قانون الاساءات أو إلى قانون العقود . وهذا يأخذ في الاعتبار القاعدة الألمانية المتعلقة بالانزاعات ، التي تجعل إلغاء معاملة ما خاضعاً للقانون المنطبق على تلك المعاملة .

(ج) اختيار القانون متروك للمحكمة المعترفة

٥٣ - تجدر ملاحظة أنه من الممكن أن تخول السلطة التشريعية المحاكم صلاحية الاختيار بين تطبيق القانون الذي يمكن أن تطبقه المحكمة في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الاعسار التي هي موضع الاعتراف ، أو تطبيق قانون الدولة المعترفة . ويوجد مثال لهذا النهج في البند ٤٢٦ (٥) من قانون الاعسار بالمملكة المتحدة ، الذي يحض المحاكم على أن تولي اعتباراً خاصاً لقواعد القانون الدولي الخاص ، لدى ممارسة هذه السلطة التقديرية .

٣ - سلطة المحاكم التقديرية في تحديد آثار الاعتراف

٥٤ - يمكن ، بقدر أو بآخر ، ترك أمر تحديد آثار الاعتراف لتقدير المحكمة ، وخصوصاً في النظم القانونية التي لديها تقاليد متأصلة في أن تكون القضاء سلطة تقديرية . وثمة مثال لهذا النهج في البند ٣٠٤ من قانون الإفلاس في الولايات المتحدة ، الذي ينص على ممارسة السلطة التقديرية على مستويين . فأولاً ، يترك لتقدير المحكمة كلياً أمر الموافقة على التماس باتخاذ إجراء إضافي "مساعد" ؛ وينبغي للمحكمة أن تسترشد بالمبادئ التي أشير إليها آنفاً (أنظر الفقرة ٣٠) . وثانياً ، وفيما يتعلق بالتدابير المحددة التي يجوز أن تأمر بها المحكمة مساعدة للإجراء الأجنبي ، ثمة إشارة

الى جواز اصدار أمر بمنع النظر في دعوى الدائن المحلي أو بايقافها وجواز تحويل الممتلكات الى المدير الأجنبي ، وتتبعها اشارة الى تحويل المحكمة سلطة "الأمر بسبيل انتصاف مناسب آخر" .

٤ - استبعاد أنواع معينة من الاصول

٥٥ - تجدر الاشارة الى أن بعض النظم القانونية تستثني الأموال غير المنقولة ، والحقوق العينية للدائنين أو لأطراف ثالثة فيما يتعلق بأصول السدين المحلية ، من الاعتراف الممنوح لاجراءات الاعسار الأجنبية . وثمة مثال هذا النهج في المادة ٤ من مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي . ولكن يمكن أن يرى أنه ليس من المستحب بالضرورة وضع قاعدة نموذجية عامة بهذا المعنى .

٥ - الجوانب الاجرائية لانفاذ الاعتراف،

٥٦ - اذا استوفيت الشروط القانونية للاعتراف ، برز السؤال عن الوسيلة التي يتم بها اعمال هذا الاعتراف . وتتبع القوانين الوطنية في هذا الصدد ، من حيث المبدأ ، نهجين مختلفين . فثمة بلدان ، مثل سويسرا (المادتان ١٦٦ و ١٦٧ من القانون الدولي الخاص السويسري) ، يتوجب فيها استشارة الاعتراف بقرار صريح من المحكمة المختصة في الدولة المعترفة . وثمة أنظمة أخرى يمكن أن تكون فيها لاجراءات الاعسار الأجنبية آثار في الدولة المعترفة دون أي شكليات .

٥٧ - ولكلا النوعين من الأنظمة مزاياهما . فالنهج الرسمي يمكن أن يوفر يقينا قانونيا أكبر ، في حين أن "نهج الأثر الفوري" يمكن المدير الأجنبي من اتخاذ اجراء سريع بشأن أصول الدائن المحلية .

٥٨ - بيد أنه يمكن أن ينظر المشرعون الوطنيون في مسألة النهج الذي ينبغي اتباعه ضمن السياق الأوسع لقانونهم الاجرائي العام ، الذي يختلف اختلافا كبيرا من دولة الى أخرى . ولذلك ، قد يكون من الأفضل ترك الموضوع كليا لتقدير المشرعين الوطنيين ، دون تقديم نص نموذجي أو أحكام اختيارية .

