

Distr.: Limited
7 October 2022
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الحادية والستون
فيينا، 12-16 كانون الأول/ديسمبر 2022

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

2	أولاً- مقدمة
2	ثانياً- مشاريع الأحكام التشريعية والشرح المصاحب
2	ألف- المقاصد والأهداف
5	باء- نطاق انطباق [الأحكام التشريعية]
9	جيم- التعاريف
10	دال- الاستثناء المتعلق بالنظام العام
11	هاء- القانون المنطبق على نحو تكميلي في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار
23	واو- الاستثناء من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار: عقود العمل [وعلاقات العمل]



أولاً - مقدمة

1- يوفر جدول الأعمال المؤقت للدورة الحادية والستين للفريق العامل (A/CN.9/WG.V/WP.181) معلومات أساسية عن المشروع المتعلق بالقانون المنطبق في إجراءات الإعسار الذي أحالته اللجنة إلى الفريق العامل في دورتها الرابعة والخمسين، في عام 2021⁽¹⁾. وعلى الرغم من أن الرأي الذي ساد في الدورة الستين للفريق العامل (نيويورك، 18-21 نيسان/أبريل 2022) هو أنه ينبغي إعداد قانون نموذجي بشأن هذا الموضوع⁽²⁾، فقد رُئي أن من السابق لأوانه البدء في صياغة قانون نموذجي في ضوء العديد من المسائل المفتوحة⁽³⁾. وطلب الفريق العامل إلى الأمانة (أ) أن تقدم المواد التي تم التوصل إلى اتفاق بشأنها في تلك الدورة في شكل مشاريع أحكام تشريعية مشفوعة بشروح لها و(ب) أن تقدم المواد الأخرى في شكل يبسر النظر فيها وتسوية المسائل التي لم يُبت فيها بعد⁽⁴⁾. ولضمان إجراء مناقشة متسقة وشاملة، رُئي أن الوقت قد حان لطرح مسائل الإعسار عبر الحدود للمناقشة⁽⁵⁾.

2- وبناء على ذلك، تتضمن هذه المذكرة مشاريع أحكام تشريعية مشفوعة بمشاريع شروح لها بشأن المسائل التي تم التوصل إلى اتفاق بشأنها أو التي برز بشأنها رأي سائد. وتواصل الأمانة استخدام تعبير "الأحكام التشريعية" للإشارة للنص بوجه عام وإن استعملت شكل القانون النموذجي في تقديمه على سبيل الافتراض العملي. وقد يلزم تغيير طريقة عرض محتوى مشاريع الأحكام التشريعية وشروحها إذا ما تغير ذلك الافتراض العملي، ولا سيما إذا ظلت الأحكام التشريعية جزءاً من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ("الدليل")، إذ سيلزم في تلك الحالة إدماجها فيه على نحو صحيح. ويمكن اتباع نهج أكثر حيادية يتمثل في تقديم نص قائم بذاته أو إلحاقه بقانون نموذجي (يفترض أن يُلحق بأكثر من قانون واحد من قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار إذا كان القصد من المسائل المتعلقة بالقانون المنطبق أن تعالج في سياق المدين الواحد وأعضاء مجموعة المنشآت على السواء) مع عدم استبعاد الإشارات المرجعية الواردة في ذلك النص إلى الأحكام ذات الصلة من الدليل.

3- وتوجه الأمانة انتباه الفريق العامل إلى نقاط محددة ترد في ملاحظاتها السابقة لمشاريع الأحكام التشريعية وشروحها، وكذلك بين معقوفتين في مشروع النص وفي الحواشي. وترد في إضافة لهذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) مواد مرجأة لمواصلة النظر فيها ومسائل ذات صلة بالمشروع لم ينظر فيها الفريق العامل بعد. وتشير الحواشي إلى النصوص التي استخدمت كأساس للصياغة.

ثانياً - مشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة

ألف - المقاصد والأهداف

4- اتفق الفريق العامل، في دورته الستين، على مقاصد المشروع وأهدافه على النحو الوارد في الفقرات 5 إلى 7 من ورقة العمل A/CN.9/WG.V/WP.179، وأشار إلى أنه قد يلزم استكمالها بينود إضافية في مراحل

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والسبعون، الملحق رقم 17 (A/76/17)، الفقرات 215-217.

(2) A/CN.9/1094، الفقرة 66.

(3) المرجع نفسه، الفقرة 98.

(4) المرجع نفسه، الفقرة 99.

(5) المرجع نفسه.

لاحقة من المشروع⁽⁶⁾. ويعكس مشروع الحكم التشريعي التالي مع شرحه مداولات الفريق العامل بشأن هذا الموضوع حتى الآن.

5- ويشير مشروع الحكم التشريعي إلى الأهداف الرئيسية لقانون إعسار يتسم بالفعالية والكفاءة على النحو المبين في التوصية 1 من الدليل. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت إشارة عامة من هذا القبيل كافية أو ما إذا كان ينبغي لمشروع الحكم التشريعي أن يتضمن إحالة مرجعية إلى تلك التوصية أو ما إذا كان ينبغي أن تظهر أهم الأهداف ذات الصلة من بين الأهداف المدرجة في تلك التوصية في مشروع الحكم التشريعي نفسه، مثلما يلي: (أ) توفير اليقين في السوق لتعزيز الاستقرار والنمو في مجال الاقتصاد؛ (ب) تعظيم قيمة الموجودات؛ (ج) ضمان معاملة الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة معاملة متكافئة؛ (د) توفير حل لمشكلة الإعسار في وقت مناسب يتسم بالكفاءة والنزاهة؛ (هـ) الحفاظ على حوزة الإعسار لإتاحة توزيع متكافئ على الدائنين؛ (و) ضمان وجود قانون إعسار يتسم بالشفافية والقابلية للتنبؤ.

1- مشروع حكم تشريعي

الديباجة⁽⁷⁾

الغرض من [هذه الأحكام التشريعية] هو وضع قواعد واضحة بشأن القانون المنطبق في إجراءات الإعسار، بما في ذلك الإجراءات المتزامنة المتعلقة بمدين واحد أو بأعضاء في مجموعة منشآت، بغية تحقيق الأهداف الرئيسية لقانون إعسار يتسم بالفعالية والكفاءة والتقليل من خطر المفاضلة بين المحاكم وغير ذلك من الأفعال الضارة بالدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة⁽⁸⁾.

2- مشروع الشرح⁽⁹⁾

1- عندما تشمل إجراءات الإعسار أطرافاً أو موجودات في دول مختلفة، قد تُثار أسئلة معقدة بشأن القانون الذي سوف يُطبَّق على معاملة تلك الموجودات ومعاملة حقوق ومطالبات الأطراف الأجنبية في تلك الإجراءات. وفي حين أن الجوانب الإجرائية لإجراءات الإعسار يحكمها بلا شك قانون الدولة التي تبدأ فيها تلك الإجراءات (قانون دولة محكمة الإعسار)، فإن الجوانب الموضوعية التي تنطوي عليها إجراءات الإعسار، ولا سيما معاملة العقود والمطالبات، تؤدي إلى استثناءات من تطبيق ذلك القانون. ومن شأن هذا التنوع في عدد تلك الاستثناءات وفي نطاقها أن يحدث عدم يقين وعدم قدرة على التنبؤ لدى الأطراف المشمولة بإجراءات الإعسار عبر الحدود. وفي بعض الولايات القضائية، قد يصمت التشريع عن تحديد القانون الواجب التطبيق في إجراءات الإعسار على تلك المسائل أو قد لا يعالج تلك المشكلة إلا جزئياً، تاركاً قدراً كبيراً من السلطة التقديرية للمحاكم لتحديد القانون المنطبق في كل حالة على حدة.

2- ويصبح التحقق من القانون المنطبق أكثر تعقيداً في حال وجود عدة إجراءات متعلقة بمدين واحد في وقت واحد (مثل إجراء أجنبي رئيسي وإجراء أجنبي غير رئيسي وإجراء إعسار لا يندرج في عداد إجراءات الإعسار الأجنبية الرئيسية أو غير الرئيسية، كأن يبدأ مثلاً في مكان موجودات المدين (انظر المادة 28 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (قانون الإعسار عبر الحدود)). وعلاوة على ذلك،

(6) المرجع نفسه، الفقرة 64.

(7) إذا أصبحت الأحكام التشريعية جزءاً من الدليل، فسوف يعدل هذا العنوان إلى "الغرض من الأحكام التشريعية".

(8) A/CN.9/1094، الفقرات 62-64 و A/CN.9/WG.V/WP.179، الفقرات 5-7.

(9) انظر الفقرة 80 من شرح التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل، وتقرير الفريق العامل (A/CN.9/1088)، الفقرة 57 و A/CN.9/1094، الفقرات 62-64.

يمكن أن تصبح الإجراءات الأجنبية الرئيسية أو غير الرئيسية موضوع إجراء اعتراف في دولة مستقبلة تطبق قانونها على مسائل مثل نطاق الانتصاف التلقائي الناجم عن الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي (المادة 20 (2) من قانون الإعسار عبر الحدود)، والانتصاف التقديري (المادتان 19 (1) (ج) و21 (1) (ز) من قانون الإعسار عبر الحدود)، والمساعدة الإضافية (المادة 7 من قانون الإعسار عبر الحدود) وتوزيع الموجودات بين أنواع مختلفة من الإجراءات (المواد 21 (3) و23 (2) و28 و29 (ج) من قانون الإعسار عبر الحدود). وفي حال إعسار مجموعة منشآت، قد تبدأ إجراءات إعسار مترامنة عديدة وإجراءات موازية أخرى بشأن مختلف أعضائها وبشأنها هي ككل إذا لم يكن هناك اعتراف واسع النطاق بشخصيتها القانونية المنفصلة وإذا لم تكن هناك أحكام تيسر إعسار مجموعات المنشآت مثل الأحكام المتوخاة في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت (قانون إعسار مجموعات المنشآت). وتتطلب تلك الإجراءات المترامنة أو المتوازية توضيح القوانين المنطبقة والتنسيق بينها.

3- والغرض الرئيسي من [الأحكام التشريعية] هو توفير قواعد بسيطة وواضحة للقانون المنطبق في إجراءات الإعسار يمكن للدول أن تدرجها في قانونها الداخلي. وتقوم [الأحكام التشريعية] بذلك عن طريق ما يلي: (أ) إرساء قاعدة عامة مفادها أن قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) ينطبق على جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقالتها وآثارها على الأشخاص والحقوق والمطالبات والإجراءات؛ (ب) توضيح معنى ذلك القانون ونطاقه؛ (ج) النص على عدد محدود من الاستثناءات من تلك القاعدة؛ (د) تحديد نطاق كل استثناء ومتى ينطبق؛ (هـ) توضيح القانون المنطبق في الإجراءات المترامنة بشأن مدين واحد أو أعضاء في مجموعة منشآت.

4- ومن شأن التقيد بالإطار المقترح في [الأحكام التشريعية] أن يساعد على معالجة مشكلة وجود قواعد ونهج تشريعية متباينة ومجزأة وغير كاملة إزاء القانون المنطبق في إجراءات الإعسار. ومن المتوقع أن يؤدي ذلك بدوره إلى تعزيز ما يلي: (أ) اليقين والقدرة على التنبؤ بنتائج إجراءات الإعسار فيما يتعلق بحقوق ومطالبات الأطراف المتأثرة بتلك الإجراءات؛ (ب) كفاءة إجراءات الإعسار وفعاليتها من خلال الحد من التعقيدات والتكاليف؛ (ج) تنسيق إجراءات الإعسار ذات الجوانب العابرة للحدود؛ (د) التجارة والاستثمار [سوف يوضح في الوقت المناسب الأثر المتوقع للأحكام التشريعية على تحقيق الأهداف الأخرى المتوخاة من قانون إعسار يتسم بالفعالية والكفاءة، مثل معاملة الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة معاملة متكافئة، على أساس نتائج مداولات الفريق العامل بشأن المسائل ذات الصلة].

5- وتهدف [الأحكام التشريعية] إلى الحد من خطر المفاضلة بين المحاكم وغير ذلك من الأفعال التي تضر بالدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة، ولكنها لا تحاول تحديد ماهية تلك الأفعال. فهذا الأمر متروك للسلطات الداخلية، بما في ذلك المحاكم، لكي تجري تقييماً لها في كل حالة على حدة.

6- وتهدف [الأحكام التشريعية] إلى تحقيق توازن مناسب بين الاعتبارات المتنافسة التي تنطوي عليها أهداف أي قانون إعسار يتسم بالفعالية والكفاءة [وهي مدرجة في [التوصية 1 من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ("الدليل")]] [الحكم التشريعي]]. فعلى سبيل المثال، يمكن للهدف الرامي إلى توفير إجراءات إعسار كفؤة وفعالة أن يحد، إذا أخذ وحده، تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار دون استثناءات لأن محاكم تلك الدولة هي الأقدر على تفسير قانونها وتطبيقه. ويتطلب تطبيق قانون أجنبي في السياق الداخلي إثبات محتوى القانون الأجنبي وتفسيره، ويثير خلافات بشأن ما إذا كان تطبيقه يتعلق بمسائل قانونية أم بوقائع، ويؤدي إلى صعوبات عندما يتعين على المحاكم أن تتعامل مع فئات قانونية أجنبية غير معروفة في نظمها القانونية. وهذا يزيد من خطر قيام المحاكم بتفسير القانون الأجنبي باستخدام فئاتها القانونية الخاصة. ومن

ثم، فإن اعتبارات الكفاءة والفعالية قد تحبذ التوافق بين مكان التقاضي المناسب والقانون المنطبق. غير أن اعتبارات أخرى قد تفوق ذلك الاعتبار وتتطلب تطبيق القانون الأجنبي.

[سوف يُستكمل الشرح من أجل تجسيد نتائج المداولات المقبلة، بما في ذلك المداولات حول نطاق انطباق الأحكام التشريعية.]

باء - نطاق انطباق [الأحكام التشريعية]

6- اتفق الفريق العامل على ما يلي: (أ) أن يشمل المشروع التصفية وإعادة التنظيم وفق تعريفهما في الدليل، بما في ذلك إجراءات الإعسار التي تبدأ في مرحلة مبكرة من الضائقة المالية على النحو المتوخى في التوصية 294 من الدليل والإجراءات المؤقتة وإجراءات إعادة الهيكلة التي تستوفي المعيار المحدد لوصفها بأنها إجراءات "إعسار" أو "أجنبية" بموجب نصوص الأونسيترال للإعسار⁽¹⁰⁾؛ (ب) أن تستبعد من نطاق المشروع في هذه المرحلة مفاوضات إعادة هيكلة الديون التي تجرى خارج المحكمة بموجب قانون العقود⁽¹¹⁾؛ (ج) أن يُكتفى بالإشارة في الشرح إلى المسائل المتميزة التي تنشأ عن تطبيق قواعد القانون المنطبق في إعادة التنظيم في مقابل التصفية⁽¹²⁾.

7- ويعكس مشروع الحكم التشريعي التالي مع شرحه مداولات الفريق العامل بشأن هذا الموضوع حتى الآن. ففي الدورة الستين للفريق العامل، التمس توضيح بشأن ماهية إجراءات إعادة الهيكلة، بخلاف إجراءات إعادة التنظيم المدرجة في تعريف الأونسيترال لإجراءات "الإعسار" أو الإجراءات "الأجنبية"، التي ستندرج ضمن نطاق المشروع. واتفق الفريق العامل على عدم الإشارة إلى إعادة الهيكلة على نحو منفصل وتوضيح الأمر في الشرح، مع بيان الفرق بين إعادة التنظيم وإعادة الهيكلة في هذا السياق أيضاً⁽¹³⁾. وفي هذا الصدد، تشير الأمانة في مشروع الشرح إلى أن المحاكم قد اعترفت بأنواع مختلفة من إجراءات إعادة الهيكلة بموجب قانون الإعسار عبر الحدود، بما في ذلك مخططات الترتيب، في حال وفائها بالمجموعة التراكمية من الاشتراطات الواردة في نصوص الأونسيترال للإعسار فيما يتعلق بإجراءات "الإعسار" أو الإجراءات "الأجنبية".