٥٩ - وكبديل لذلك ، ربما يود الفريق العامل أن ينظر في حل وسط بين النهجين المشار اليهما أعلاه . وهذا يمكن أن ينطوي على الزام المدير الأجنبي بالعمل على نشر العناصر الأساسية من القرار الأجنبي (الذي بدأ اجراءات الاعسار) في الدولة المعترفة (أنظر ، مثلا ، المادة ٩ من اتفاقية اسطنبول ، والمادة ١٣ (٢) من مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي) .

رابعاً - اجراءات الاعسار الثانوية

٦٠ - من أهم المسائل المطروحة فيما يتعلق بالتعاون في مجال الاعسار الدولي مسألة ما اذا كان يمكن تعطيل آثار الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية ببدء اجراءات اعسار منفصلة في دولة

أخرى ، وفي أي الظروف يمكن ذلك وماذا يمكن أن يترتب عليه من نتائج . ويشار الى تلك الاجراءات أحيانا بعبارة "اجراءات الاعسار الثانوية" .

٦١ - ويمكن أن تتباين مواقف المشرعين ازاء تلك الاجراءات ، خاصة بسبب الاختلافات بين السياسة العامة من بلد الى آخر فيما يتعلق بالتعاون في حالات الاعسار عبر الحدود . ويتضمن هذا الفرع مناقشة لتقنيات مختلفة يستطيع المشرع أن يستخدمها عند صوغ أحكام قانونية بشأن اجراءات الاعسار الثانوية من أجل احداث نتائج تعكس الاعتبارات السياسية السائدة .

٦٢ - ويتبين من تحليل لولايات قضائية وطنية مختلفة تمثل نظما قانونية متباينة ، أنه حتى البلدان التي لا تعمل بمبدأ "الاقليمية" تتيح لمحاكمها في ظروف معينة امكانية بدء اجراءات اعسار اقليمية منفصلة بالرغم من أن اجراءات اعسار أخرى تتعلق بالمدين نفسه كانت قد بدأت في دولة أخرى هي الدولة التي تربط المدين بها أو وثق صلة . والفرق بين مختلف الولايات القضائية لا يتمثل فيما إذا كانت أو لم تكن تتيح امكانية مباشرة اجراءات اقليمية منفصلة ، بل فيما إذا كانت متطلبات وآثار هذه الاجراءات ، مقارنة باجراءات الاعسار المحلية الاعتيادية ، محدودة والى أي مدى .

٦٣ - أما النتائج المترتبة على اجراءات الاعسار الاقليمية المنفصلة من حيث صلتها بالآثار المترتبة على اجراءات الاعسار الرئيسية والتي تتجاوز الحدود الاقليمية ، فتكاد تكون نفس النتائج في كل مكان : ألا وهي تعطيل الآثار التي تتجاوز الحدود الاقليمية ؛ فبدء اجراءات الاعسار الاقليمية يحول دون ممارسة المدير الأجنبي في ذلك البلد ما كان يمكن أن يعود اليه من صلاحيات لو لم تبدأ الاجراءات الاقليمية .

٦٤ - ويبلغ الأثر التعطيلي لاجراءات الاعسار الاقليمية أقصاه عندما تكون هذه الاجراءات منفصلة تماما دون أي فرق في ذلك بينها وبين اجراءات الاعسار الوطنية المعتادة . ففي سياق كهذا ، ليست هناك تقييدات على ممارسة الاختصاص القضائي لمباشرة تلك الاجراءات كما لا توجد قيود بشأن فئات الدائنين الذين يحق لهم استرداد أموالهم من عائدات تصفية الأصول المحلية في الاجراءات الاقليمية المنفصلة .

ألف - الصلات الممكنة بالاجراءات الرئيسية الأجنبية

٦٥ - قد يكون من الخطوات الأولى في اتجاه تحقيق قدر من التنسيق بين اجراءات الاعسار الاقليمية المنفصلة واجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية ، النص على أنه نظرا لوجود اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية ، ليس من الضروري البرهنة على اعسار المدين كشرط مسبق لبدء الاجراءات الاقليمية .

٦٦ - ويمكن انشاء صلة أخرى بين اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية والاجراءات الاقليمية المنفصلة إذا خول المدير الأجنبي ، الى جانب الأشخاص الذين يحق لهم ذلك بموجب قانون الاعسار المحلي ، أن يطلب بدء اجراءات اعسار اقليمية .

٦٧ - وإذا كان في نية مشرع أن يولي اجراءات الاعسار الأجنبية أسبقية أكبر مقارنة بالصلوات الآتية الذكر ، فإنه يمكن تحقيق ذلك بالوسائل التالية مجتمعة أو بوصفها بدائل : (١) حصر الاختصاص القضائي ببدء اجراءات اقليمية منفصلة ؛ و (٢) حصر حق الدائنين في طلب بدء تلك الاجراءات ؛ و (٣) حصر حق الدائنين في استرداد أموالهم من عائدات التصفية الإقليمية للأصول المحلية . وكثيرا ما يشار الى الاجراءات الإقليمية التي تتسم بعنصر أو أكثر من هذه العناصر - التي ترد مناقشتها أدناه ، بعبارة "اجراءات الاعسار الثانوية" .

١ - حصر الاختصاص القضائي

٦٨ - ينص مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي على حصر بعيد المدى لممارسة الاختصاص القضائي ببدء اجراءات اعسار ثانوية . فوفقا للمادة ١٩ (مقترنة بالمادة ٢ (٢)) ، لا يمكن بدء اجراءات اعسار ثانوية الا اذا كان للمدين مؤسسة داخل الدولة التي ستباشر فيها الاجراءات الثانوية . وفي تلك الحالة يمكن بدء اجراءات اعسار ثانوية تشمل أصول المدين الموجودة في تلك الدولة دون اشتراط أي برهان آخر على اعسار المدين .

٦٩ - وعلى ذلك فإنه اذا لم توجد في ذلك البلد سوى أصول للمدين ولم تكن له أيضا مؤسسة هناك ، فلا يجوز بدء اجراءات اعسار ثانوية . وفي تلك الحالة لا يمكن منع المدير الأجنبي من ممارسة كافة الصلاحيات التي يكفلها له قانون اجراءات الاعسار الرئيسية ، الأمر الذي قد يترتب عليه نقل الأصول المحلية الى سيطرة اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية . وليس هذا النقل مرهونا بموافقة محاكم الدول التي توجد فيها تلك الأصول .

٧٠ - ومن الجدير بالملاحظة أنه في سياق هذا النظام ، لا يعترف بصلاحيات المدير الأجنبي الا اذا عين هذا المدير في اطار اجراءات اعسار بدأت في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية (أنظر الفقرات ٢٣ الى ٢٧ أعلاه) .

٧١ - وخلافا لمشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي ، لا تنص اتفاقية اسطنبول على أي حصر لممارسة الاختصاص القضائي ببدء اجراءات اعسار ثانوية . فتملك الاجراءات يمكن بدؤها دون اشتراط براهين أخرى على اعسار المدين اذا كان للمدين مؤسسة أو أصول في تلك الدولة ، مع عدم الاخلال بأسس اختصاص اضافية أخرى قد ينص عليها القانون الوطني (المادة ١٧) .

٧٢ - ويعد النهج المتبع في القانون السويسري مثالا للنهج الوسط بين النهجين الآتية الذكر . فاجراءات الاعسار السويسرية المستقلة تمام الاستقلال لا يمكن بدؤها الا اذا كان للمدين مؤسسة في ذلك البلد . أما اذا لم تكن له هناك سوى أصول (أو ، في حالة تعلق الأمر بمؤسسة محلية ، اذا لم يكن قد طلب بدء اجراءات اعسار وطنية منفصلة) ، فإن المدير الأجنبي الذي يعين في اجراءات الاعسار الرئيسية لا يخول تلقائيا حق نقل الأصول لغرض توزيعها في اطار اجراءات الاعسار الأجنبية (على نحو ما يخول في اطار النظام المنصوص عليه في مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي) . والذي يحدث بالأحرى في مثل هذه الحالات هو أنه يتعين على المحكمة السويسرية المختصة أن

تبدأ اجراءات اعسار ثانوية تشمل الأصول الموجودة في سويسرا . وفي تلك الاجراءات الثانوية ، يحصر حق الدائنين في استرداد أموالهم من عائدات تصفية الأصول المحلية (أنظر مزيدا من مناقشة هذه المسألة تحت العنوان ٣ ، الفقرات ٧٦ الى ٨٧ ، أدناه) .

٢ - حصر حق الدائنين في طلب بدء اجراءات اعسار ثانوية

٧٣ - ان أي حصر للاختصاص القضائي على النحو الوارد أعلاه يفضي الى خفض عدد الحالات، التي يمكن فيها تعطيل آثار اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية ببدء اجراءات اعسار ثانوية . ومن الوسائل الأخرى لبلوغ هذه النتيجة ، تقييد الحق في طلب بدء اجراءات اعسار ثانوية لا جعل تلك الاجراءات متاحة لجميع الدائنين الذين لهم الحق في طلب بدء اجراءات اعسار محلية اعتيادية .