8- ولعل الفريق العامل يود أن يستذكر أنه أرجأ، في دورته التاسعة والخمسين، المسائل التي أثارها التوصية 30 من الدليل (القانون المنطبق على صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار)⁽¹⁴⁾ لمواصلة النظر فيها، مشيراً إلى أنها مرتبطة بالتوصيتين 3 و4 من الدليل. وركز الفريق العامل، في دورته الستين، على المسائل الناشئة عن التوصيات من 31 إلى 34 من الدليل⁽¹⁵⁾. وتدعو الفقرة 2 من مشروع الحكم التشريعي الفريق العامل إلى النظر فيما إذا كانت المسائل التي تثيرها التوصية 30 من الدليل ستدخل في نطاق المشروع. وإذا كان الأمر كذلك، فلعل الفريق العامل يود أن ينظر في كيفية تجسيد جميع المسائل ذات الصلة الواردة في التوصيات 3 و4 و30 في الأحكام التشريعية.

9- وإضافةً إلى ذلك، رُئي، في دورة الفريق العامل التاسعة والخمسين، أن حكماً تشريعياً بذاته، وليس شرحه أو عرض تاريخ صياغته، هو الذي ينبغي أن ينص على أن بدء إجراءات الإعسار لا ينبغي أن يحل محل القواعد العامة لتنازع القوانين المنطبقة في مرحلة ما قبل الإعسار على إنشاء الحق الضماني ونفاذه تجاه

(10) A/CN.9/1094، الفقرة 68، وA/CN.9/WG.V/WP.179، الفقرات 8-12.

(11) A/CN.9/1094، الفقرة 68.

(12) A/CN.9/1088، الفقرة 89.

(13) A/CN.9/1094، الفقرة 84.

(14) A/CN.9/1088، الفقرة 61.

(15) A/CN.9/1094، الفصل السادس، وA/CN.9/WG.V/WP.179، الفقرة 2.

الأطراف الثالثة⁽¹⁶⁾. وفي الدورة السنتين للفريق العامل، أشارت الأمانة إلى أن حكما مماثلا ورد في نصوص الأونسيترال المتعلقة بالمعاملات المضمونة⁽¹⁷⁾. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان مجال انطباق ذلك الحكم سيكون عاما، ومن ثم يجوز له أن يكمل حكما تشريعا يعالج المسائل التي تثيرها التوصية 30 من الدليل إذا ما أدرجت في نطاق الأحكام التشريعية.

10- وتلاحظ الأمانة أهمية قواعد الولاية القضائية وقواعد تحديد مكان الموجودات (موقع المال) وتوزيعها فيما بين مختلف الإجراءات (الرئيسية، وغير الرئيسية، وما إلى ذلك) بالنسبة للأحكام التشريعية. وهذه القواعد متناولة في نصوص دولية مختلفة وقد تقع خارج نطاق المشروع⁽¹⁸⁾. ويمكن أن يتناولها الشرح في الوقت المناسب. ولعل الفريق العامل يود أن يؤكد ما إذا كان هذا الافتراض العملي دقيقا.

11- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي استبعاد أي قطاعات أو كيانات معينة من نطاق انطباق الأحكام التشريعية⁽¹⁹⁾، وما إذا كان من الممكن أن تغدو الأحكام التشريعية مفيدة، لا في السياق الدولي فحسب، بل أيضا في السياق الداخلي للدول الاتحادية.

1- مشروع حكم تشريعي

نطاق الانطباق

- 1- تضع [الأحكام التشريعية] قواعد لتحديد القانون المنطبق في إجراءات الإعسار .
- 2- [لا] تتناول [الأحكام التشريعية] [أيضا] القانون المنطبق على تحديد صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار .
- 3- [...].

(16) A/CN.9/1088، الفقرة 87 (أ).

(17) انظر الفقرة 35 من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.179، التي تشير إلى التوصية 223 من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة والمادة 94 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة.

(18) انظر على سبيل المثال التوصيات من 10 إلى 12 من الدليل التي تبين عوامل الربط الدنيا وغير الحصرية لممارسة الولاية القضائية على إجراءات الإعسار - مكان مركز المصالح الرئيسية للمدين ومؤسسته. ولا يوصى بأسباب أخرى، مثل وجود موجودات، وإن كانت متوخاة في قانون الإعسار عبر الحدود. انظر أيضا المبدأ العالمي 13 من المبادئ العالمية للتعاون في قضايا الإعسار الدولية التي أعدها معهد القانون الأمريكي ومعهد الإعسار الدولي (2012) (المبادئ العالمية) والقواعد العالمية المتعلقة بمسائل تنازع القوانين في قضايا الإعسار الدولية التي أعدها معهد القانون الأمريكي ومعهد الإعسار الدولي (القواعد العالمية)، ولا سيما شرح القاعدة العالمية I الذي يناقش المعايير المتفق عليها دوليا لممارسة الولاية القضائية على إجراءات الإعسار في سياق قواعد لاختيار القانون ذات طبيعة موحدة دوليا. وفيما يتعلق بتحديد مكان الموجودات، انظر بالإضافة إلى ذلك القواعد العالمية من 6 إلى 11 (المبادئ العالمية والقواعد العالمية متاحة على الموقع التالي: www.iiiglobal.org/initiatives/projects-sponsored-by-iii/) وفيما يتعلق بتوزيع الموجودات فيما بين الإجراءات، انظر على سبيل المثال اللائحة رقم 2015/848 (EU) الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس في 20 أيار/مايو 2015 بشأن إجراءات الإعسار (الصيغة المنقحة) (الصيغة المنقحة لللائحة الإعسار الأوروبية). ويحيل قانون الإعسار عبر الحدود هذه المسألة إلى قانون الدولة المشترعة.

(19) تبرز نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار أن المصارف وشركات التأمين والشركات المملوكة للدول وشركات المرافق العمومية والمستهلكين عادة ما يخضعون لنظام إعسار خاص. انظر على سبيل المثال المادة I (2) من قانون الإعسار عبر الحدود شرحها في دليل اشتراع وتفسير قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (دليل الاشتراع والتفسير)، الفقرات 55-61.

الفقرة 1

- 1- يرتبط نطاق انطباق [الأحكام التشريعية] بمفهوم "إجراءات الإعسار" (20) و"بدء إجراءات الإعسار" (21). وتحدد نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار قائمة تراكمية بالمتطلبات التي يجب أن تستوفيها الإجراءات لكي تعتبر "إجراءات إعسار"، وهي فيما يلي: (أ) أن تكون إجراءات (قضائية أو إدارية) جماعية (22)؛ (ب) أن تتم وفقا لقانون يتصل بالإعسار (بما يشمل قوانين الشركات) (23)؛ (ج) أن تخضع لمراقبة محكمة أو إشرافها (بما يشمل حالة المدين الممتلك) (24)؛ (د) أن تتعلق بمدين (شخص طبيعي أو اعتباري) يعاني من ضائقة مالية شديدة أو معسر (25)؛ (هـ) أن يكون الهدف منها تصفية الكيان المدين أو إعادة تنظيمه ككيان تجاري (26).
- 2- وتشمل "إجراءات الإعسار" بمقتضى نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار ما يلي: (أ) "التصفية" المعرفة بأنها إجراءات بيع الموجودات والتصرف فيها لتوزيعها على الدائنين وفقا لقانون الإعسار (27)؛ (ب) "إعادة التنظيم" المعرفة بأنها عملية يمكن بها لمنشأة المدين أن تسترد عافيتها المالية وقدرتها على البقاء وأن تواصل عملها، باستخدام وسائل شتى يمكن أن تشمل الإغفاء من الديون، وإعادة جدولة الديون، وتحويل الديون إلى أسهم في رأس المال، وبيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة (28)؛ (ج) "إجراءات إعادة التنظيم المعجلة" التي تجمع بين مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وقبول خطة تنص على إجراءات معجلة تُسَرِّ بمقتضى قانون الإعسار لكي نقرها المحكمة (29)؛ (د) الإجراءات التي تبدأها المنشآت الصغرى أو الصغيرة المدينة في مرحلة مبكرة من الضائقة المالية (30)؛ (هـ) الإجراءات المؤقتة وعمليات إعادة الهيكلة وأي إجراءات أخرى يمكن أن تتأكد المحكمة في كل حالة على حدة من أنها تفي بالقائمة التراكمية للمتطلبات المبينة أعلاه (31).

(20) انظر، على سبيل المثال، مسرد الدليل، المصطلحين (ق) و(ش)، اللذين يعين قراءتهما معا وكذلك بالاقتران مع التوضيح المقدم في الفقرة 2 من الجزء الأول؛ دليل اشتراخ القانون النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها (دليل الاشتراخ)، الفقرة 22؛ ودليل الاشتراخ والتفسير، الفقرة 48.

(21) انظر التوصيات من 14 إلى 29 من الدليل.

(22) دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرات 69-72.

(23) دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرة 73.

(24) التوصية 112 من الدليل، ودليل الاشتراخ والتفسير، الفقرات 71 و74-76 و86.

(25) دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرات 1 و48 و49 و65 و67، الإحالة المرجعية إلى التوصيتين 15 و16 من الدليل اللتين تحددان معايير لبدء المدين إجراءات الإعسار (المدين غير قادر عموما على سداد ديونه عند استحقاقها أو لن يكون قادرا على ذلك بوجه عام أو تتجاوز التزاماته قيمة موجوداته) والدائنين (المدين غير قادر عموما على سداد ديونه عند استحقاقها أو تتجاوز التزامات المدين قيمة موجوداته).

(26) دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرتان 77 و78.

(27) المصطلح (ث) من مسرد المصطلحات في الدليل.

(28) المصطلح (ك) من مسرد المصطلحات في الدليل.

(29) انظر النص المتعلق بالغرض من الأحكام التشريعية السابق للتوصية 160 من الدليل. وانظر أيضا دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرة 75.

(30) انظر التوصية 294 من الدليل.

(31) فيما يتعلق بالإجراءات المؤقتة، انظر دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرتين 79 و80. وفيما يتعلق بإجراءات إعادة الهيكلة، انظر نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، الفقرة 11، في إطار المادة 2.

3- وأي إجراءات أخرى لا تقي بالشروط المبينة أعلاه تقع خارج نطاق تطبيق [الأحكام التشريعية]. فعلى سبيل المثال، تستبعد من نطاقها إجراءات تحصيل الديون أو إجراءات الحراسة القضائية التي يبدأها دائن معين أو مجموعة معينة من الدائنين أو إجراءات تجميع الموجودات في إجراءات التصفية أو الحفاظ على الموجودات التي لا تتضمن أيضا أحكاما لمعالجة مطالبات الدائنين الآخرين⁽³²⁾. وتستبعد أيضا الإجراءات القضائية أو الإدارية المتخذة بشأن كيان موسر التي لا تسعى إلى إعادة هيكلة شؤونه المالية بل إلى إلغاء صفته القانونية⁽³³⁾. كما أن تدابير أو ترتيبات التسوية المالية المتخذة بين المدين وبعض دائنيه على أساس تعاقدى بحث فيما يتعلق ببعض الديون، حيثما لا تقضي المفاوضات إلى بدء إجراءات إعسار تجرى بمقتضى قانون الإعسار، ستكون أيضا خارج نطاق [الأحكام التشريعية]⁽³⁴⁾. وبالإضافة إلى ذلك، تستبعد أيضا الإجراءات التي لا تهدف إلا إلى منع تبيد الموجودات وإهدارها، بدلا من تصفية حوزة الإعسار أو إعادة تنظيمها، وكذلك الإجراءات المصممة لمنع إلحاق الضرر بالمستثمرين وليس بجميع الدائنين⁽³⁵⁾.

الفقرة 2 (36)

4- تبدأ المحكمة التي تنظر الدعوى، في إجراءات الإعسار، بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص (بشأن تنازع القوانين) المعمول بها لديها (فيما يلي "قواعد القانون الدولي الخاص")، بما في ذلك أي اتفاقيات دولية أو اتفاقات أخرى نافذة بالنسبة لدولتها، لتحديد القانون المنطبق على صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار وعلى معاملتها في إجراءات الإعسار. وقد جرت العادة على أن يحدّد القانون الذي يحكم العقد ما إذا كانت هناك مطالبة تعاقدية حيال المدين المعسر، ومبلغ تلك المطالبة؛ وأن يحدّد قانون المكان الذي توجد فيه الموجودات (قانون موقع المال) ما إذا كانت هناك مصالح ضمانية في الموجودات غير المنقولة قد أنشئت لصالح دائن معين. [وهذه الأحكام التشريعية] [لا تتناول تلك القواعد أو تحل محلها] [تؤكد تلك القواعد].

5- وبعد ذلك، تقرر المحكمة القانون الذي سيطر على ما يلي: (أ) تحديد آثار الإعسار على الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات (أي كيفية معاملة كل من هذه الحقوق والمطالبات في إجراءات الإعسار)؛ (ب) الحقوق والمطالبات والإجراءات والمنازعات اللاحقة لبدء الإجراءات. ومن أمثلة المسائل التي يغطيها البند (أ) الوضع النسبي للمطالبات إزاء بعضها البعض (أي الترتيب والأولويات) والقيود والتعديلات التي يمكن أن تخضع لها الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات من أجل تحقيق الأهداف الجماعية لإجراءات الإعسار (مثل الإبطال وإنزال المرتبة). ومن الأمثلة على المسائل التي يغطيها البند (ب) ما يلي: تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها؛ ونطاق وقف الإجراءات عند بدء إجراءات الإعسار وطلبات الإعفاء من وقفها؛ والمطالبات الناشئة عن توفير تمويل لاحق لبدء الإجراءات؛ ومسؤولية ممثل الإعسار؛ وتحديد النفقات الإدارية والإذن بها؛ والموافقة على خطط إعادة التنظيم؛ وإبراء الذمة من الديون.

[يضاف فيما بعد]

الفقرة 3

[يضاف فيما بعد]

(32) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 69.

(33) انظر، على سبيل المثال، دليل الاشتراع، الفقرة 22؛ ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرتين 48 و73.

(34) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 78.

(35) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 77.

(36) انظر الفقرتين 82 و83 من شرح التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل.

جيم - التعاريف

12- أكد الفريق العامل، في دورته السنتين، أن مصطلح "قانون الإعسار" الوارد في التوصية 31 ينبغي أن يفسر تفسيراً واسعاً باعتباره لا يشمل قانون الإعسار فحسب، بل أيضاً غيره من القوانين التي لها صلة كافية بالإعسار. ورئي أنه قد يكون من الضروري تحديد معايير تساعد على إثبات وجود هذه الصلة الكافية بقانون الإعسار. وذهب رأي آخر إلى ضرورة تقييم مدى توافر هذه الصلة الكافية في كل حالة على حدة⁽³⁷⁾.