٧٤ - وفي اطار ذلك النهج ، فان قانون الاعسار الخاص بالدولة التي ستباشر فيها اجراءات الاعسار الثانوية ، لا يظل ساريا ، نظرا لاعتبارات سياسية ، الا على فئات معينة من الدائنين حتى اذا كانت قد بدأت اجراءات اعسار رئيسية أجنبية . ويمكن أن تشمل فئة الدائنين هذه مثلا أصحاب المطالبات التفضيلية والمضمونة ، ومطالبات القانون العام ، والمطالبات الناشئة عن تشغيل مؤسسة للمدين في الدولة التي تباشر فيها اجراءات الاعسار الثانوية ، وبوجه خاص مطالبات العاملين في هذه المؤسسات .

٧٥ - وهذا النهج الذي يقصر تخويل الحق في طلب بدء اجراءات اعسار ثانوية على فئات معينة من الدائنين ، متبع مثلا في معاهدات مونتيفيديو . فوفقا لهذه الصكوك ، لا يخول الا للدائنين المحليين حق ايداع طلب ببدء اجراءات اعسار محلية منفصلة (المادة ٤٥ من معاهدة سنة ١٩٤٠ ، والمادة ٣٩ من معاهدة سنة ١٨٨٩) . ويعرّف "الدائنون المحليون" بأنهم الدائنون أصحاب المطالبات المستحقة الدفع في الدولة التي ستبدأ فيها اجراءات الاعسار الثانوية .

٢ - حصر حقوق الدائنين في استرداد أموالهم في اطار اجراءات الاعسار الثانوية

٧٦ - استخدم أسلوبان تشريعيان لتحديد فئات الدائنين الذين يحق لهم استرداد أموالهم من عائدات تصفية الأصول المحلية في اطار اجراءات الاعسار الثانوية . ويتمثل أحد النهجين في توفير قائمة شاملة بهذه الفئات من الدائنين . ويستخدم هذا الأسلوب مثلا في اتفاقية اسطنبول التي تسرد في المادة ٢١ منها المطالبات التالية : الديون المضمونة أو التفضيلية ؛ ومطالبات القانون العام ؛ ومطالبات موظفين في الدولة التي تباشر فيها اجراءات الاعسار الثانوية ؛ والمطالبات الناشئة عن تشغيل مؤسسة للمدين في الدولة التي تباشر فيها اجراءات الاعسار الثانوية (يكمن مبرر اعطاء هذه الفئة الأخيرة من الدائنين هذا الامتياز في الحجج القائلة بأن الدائنين الذين يتعاملون مع مؤسسة محلية لهم حق في التعويل على أصول المؤسسة الموجودة هناك) .

٧٧ - ويمكن اتباع نهج آخر يتمثل - بدلا من توفير قائمة ايجابية بفئات الدائنين الذين يخولون حق الاستفادة من الأصول المحلية - في منح هذا الحق لجميع الدائنين الذين لهم في اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية وضع قانوني أدنى من الوضع الذي كان يمكن أن يكون لهم في اجراءات الاعسار الثانوية بتطبيق قانون الاعسار المحلي . وتتمثل السياسة العامة الكامنة وراء هذا النهج في أنه ينبغي التمييز عن "التدهور الذي لا مبرر له" (مرثيا من وجهة النظر السياسية للدولة التي تباشر فيها الاجراءات الثانوية) لوضع الدائنين القانوني في اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية ، بتمييز أولئك الدائنين في اجراءات الاعسار الثانوية .

٧٨ - وتنص المادتان ١٧٣ و ١٧٤ من القانون الدولي الخاص السويسري على صيغة توفيقية بين الأسلوبين التشريعيين اللذين نوقشا أعلاه . ونظرا لأن سويسرا هي احدى بلدان القانون المدني القليلة التي لديها أحكام مفصلة بشأن الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية ، فقد يكون من المفيد البدء بتلخيص النظام السويسري قبل الانتقال الى القاعدتين الوقائيتين الواردتين في المادتين ١٧٣ و ١٧٤ من القانون الدولي الخاص السويسري .

٧٩ - ففي سويسرا ، يمكن الاعتراف باجراءات الاعسار الأجنبية اذا بدأت تلك الاجراءات في دولة يوجد فيها محل الإقامة الثابت للمدين أو مقر الشركة المدينة اذا تعلق الأمر بشركة (أنظر الفقرتين ٢٥ و ٢٦ أعلاه) . ويمكن تعطيل الاعتراف باجراءات الاعسار التي بدأت في الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة الثابت للمدين (أو مقر الشركة عسما تكون الحالة) بالبدء في اجراءات اعسار سويسرية اعتيادية ومنفصلة تماما اذا كان للمدين مؤسسة في سويسرا .

٨٠ - ومجرد وجود أصول للمدين في سويسرا ليس سببا كافيا لممارسة اختصاص قضائي بمباشرة اجراءات اعسار سويسرية اعتيادية تتعلق بالأصول (حصر الاختصاص القضائي ؛ أنظر الفقرة ٧٢ أعلاه) . ففي تلك الحالة ، لا يمكن أن تبدأ الا اجراءات اعسار ثانوية ، وتخضع تلك الاجراءات لقواعد مختلفة (المواد ١٦٦ - ١٧٥ من القانون الدولي الخاص السويسري) مقارنة بالقواعد المنطبقة على اجراءات الاعسار المحلية الاعتيادية . ويمكن أن يطلب بدء اجراءات الاعسار الثانوية تلك مدير اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية أو أي دائن بالنظر الى أنه لا يوجد حصر لحقوق الدائنين في طلب اجراءات ثانوية .

٨١ - ويتمثل الفرق الأساسي بين اجراءات الاعسار الثانوية هذه واجراءات الاعسار المحلية الاعتيادية في حصر حق الدائنين في استرداد أموالهم من عائدات التصفية في اطار اجراءات الاعسار الثانوية . وهذا الحق محفوظ دون شروط للدائنين المضمونين برهن والمدائنين من أصحاب المطالبات التفضيلية بموجب قانون الافلاس السويسري (طريقة السرد) .

٨٢ - غير أن هذا لا يعني أن الأصول المتبقية تحول تلقائيا الى المدير الأجنبي . فالمادتان ١٧٣ و ١٧٤ المشار اليهما أعلاه تتدخلان بهدف حماية الدائنين الذين يوجد محل اقامتهم الثابت أو مقر عملهم في سويسرا ، من المعاملة التمييزية في اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية . وقبل تحويل

العائدات المتبقية الى المدير الأجنبي ، يجب أن تعترف المحكمة السويسرية التي بدأت الاجراءات الثانوية بخطة التوزيع التي أقرت في اجراءات الاعسار الأجنبية .

٨٣ - وفي سياق كهذا يتعين على المحكمة السويسرية أن تبحث فيما اذا كانت مطالبات الدائنين الذين يوجد محل اقامتهم الثابت أو مقر عملهم في سويسرا "قد وضعت في الاعتبار بدرجة معقولة" في خطة التوزيع الأجنبية (المادة ١٧٣ من القانون الدولي الخاص السويسري) . واذا كانت خطة التوزيع الأجنبية غير معترف بها من جانب المحكمة السويسرية أو لم تكن قد رفعت الى المحكمة ، وزعت العائدات المتبقية على باقي الدائنين الذين يوجد محل اقامتهم الثابت أو مقر عملهم في سويسرا (المادة ١٧٤ من القانون الدولي الخاص السويسري) .

٨٤ - أما الاعتبار المتعلق بالسياسة العامة والمراعى في المادتين ١٧٣ و ١٧٤ من القانون الدولي الخاص السويسري ، فهو مماثل للاعتبار المراعى في البند ٣٠٤ (ج) (٢) من قانون الافلاس في الولايات المتحدة . فكلما النهجين يقصد به التعويض عن المعاملة المجحفة (من وجهة نظر البلد الذي يوفر الحماية) التي سيتعرض لها دائنون معينون في اجراءات الاعسار الرئيسية الأجنبية .

٨٥ - وفي هذا الصدد ، يمكن ملاحظة أن اتفاقية اسطنبول لا تتضمن أحكاما مماثلة مناهضة للتمييز يتعين تطبيقها في الاجراءات الثانوية . فاتفاقية اسطنبول تحاول بالأحرى تعزيز المساواة بين الدائنين في اجراءات الاعسار الرئيسية بالنص في المادة ٢٤ منها على أن الدائنين في الاجراءات الرئيسية الذين يحق لهم تقاسم الأصول المتأتية من اجراءات الاعسار الثانوية ينبغي أن يعاملوا على قدم المساواة بصرف النظر عن أي امتيازات أو استثناءات أخرى من مبدأ المساواة بين الدائنين ينص عليها قانون اجراءات الاعسار الرئيسية .

٨٦ - ويبدو من جهة أخرى أن حكما كالحكم الذي تنص عليه المادة ٢٤ من اتفاقية اسطنبول لن يمكن تطبيقه الا في اطار اتفاقية تنضم اليها كلتا الدولتين المعنيتين ، أي الدولة التي تباشر فيها اجراءات الاعسار الرئيسية والدولة التي تباشر فيها اجراءات الاعسار الثانوية . ومن الصعب على المشرع الوطني أن يتبع هذا المثال لأنه سيتجاوز صلاحيته في اصدار أحكام تتعلق بوضع الدائنين القانوني في اجراءات اعسار تباشر في دول أخرى .