13- وفي ضوء تلك المداولات، تقترح الأمانة التعريف التالي لمصطلح "قانون دولة محكمة الإعسار" استناداً إلى شرحه الوارد في مسرد مصطلحات الدليل (المصطلح (خ)) الذي لا يشير إلى "قانون الإعسار" بل إلى "قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار" (وبالمقارنة مع هذا، توجد إشارة إلى "قانون الإعسار" تتصل بتعبير "قانون دولة محكمة الإعسار" في فاتحة التوصية 31 من الدليل)⁽³⁸⁾. وتلاحظ الأمانة أن إدراج قواعد تفسيرية مماثلة للقواعد الواردة في الدليل⁽³⁹⁾ وتعريف لمصطلحات أخرى، ولا سيما المصطلحات اللاتينية في النص الإنكليزي، مثل "lex rei sitae"⁽⁴⁰⁾ ("قانون موقع المال") و"lex societatis" ("قانون الشركات")، من شأنه أن يبسر الفهم والتفسير الموحد للأحكام التشريعية. وإذا اختار الفريق العامل عدم استخدام المصطلحات اللاتينية في الأحكام التشريعية، فستقترح الأمانة صيغة جديدة منازرة تعكس معناها بلغة واضحة.

1- مشروع حكم تشريعي

التعاريف⁽⁴¹⁾

لأغراض [هذه الأحكام التشريعية]:

(أ) يقصد بتعبير "قانون دولة محكمة الإعسار" قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار.

2- مشروع الشرح

1- ينبغي تفسير "قانون دولة محكمة الإعسار" تفسيراً واسعاً على أنه يشمل قانون الإعسار في دولة بدء إجراءات الإعسار وكذلك قوانينها غير المتعلقة بالإعسار التي لها صلة كافية بالإعسار. ويجري تقييم تلك الصلة الكافية بالإعسار في كل حالة على حدة، ولكن الأمثلة المعتادة للقوانين غير المتعلقة بالإعسار التي تتصل اتصالاً كافياً بالإعسار تشمل ما يلي: (أ) قانون الشركات الذي يتناول التزامات المديرين ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار؛ (ب) قانون الشركات الذي يتناول إجراءات إعادة هيكلة الديون السابقة للإعسار؛ (ج) قانون المعاملات المضمونة الذي يمكن أن يتناول، ضمن جملة أمور متصلة بالإعسار، كيفية معاملة التمويل السابق لبدء الإجراءات في حالات الإعسار اللاحقة؛ (د) قانون الأسرة الذي يمكن أن يتناول معاملة الموجودات المشتركة الملكية في إجراءات إعسار فردي منظمي المشاريع؛ (هـ) قانون العمل الذي يتناول حقوق العمال، وكيفية معاملة مطالباتهم وترتيب أولويتها، ويعالج حالات التسريح في حالة الإعسار؛ (و) التشريعات الضريبية وتشريعات الضمان الاجتماعي التي تعالج الديون العمومية وترتيب أولويتها؛ (ز) قانون الاستثمار الأجنبي الذي قد يفرض

(37) A/CN.9/1094، الفقرة 69.

(38) A/CN.9/WG.V/WP.179، الفقرة 15.

(39) انظر الفقرات من 9 إلى 11 من مسرد المصطلحات.

(40) يرد في مسرد مصطلحات الدليل وتشير إليه النسخة العربية باسم "قانون موقع المال"، في البند (ذ)، ويفسره المسرد بأنه قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات.

(41) إذا أصبحت الأحكام التشريعية جزءاً من الدليل، فسوف يحتفظ بهذا المصطلح في مسرد المصطلحات.

قيوداً على الملكية الأجنبية لبعض الموجودات أو عمل المستثمرين الأجانب في قطاعات معينة من الاقتصاد (الأمر الذي قد يكون وثيق الصلة بهذا الموضوع، على سبيل المثال في حالة تحويل الديون إلى أسهم في رأس المال أو بيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة).

2- وعندما يذعن قانون دولة محكمة الإعسار لقانون دولة أخرى، تفسر تلك الإشارة على أنها إشارة فقط إلى القانون الداخلي الموضوعي لتلك الدولة مع استبعاد قواعدها المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، أي أن الإحالة إلى تلك القواعد مستبعدة. ويتماشى ذلك مع النهج المتبعة في النصوص الدولية الأخرى التي تنص على قواعد موحدة للقانون الدولي الخاص⁽⁴²⁾. والهدف من ذلك النهج هو تعزيز اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق.

3- وبالإضافة إلى ذلك، فإن الإشارة إلى قانون دولة أجنبية لن تشمل القانون العام لتلك الدولة، أي القانون المتعلق بممارستها لسلطاتها السيادية. ومع ذلك، فإن قانون دولة محكمة الإعسار قد يتناول معاملة المطالبات العمومية الأجنبية وترتيب أولويتها (مثل المطالبات المتعلقة بالضرائب والضمان الاجتماعي)⁽⁴³⁾. ولا تشمل الإشارة إلى قانون دولة أجنبية القانون الإجرائي أيضاً لأن المحاكم تطبق قانونها الإجرائي الخاص بها ولا تطبق أي قاعدة أجنبية ترى أنها إجرائية. وكما نوقش في [هذه الأحكام التشريعية] في السياقات ذات الصلة، يمكن وصف بعض المسائل (مثل المقاصة أو مدة التقادم) بأنها موضوعية أو إجرائية، تبعاً للنظم القانونية. وتشير [الأحكام التشريعية] إلى القانون الذي سيحكم تلك المسائل في إجراءات الإعسار.

دال - الاستثناء المتعلق بالنظام العام

14- اتفق الفريق العامل، في دورته الستين، على إدراج استثناء متعلق بالنظام العام بموجب الشروط التي نوقشت في الدورة⁽⁴⁴⁾. وبناء على ذلك، تقترح الأمانة مشروع الحكم التشريعي وشرحه أدناه، اللذين يستندان إلى أحكام مماثلة واردة في قوانين الأونسيتال النموذجية للإعسار⁽⁴⁵⁾ وغيرها من النصوص المستقصة⁽⁴⁶⁾.

15- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في النتيجة المتوقعة من تحية القانون الأجنبي: أي ما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار سوف يطبق في جميع الحالات، أم أن المحكمة التي تنظر الدعوى ستكون لها سلطة تقديرية في اختيار قانون ولاية قضائية لها مصلحة أكبر مادياً من الولاية القضائية المختارة أو قانون دولة محكمة الإعسار. (انظر إضافة هذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) للاطلاع على المسائل ذات الصلة بالالتزامات الدولية السائدة والقواعد الإلزامية الغالبة التي لم ينظر فيها الفريق العامل بعد.)

(42) انظر على سبيل المثال الإشارات إلى "القانون الداخلي" في المواد 5 و6 و11 من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على الوكالة.

(43) انظر على سبيل المثال المادة 13 (2) من قانون الإعسار عبر الحدود وحاشيتها (ب)، وكذلك الفقرتين 119 و120 من دليل الاشتراع والتفسير.

(44) A/CN.9/1094، الفقرات 94-96.

(45) انظر على سبيل المثال المادة 6 من قانون الإعسار عبر الحدود ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 101-104؛ والمادة 7 من قانون الاعتراف والإنفاذ ودليل الاشتراع، الفقرات 71-74؛ والمادة 6 من قانون إعسار مجموعات المنشآت ودليل اشتراعه، الفقرات 62-65.

(46) انظر، على سبيل المثال، المادة 93 من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة؛ والمادة 32 من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية. والمادة 11 من اتفاقية 5 تموز/يوليه 2006 بشأن القانون المنطبق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية الموجودة في حوزة وسيط.

1- مشروع حكم تشريعي

الاستثناء المتعلق بالنظام العام

لا يجوز رفض تطبيق القانون المحدد بموجب [هذه الأحكام التشريعية] إلا إذا كانت آثار تطبيقه تتعارض بوضوح مع النظام العام لهذه الدولة.