٨٧ - وتيسيرا للمداولات الفريق العامل ، يمكن استخلاص الموجز التالي للطريقة التي جمعت بها النهوج المذكورة في الجزء ألف في صكوك قانونية مختلفة :

النظام ١ : وجود اختصاص قضائي ببدء اجراءات اعسار (ثانوية) اقليمية في الدولة باء اذا كان للمدين مؤسسة فيها (ليس هناك اختصاص قضائي اذا لم يكن يوجد سوى أصول في تلك الدولة) ؛ وعدم حصر حق الدائنين في طلب اجراءات اعسار ثانوية في الدولة باء ؛ وعدم حصر امكانية استفادة الدائنين من عائدات التصفية في الاجراءات الثانوية (مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي) .

النظام ٢ : وجود اختصاص قضائي ببدء اجراءات اعسار ثانوية في الدولة باء ، لا في حالة وجود مؤسسة فيها فحسب بل كذلك اذا لم تكن للمدين سوى أصول فيها ؛ وعدم حصر حق الدائنين في طلب بدء اجراءات اعسار ثانوية في الدولة باء ؛ وحصر امكانية استفادة الدائنين من عائدات التصفية في اجراءات الاعسار الثانوية (اتفاقية اسطنبول) .

النظام ٣ : وجود اختصاص قضائي ببدء اجراءات اعسار (ثانوية) اقليمية في الدولة باء ، لا في حالة وجود مؤسسة للمدين في الدولة باء فحسب بل كذلك اذا لم تكن للمدين سوى أصول فيها ؛ وعدم حصر حق الدائنين في طلب بدء اجراءات اعسار (ثانوية) اقليمية ؛ وحصر امكانية استفادة الدائنين من عائدات التصفية في اجراءات الاعسار الثانوية ، باستثناء الحالة التي يكون فيها للمدين مؤسسة في الدولة باء ، الأمر الذي يفضي ، بناء على طلب الدائنين ، الى اجراءات اعسار محلية منفصلة تماما (القانون السويسري) .

النظام ٤ : كما هو الأمر في النظام ٣ ، على ألا يطبق الحصر في أي حال من الأحوال على امكانية استفادة الدائنين من عائدات التصفية في الاجراءات الثانوية (ألمانيا ، اعتبارا من ١ كانون الثاني/يناير ١٩٩٩) .

باء - الاجراءات التبعية لمساعدة الاجراءات الرئيسية الأجنبية

٨٨ - ثمة نهج آخر يمكن النظر في ادراجه في قائمة خيارات تعرض على المشرعين ، وهو نهج يمكن اعتباره ذا صلة بمسألة الاجراءات الثانوية ويتمثل في النص على امكانية بدء اجراءات تبعية يتمثل الغرض منها على وجه التحديد في مساعدة اجراءات اعسار رئيسية أجنبية . وكما سبق أن لوحظ ، يوجد مثال أساسي لهذا النهج في البند ٣٠٤ من قانون الافلاس في الولايات المتحدة . وهذا النوع من النهج و ارد أيضا في القانون النموذجي للتعاون الدولي بشأن الاعسار .

٨٩ - وكما ذكر في تلك الصكوك ، يمكن أن تتضمن أغراض هذه الاجراءات التبعية ما يلي : الأمر بعدم بدء اجراءات اعسار محلية أو بعدم الاستمرار فيها وانفاذ الأحكام القضائية الصادرة ضد المدين فيما يتعلق بأصوله المحلية ، أو تعزيز اجراءات الاعسار المحلية التي تنتظر التنفيذ بالقضية التبعية ؛ ونقل ممتلكاتها أو عائداتها الى الاجراءات الرئيسية الأجنبية ؛ والحصول على شهادات أو اصدار دفاتر أو سجلات أو غير ذلك من الوثائق المتعلقة بالاعسار ؛ والحصول على الاعتراف وانفاذ حكم قضائي أجنبي أو أمر من محكمة أجنبية ؛ والحصول على أي انصاف مناسب آخر .

٩٠ - والجدير بالذكر أنه ، في اطار نهج الاجراءات التبعية ، وفي حالة عدم توفر تلك الاجراءات أو رفضها ، يظل الممثل الأجنبي حرا في بدء اجراءات اعسار محلية مستقلة .