2- مشروع الشرح

1- تتضمن [الأحكام التشريعية] استثناء متعلقًا بالنظام العام يهدف إلى السماح للمحاكم في الدولة المسترعة بعدم تطبيق قانون أجنبي إذا كان تطبيقه يتعارض بوضوح مع النظام العام لتلك الدولة. ولما كان مفهوم النظام العام يستند إلى القانون الوطني وقد يختلف من دولة إلى أخرى، فلن يحاول الشرح تقديم تعريف موحد لهذا المفهوم. ولكن بالنظر إلى أن [الأحكام التشريعية] تتناول مسائل التعاون الدولي، فإن النظام العام ينبغي أن يفهم بمعنى أضيق من معنى النظام العام الداخلي.

2- وتجسد هذه النية عبارة "بوضوح" الواردة في [الحكم التشريعي]. والغرض من ذلك هو التشديد على أن الاستثناء المتعلق بالنظام العام ينبغي تفسيره وتطبيقه على نحو ضيق وتقييدي وعدم الاستظهار به إلا في ظروف استثنائية تتعلق بمسائل ذات أهمية أساسية للدولة المسترعة. وينبغي اتباع نفس التفسير الضيق والتقييدي لهذا الاستثناء بصرف النظر عن نوع الإجراء (تصفية كان أم إعادة تنظيم).

3- ويتعين تحديد المقصود بالنظام العام فيما يتعلق بآثار تطبيق القانون الأجنبي الذي يُسمى بموجب [هذه الأحكام التشريعية] في كل حالة بعينها. ومن المتوقع الاستظهار به إذا انتهكت القاعدة الأجنبية ذات الصلة، عندما تطبق على وقائع الحالة، أمن الدولة أو سيادتها أو أسفرت عن نتيجة تحيد جزئياً عن مفاهيم دولة المحكمة للعدالة الأساسية بحيث يخل تطبيقها إخلالاً لا يمكن التسامح معه بقيمها الأساسية (مثل تطبيق قانون الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار من أجل تحقيق أهداف سياسية أو قانون الدولة الذي يضيف الشرعية فعلياً على مخططات غير مشروعة (على سبيل المثال، التهرب من التقيد بالقوانين والالتزامات الواجبة التطبيق إلزامياً، مثل المسؤوليات البيئية وحقوق الإنسان وغيرها من المسؤوليات الاجتماعية)).

هاء - القانون المنطبق على نحو تكميلي في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار

16- لم يبد الفريق العامل في دورته الستين أي تعليق على الفقرة 16 والبنود المدرجة في الفقرة 18 من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.179. ومن ثم رأت الأمانة أن النهج المقترح في الفقرتين المذكورتين لا جدال فيه ولذا جسده في مشروع الحكم التشريعي وشرحه أدناه.

17- واتفق الفريق العامل على إدراج إشارة صريحة إلى شروط الإنهاء الآلي والتعجيل (شروط بحكم الفعل) في قائمة البنود التي سيجمها قانون دولة محكمة الإعسار (فيما يلي "قائمة قانون دولة محكمة الإعسار")⁽⁴⁷⁾ والإشارة في تلك القائمة إلى "معاملة المقاصة" (بدلاً من مجرد "المقاصة" على النحو الوارد في التوصية 31 (البند ط)) من الدليل⁽⁴⁸⁾. وأثقت على عدم إدراج إشارات في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار إلى حقوق الدائنين بعد إقفال إجراءات الإعسار، ولا إلى إعادة الهيكلة أو الأضرار والمسؤوليات البيئية⁽⁴⁹⁾. ولم يناقش

(47) A/CN.9/1094، الفقرة 77.

(48) المرجع نفسه، الفقرة 78.

(49) المرجع نفسه، الفقرات 81 و84 و86.

الفريق العامل اقتراحاً بتوسيع قائمة قانون دولة محكمة الإعسار بإدراج إشارات إلى الإجراءات ذات الصلة (المستمدة من قانون الإعسار والمتصلة بإجراءات الإعسار)⁽⁵⁰⁾. ويعكس مشروع الحكم التشريعي وشرحه أدناه تلك النتائج. وتسلط الفقرات التالية الضوء على المسائل التي أرجأها الفريق العامل أو لم يناقشها فيما يتعلق بالبنود المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، وقد نوقشت تلك المسائل في إضافة لهذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).

1- مشروع حكم تشريعي

القانون المنطبق على نحو تكميلي في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار

ينطبق قانون دولة محكمة الإعسار على جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإفقالها وآثارها، ما لم تنص [هذه الأحكام التشريعية] على خلاف ذلك، بما يشمل ما يلي:

(أ) تحديد المدينين الذين يجوز أن يخضعوا لإجراءات الإعسار؛

(ب) تقرير الوقت الذي يمكن فيه بدء إجراءات الإعسار ونوع الإجراءات التي يمكن بدؤها والطرف الذي يمكن له أن يطلب بدء الإجراءات وما إذا كان ينبغي لمعايير بدء الإجراءات أن تختلف تبعاً للطرف الذي يطلب البدء؛

(ج) تشكيل حوزة الإعسار ونطاقها⁽⁵¹⁾؛

(د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها [بما يشمل وقف الإجراءات]⁽⁵²⁾؛

(هـ) استخدام الموجودات والتصرف فيها؛

(و) اقتراح خطة لإعادة التنظيم والموافقة عليها وإقرارها وتنفيذها؛

(ز) إبطال بعض المعاملات التي يمكن أن تكون ضارة لبعض الأطراف⁽⁵³⁾؛

(ح) معاملة العقود، بما في ذلك شروط الإنهاء الآلي والتعجيل (شروط بحكم الفعل)⁽⁵⁴⁾؛

(ط) معاملة المقاصة⁽⁵⁵⁾؛

(50) المرجع نفسه، الفقرة 71.

(51) هناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها (A/CN.9/1094، الفقرة 72).

(52) تقترح الأمانة إضافة صريحة إلى وقف الإجراءات في هذا البند على سبيل الإيضاح، في ضوء الأسئلة التي أثيرت في الفريق العامل حول نطاق هذا البند. وهناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها (A/CN.9/1094، الفقرة 73).

(53) لم يعرب عن أي شواغل بشأن الاحتفاظ بهذا البند في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، ولكن هناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها (A/CN.9/1094، الفقرات 74-76).

(54) عملاً بما اتفق عليه الفريق العامل (A/CN.9/1094، الفقرة 77)، أضافت الأمانة إشارة صريحة إلى الشروط المشار إليها بأنها "شروط بحكم الفعل" باستخدام مصطلحات الدليل. وهناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها (المرجع نفسه).

(55) عملاً بما اتفق عليه الفريق العامل (A/CN.9/1094، الفقرة 78)، عدلت الأمانة هذا البند. وهناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها (المرجع نفسه).

(ي) [معاملة الدائنين المضمونين] ⁽⁵⁶⁾ ؛
(ك) حقوق المدين والتزاماته ⁽⁵⁷⁾ ؛
(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه ⁽⁵⁸⁾ ؛
(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين؛
(ن) معاملة المطالبات؛
(س) ترتيب المطالبات ⁽⁵⁹⁾ ؛
(ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار؛
(ف) توزيع العائدات؛
(ص) إقفال الإجراءات؛
(ق) إبراء الذمة؛
[ر] مسؤولية مديري الكيان المدين عن الإجراءات المتخذة أثناء إعسار الكيان المدين أو خلال فترة اقترابه من الإعسار، وأسباب الدعوى التي يمكن أن ترفعها حوزة إعسار المدين أو أن تُرفع بالنيابة عنها بشأن تلك المسؤولية ⁽⁶⁰⁾ ؛
[ش] الإجراءات ذات الصلة (المستمدة من قانون الإعسار والمتصلة بإجراءات الإعسار) ⁽⁶¹⁾ .