٩١ - وربما يرغب الفريق العامل في النظر في مسائل أخرى يمكن التطرق اليها فيما يتعلق بالاجراءات التبعية ، ومنها مثلا مسألة القانون الذي ينبغي أن تطبقه المحكمة التي تبدأ الاجراءات

التبعية . وفي هذا الصدد ، يلزم القانون النموذجي للتعاون الدولي بشأن الاعسار المحكمة التبعية بتطبيق قانون الاعسار الموضوعي للمحكمة الأجنبية التي تباشر الاجراءات الرئيسية .

خامسا - اتاحة فرصة الوصول لممثل الاعسار الأجنبي

٩٢ - يمكن أن يفهم مصطلح "الوصول" على أنه يعني الآلية الاجرائية التي يستخدمها الممثل الأجنبي لاثماس الاعتراف . وربما يرغب الفريق العامل في النظر فيما اذا كان من المستصوب والممكن ادراج أحكام بشأن تلك الآليات الاجرائية لتحقيق هذا الوصول والاعتراف .

٩٣ - وفيما يتعلق بفئات الآليات الاجرائية ، يمكن التمييز بين العمليات الدبلوماسية الرسمية ، والعمليات التي تنطوي على اجراء اتصالات مباشرة بين محاكم دول مختلفة ، وعمليات من قبيل براءة التنفيذ تنفذ من خلال اجراء اداري أو شبه قضائي . وفيما يتعلق بهذه الاجراءات الممكنة ، يمكن ملاحظة أن العرف الدولي النموذجي لا يسمح بأن ترسل محكمة خطاب طلب مباشرة الى المحكمة الأجنبية المناظرة لها . فالاتصال المباشر على هذا النحو يستوجب نموذجيا وجود اتفاق بين الدولتين المعنيتين . وفي حالات أخرى ، يرسل خطاب الطلب عبر القنوات الدبلوماسية . وهذا النهج النموذجي مقنن في اتفاقية لاهاي المتعددة الأطراف بشأن أخذ الأدلة في الخارج (١٩٧٠) التي تنص على ارسال الطلبات عن طريق "السلطات المركزية" للدولتين المعنيتين .

٩٤ - وفي الوقت ذاته ، يمكن التذكير بأنه ، في ولايات قضائية وطنية مختلفة ، وفي اتفاقية اسطنبول ومشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي ، يعترف بحكم القانون باجراءات الاعسار الأجنبية ، بما في ذلك صلاحية المدير الأجنبي ، اذا استوفيت شروط محددة . وعلى ذلك يتاح "الوصول" الفوري دون أي تدخل من محكمة أو اتخاذ أي اجراء شكلي آخر .

٩٥ - وسواء تحت عنوان "الوصول" أو تحت عنوان آخر ، قد يعتبر من الأمور الأساسية ادراج حكم يفيد بأن مثول الممثل الأجنبي الذي يسعى الى الحصول على الاعتراف لن يخضع الممثل للولاية القضائية الكاملة للمحكمة . ومن بين المسائل الأخرى التي يمكن النظر في معالجتها يذكر نوع الأدلة التي ينبغي أن يقدمها الممثل الذي يسعى الى أن تتاح له فرصة الوصول ، وما ينبغي أن تكونه الجهة التي تطلب الاعتراف .

سادسا - التعاون القضائي

٩٦ - بينما يمكن أن يعتبر مفهوم التعاون القضائي متداخلا تداخلا كبيرا مع مفهومي الوصول والاعتراف ، مما يشكل مجموعة من الأنشطة التعاونية بين الولايات القضائية المشتركة في معالجة حالة إعسار عبر الحدود ، قد تجني فائدة ، في هذه المرحلة على الأقل ، من النظر في هذه المفاهيم كل على حدة الى أبعد مدى ممكن . وعلى ذلك ربما يرغب الفريق العامل في النظر في أي الجوانب أو الاجراءات التي يمكن ايرادها تحت عنوان التعاون القضائي . ومن ثم فان البنود التالية لا يفترض فيها أن تشكل قائمة شاملة بالمسائل الممكنة في هذا المجال .

ألف - اقرار البروتوكولات المخصصة الغرض

٩٧ - يمكن أن يتمثل أحد جوانب التعاون القضائي في اقرار المحاكم المنتمية الى الولايات القضائية المعنية للبروتوكولات المخصصة الغرض الموافق عليها من قبل الأطراف فيما يتعلق بجوانب مختلفة من ادارة شؤون الاعسار عبر الحدود واقامة نظام للتعاون . ويمكن أن تكون هذه البروتوكولات مناسبة بوجه خاص عندما يكون للمدين نشاط تجاري هام في أكثر من ولاية قضائية ، مما يترتب عليه أن الاختصاص القضائي الرئيسي يعود الى أكثر من ولاية قضائية .