2- مشروع الشرح

1- ينطبق قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، على جميع جوانب إجراءات الإعسار وأثارها ما لم ينص صراحة على خلاف ذلك. ومن شأن التقارب الملحوظ بين قواعد الإعسار الموضوعية أن يجعل من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار، كقاعدة عامة، على جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وأثارها مسألة أقل إشكالية ⁽⁶²⁾ .
2- وتجعل [الأحكام التشريعية] قانون دولة محكمة الإعسار منطبقاً أولاً على جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها. وتشمل هذه الجوانب ما يلي: (أ) المسائل الإجرائية (مثل تسليم الإشعارات، أو عقد الاجتماعات، أو تحديد النصاب القانوني، أو التحقق من قواعد التصويت، أو تحديد المواعيد النهائية لتقديم

(56) هناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها. وقد تؤثر القرارات المتخذة بشأنها على موضع هذا البند وصيغته في الأحكام التشريعية (A/CN.9/1094، الفقرة 79 و A/CN.9/1088، الفقرة 65 (ج)).

(57) لم يعرب عن أي شواغل بشأن الاحتفاظ بهذا البند في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، ولكن هناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها (A/CN.9/1094، الفقرة 80).

(58) المرجع نفسه.

(59) المرجع نفسه، ولكن بالإشارة إلى الفقرة 82.

(60) هناك مسائل تتعلق بهذا البند أرجأها الفريق العامل لمواصلة النظر فيها. وقد تؤثر القرارات المتخذة بشأنها على موضع هذا البند وصيغته في الأحكام التشريعية (A/CN.9/1094، الفقرة 83 و A/CN.9/1088، الفقرة 65 (ه)).

(61) سبقت الإشارة في الفقرة 16 أعلاه إلى أن الفريق العامل لم يناقش هذا البند المقترح مجدداً (A/CN.9/1094، الفقرة 71).

(62) A/CN.9/1088، الفقرة 86.

المطالبات⁽⁶³⁾؛ (ب) جميع الحقوق والالتزامات والمطالبات اللاحقة لبدء الإجراءات، أي الحقوق والالتزامات والمطالبات الناشئة عن إجراءات الإعسار، مثل المطالبات المقدمة ضد ممثل الإعسار أو فيما يتعلق بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو تسييل موجودات حوزة الإعسار أو توزيع العائدات.

3- وتجعل [الأحكام التشريعية] قانون دولة محكمة الإعسار منطبقاً أيضاً على الآثار التي تحدثها إجراءات الإعسار، بما في ذلك أثارها على الحقوق والمطالبات والالتزامات التي كانت قائمة قبل بدء إجراءات الإعسار. ومثال ذلك، أنه على الرغم من أن إجراءات الإعسار ستعترف، بموجب التوصية 4 من الدليل، بأي حق ضمانى سار وواجب الإنفاذ بموجب قانون آخر غير قانون الإعسار، فإن إنفاذ الحقوق الضمانية يمكن إيقافه بموجب قانون دولة محكمة الإعسار ما لم تمنح المحكمة إعفاء من هذا الوقف وإلى أن تمنح المحكمة هذا الإعفاء (انظر التوصيات من 46 إلى 51 من الدليل). ويضاف إلى ذلك أن أي مصلحة ضمانية سارية وواجبة الإنفاذ بموجب قانون آخر غير قانون الإعسار يمكن، بموجب التوصية 88 من الدليل، أن تخضع لأحكام الإبطال في قانون الإعسار على نفس الأسس السارية على المعاملات الأخرى. وتقر التوصية 3 في الدليل صراحة بأن قانون الإعسار يعترف بالحقوق والمطالبات الناشئة بمقتضى أي قانون غيره، سواء أكان قانوناً داخلياً أم أجنبياً، ولكن في حدود أي قيود صريحة مبينة في قانون الإعسار. وبصرف النظر عن وقف الإجراءات والإبطال، يجوز لقانون الإعسار، على سبيل المثال، أن يشترط إنزال مرتبة المطالبات (مثل مطالبات الأشخاص ذوي الصلة (انظر التوصية 184)). وقد يحظر أيضاً إنفاذ بعض الشروط التعاقدية (مثل الشروط المشار إليها بأنها "شروط بحكم الفعل" (انظر التوصية 70)) ويعطي بعض السلطة التقديرية لممثلي الإعسار فيما يتعلق بمعاملة العقود، بما في ذلك إحالتها بصرف النظر عن القيود الواردة في العقد (التوصية 83)، واستخدام الموجودات والتصرف فيها، بما في ذلك بيعها خالصة وخالية من التزامات الرهن والمصالح الأخرى (التوصيات 52-62).

(أ) تحديد المدين الذين يجوز أن يخضعوا لإجراءات الإعسار

4- يتناول قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية القضائية ونظم الإعسار الخاصة وأسلوب المعاملة الذي قد يختلف باختلاف القطاع الاقتصادي أو حجم منشأة المدين أو مستوى مديونيته أو غير ذلك من المعايير. ويحدد هذا القانون أيضاً عوامل الربط اللازمة لتحديد الولاية القضائية على المدين وبدء إجراءات الإعسار وتسييرها.

(ب) تقرير الوقت الذي يمكن فيه بدء إجراءات الإعسار ونوع الإجراءات التي يمكن بدؤها والطرف الذي يمكن له أن يطلب بدء الإجراءات وما إذا كان ينبغي لمعايير بدء الإجراءات أن تختلف تبعاً للطرف الذي يطلب البدء

5- يحدد قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، معايير بدء الإجراءات (سواء كانت معيار الميزانية العمومية أو معيار التدفق النقدي أو كليهما أو شيئاً مختلفاً عنهما أو بالإضافة إليهما). ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً ما يلي: (أ) الظروف التي يمكن في ظلها بدء إعادة التنظيم بدلاً من التصفية والعكس بالعكس؛ (ب) ما إذا كان بوسع المدين وحده أو الدائنين والأطراف الأخرى أيضاً تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار؛ (ج) الخطوات الإجرائية وغيرها من الاشتراطات التي يتعين على مقدم طلب بدء الإجراءات الوفاء بها (على سبيل المثال، في بعض الولايات القضائية، لا يمكن بدء إجراءات الإعسار إلا لعدد معين من الدائنين أو الدائنين الذين لديهم قيمة معينة من المطالبات). ويحدد ذلك القانون كذلك

(63) بعض المسائل التي تعتبر إجرائية في بعض الولايات القضائية (مثل المقاصة أو مدة التقادم) قد تعتبر موضوعية في ولايات قضائية أخرى. وتحدد المحاكم هذا وفقاً لقانون دولها، أي قانون دولة محكمة الإعسار في إجراءات الإعسار.

معايير رفض الطلبات وإلغاء الإجراءات، إلى جانب قواعد للإشعار بالطلبات المقدمة وببدء الإجراءات (مثل مضمون الإشعار وطريقة توجيهه).

(ج) تشكيل حوزة الإعسار ونطاقها

6- يحدد قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، موجودات المدين التي يتعين إدراجها في حوزة الإعسار ووقت تشكيل حوزة الإعسار. وهو يوفر أيضا قواعد لتحديد أماكن الموجودات. كما أنه يحكم معاملة الموجودات اللاحقة لبدء الإجراءات (مثل الموجودات التي يحتازها المدين أو ممثل الإعسار بعد بدء إجراءات الإعسار والموجودات المستردة عن طريق دعاوى الإبطال أو غيرها من الإجراءات) ويحدد أحكاما وشروطا وقواعد لتعقب موجودات حوزة الإعسار واستردادها وتحصيل أموال الحوزة.

7- ويجوز أن تطبق في سياق هذا البند القوانين غير المتعلقة بالإعسار لدولة بدء إجراءات الإعسار، بما في ذلك التزامات حقوق الإنسان، وقانون المعاملات المضمونة، وقانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية، وقانون المسؤولية التقصيرية، بما في ذلك تطبيقها على معاملة الموجودات المرهونة، والموجودات المملوكة لأطراف ثالثة، والموجودات ذات الملكية المشتركة، والموجودات الأجنبية. ومن ثم فإن هذا البند يرتبط ارتباطا وثيقا بمعاملة الدائنين المضمونين [بند آخر في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار] لأن الموجودات المرهونة قد تُجعل أو لا تُجعل جزءا من حوزة الإعسار.