٩٨ - وقد برزت أمثلة ملحوظة لاستخدام هذه البروتوكولات بنجاح في عدد من القضايا الكبرى للاعسار عبر الحدود . وبالإضافة الى ذلك فإن اللجنة ياء التابعة لقسم قانون الأعمال في الاتحاد الدولي لنقابات المحامين استحدثت منذ عهد قريب نموذجاً لهذه البروتوكولات المخصصة الغرض (عنوانه "اتفاق بشأن الاعسار عبر الحدود") . والهدف من هذا الاتفاق الذي يستند في نهجه الأساسي الى قواعد من القانون الدولي الخاص ، هو اقتراح قواعد ، يجوز أن تنطبق بعضها على أية حالة من حالات الاعسار عبر الحدود ، ويمكن أن يعتمدها المشاركون أو المحاكم في تناول طائفة متنوعة من المسائل . ويمكن أن تشمل هذه المسائل ، على سبيل المثال ، تعيين محكمة ادارية ، وتطبيق القواعد ذات الأولوية التي تقرها تلك المحكمة ، وقواعد معينة للحالات التي يوجد فيها أكثر من محكمة ادارية واحدة ، وتعيين القواعد الواجبة التطبيق لإلغاء تحويلات الأصول التي تمت في الفترة السابقة للاعسار .

باء - الاتصالات القضائية

٩٩ - من المسائل الأخرى التي يمكن معالجتها تحت عنوان التعاون القضائي مسألة الاتصالات بين القضاة المنتمين الى ولايات قضائية مختلفة معنية بقضية اعسار عبر الحدود . ويمكن أن تكون هذه الاتصالات مفيدة بوجه خاص لغرض تمكين القضاة من الحصول على معلومات دقيقة وتنسيق أعمالهم واجراءاتهم وقراراتهم .

١٠٠ - وبالرغم مما تنطوي عليه الاتصالات بين القضاة من فائدة ، فمن الممكن أن تثير درجات متباينة من الانشغال وخاصة في النظم القانونية التي ليست معتادة على اتخاذ القضاة مثل هذه المبادرات ، كما يمكن أن تثير مخاوف بشأن الضمانات الاجرائية المكفولة للأطراف . ويمكن النظر في طائفة متنوعة من الأساليب من أجل التصدي لهذه المخاوف ، ومنها مثلاً واحد أو أكثر من الأساليب التالية : اشعار الأطراف بوشوك حصول اتصالات ؛ واتاحة فرصة الحضور أثناء الاتصالات ؛ ووضع محضر الاتصالات في متناول الأطراف ؛ واقامة الاتصالات عن طريق طرف ثالث وسيط تتفق عليه الأطراف .

سابعاً - مسائل إضافية

١٠١ - كما لوحظ منذ البداية ، من المفترض أن هذه المذكرة لا تتناول جميع المسائل التي قد يتبين أنها ذات صلة بمشروع الاعسار عبر الحدود . لذلك ربما يرغب الفريق العامل في النظر في جوانب أخرى يمكن التطرق إليها ، ربما تكون من بينها المسائل المذكورة أدناه والتي تقدم لحفز النقاش .

ألف - واجب اشعار الدائنين

١٠٢ - كثيراً ما يحصل الدائنون في فترة متأخرة على معلومات عن بدء اجراءات اعسار في بلد آخر أو لا تبلغهم تلك المعلومات على الاطلاق . وقد يكون من المستصوب والممكن صوغ حكم نموذجي مؤداه أنه حالما تبدأ اجراءات اعسار تخطر السلطة المختصة أو يخطر المدير على الفور وكلا على حدة الدائنين المعروفين الذين يقيمون في بلد آخر . ويمكن العثور على أمثلة تشريعية لذلك في المادة ٣٠ من اتفاقية اسطنبول وفي المادة ٣٢ (١) من مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي .

باء - واجب تبادل ابلاغ المعلومات فيما بين المديرين

١٠٣ - يفترض أن من شأن التعاون في حالات الاعسار عبر الحدود أن يتعزز اذا تبادل المديرين المعينون في اجراءات اعسار رئيسية وفي اجراءات اعسار (ثانوية) اقليمية فيما بينهم ابلاغ كافة المعلومات التي قد تكون ذات صلة بالاجراءات الأخرى (أنظر المادة ٢٥ من اتفاقية اسطنبول والمادة ٢٤ من مشروع اتفاقية الاتحاد الأوروبي) .