لأرجأ الفريق العامل المسائل المتصلة بمعاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استعمال الممتلكات الفكرية والموجودات الرقمية لمواصلة النظر فيها (A/CN.9/1094، الفقرة 72). انظر إضافة هذه المنكرة [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1].

(د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها [بما يشمل وقف الإجراءات]

8- يحكم قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، جميع المسائل المتصلة بتدابير حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، بما في ذلك التدابير المؤقتة وغير المؤقتة المتخذة عند بدء إجراءات الإعسار (مثل وقف الإجراءات، أو نظام التنحية الكلية أو المحدودة للمدين، أو نظام المدين المتملك). وتشمل تلك المسائل شروطا لرفض تلك التدابير وتحديد مدتها ونطاقها، إلى جانب أسباب وإجراءات طلب ومنح الإعفاء من هذه التدابير وغير ذلك من أشكال الحماية.

9- وقد تنشأ صعوبات في إنفاذ آثار قانون دولة محكمة الإعسار على حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها عبر الحدود، وخصوصا فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة وإجراءات الإنفاذ التي يتخذها الدائنون المضمونون فيما يتعلق بالضمانات الرهنية وإعمال الحقوق العينية. ويمكن تخفيفها إلى حد ما بأحكام القانون الداخلي الذي يشترع أحكام قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار التي تنص على الاعتراف بالإجراءات الأجنبية والاعتراف بالأحكام القضائية المتصلة بالإعسار وإنفاذها. بيد أن المبدأ الذي تقوم عليه تلك النصوص هو أن الاعتراف بالإجراءات الأجنبي لا يعني تمديد آثاره حسبما ينص عليها قانون الدولة الأجنبية (أي قانون دولة محكمة الإعسار)، بل يعني ربط الإجراءات الأجنبي المعترف به بالنتائج التي يتوخاها قانون الدولة التي تعترف به⁽⁶⁴⁾. فعلى سبيل المثال، تحدد أحكام قوانين تلك الدولة، وليس قانون دولة محكمة الإعسار، نطاق الوقف، وغيره من أشكال الانتصاف، أو مدته أو تعديله أو تعليقه أو إنهائه⁽⁶⁵⁾. وبالتالي، قد تكون هناك اختلافات في تلك الأمور بين الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار والدولة المعترف. ومع

(64) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 194.

(65) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 38.

ذلك، يتوقع من الدول أن تتعاون وتتسق فيما بينها في قضايا الإعسار عبر الحدود إلى أقصى حد ممكن لتحقيق الأهداف المنشودة من قانون إعسار يتسم بالفعالية والكفاءة⁽⁶⁶⁾.

10- وتماشيا مع تلك الأهداف، تهيئ قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار أيضا ضمانات ضد عرقلة آثار قانون دولة محكمة الإعسار. فعلى سبيل المثال، تنوخى المادة 14 (هـ) من القانون النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها (قانون الاعتراف والإنفاذ) إمكانية رفض الاعتراف بالحكم القضائي المتعلق بالإعسار أو إنفاذه إذا كان من شأن ذلك عرقلة إدارة إجراءات إعسار المدين بشكل ما، بما يشمل التعارض مع أمر بوقف الإجراءات أو أمر آخر يمكن الاعتراف به أو إنفاذه في الدولة المشتريعة لذلك القانون النموذجي. ويمكن أن تكون تلك الإجراءات هي الدعوى التي يتصل بها الحكم القضائي أو إجراءات إعسار أخرى (أي إجراءات مترامنة) تتعلق بمدين معسر واحد. وفي حين أن مفهوم العرقلة واسع إلى حد ما، فإن النص يعطي أمثلة على ما يمكن أن يشكل عرقلة من هذا القبيل. فالتعارض مع قرار الوقف، على سبيل المثال، ينشأ عادة عندما يسمح قرار الوقف ببدء أو استمرار ما قد يلزم من دعاوى منفردة للحفاظ على المطالبة، لكنه لا يسمح بالاعتراف بما قد تقضي إليه من أحكام قضائية أو بإنفاذها لاحقا. ويمكن أن ينشأ هذا التعارض أيضا عندما لا يسمح قرار الوقف ببدء دعاوى منفردة من هذا القبيل أو استمرارها وتكون الإجراءات المفضية للحكم القضائي قد بدأت بعد صدور قرار الوقف (ومن ثم قد تشكل انتهاكا له)⁽⁶⁷⁾.

أرجأ الفريق العامل مسألة القانون المنطبق على آثار إجراءات الإعسار في قابلية إنفاذ اتفاقات التحكيم وقرارات التحكيم وإجراءات التحكيم الجارية لمواصلة النظر فيها (A/CN.9/1094، الفقرة 73). انظر إضافة هذه المنكرة [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1].

(هـ) استخدام الموجودات والتصرف فيها

11- يتضمن قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، ما يلي: (أ) معالجة آثار إجراءات الإعسار على سيطرة المدين على المنشأة، بما في ذلك نظام التحية الكلية أو المحدودة للمدين أو نظام المدين الممتلك؛ (ب) وضع شروط وحدود لاستخدام الموجودات والتصرف فيها (مثل إشعار الدائنين، وموافقة المحكمة)؛ (ج) النص على أحكام تتناول معاملة التمويل السابق لبدء الإجراءات واللاحق لها، والمعاملات غير المأذون بها، والمعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة بعد بدء إجراءات الإعسار، وأسباب رفع الدعاوى ضد الأطراف المقابلة في المعاملات غير المأذون بها؛ (د) تعريف المفاهيم من قبيل "السياق المعتاد للعمل" و"الأشخاص ذوي الصلة" وما إلى ذلك.

12- ويمكن أن تنطبق القوانين غير المتصلة بالإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار على استخدام الموجودات والتصرف فيها، ومن ذلك مثلا ما يلي: يجوز أن ينطبق قانون الأسرة على استخدام الموجودات، التي يشترك المدين في ملكيتها مع أفراد أسرته، وعلى التصرف فيها؛ وستحدد القوانين، التي تحظر أو تقيد الملكية الأجنبية في قطاعات معينة من الاقتصاد، ما إذا كان التصرف في الموجودات بنقل ملكيتها للأجانب مسموحا به، وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الشروط المحددة لذلك؛ ويجوز أن ينطبق قانون المعاملات المضمونة على استخدام الموجودات المرهونة والتصرف فيها وطرائق بيعها؛ وقد يتناول القانون البيئي وغيره من القوانين شروط التخلي عن الموجودات (مثل الموجودات التي تشكل خطرا على البيئة أو على الصحة العامة والسلامة العامة) ويحدد من قد يحق له المطالبة بالموجودات المتخلى عنها.

(66) انظر على سبيل المثال الفصل الرابع من قانون الإعسار عبر الحدود والفصل 2 من قانون إعسار مجموعات المنشآت.

(67) دليل الاشتراع، الفقرة 107.

13- وقد تنشأ صعوبات في إنفاذ آثار قانون دولة محكمة الإعسار على استخدام موجودات حوزة الإعسار والتصرف فيها عبر الحدود، مثل الممتلكات غير المنقولة أو مدفوعات المدين في السياق المعتاد للعمل، مع ملاحظة أن التعبير الأخير لا يُفهم بطريقة موحدة عبر الولايات القضائية المختلفة. وكما لوحظ أعلاه في سياق حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها [، بما في ذلك وقف الإجراءات]، يتوقع من الدول أن تتعاون وتتسق فيما بينها في قضايا الإعسار عبر الحدود إلى أقصى حد ممكن، بما يشمل التعاون والتنسيق في إدارة موجودات المدين وشؤونه والإشراف عليها.

(و) اقتراح خطة لإعادة التنظيم والموافقة عليها وإقرارها وتنفيذها

14- يتناول قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، طبيعة الخطة وشكلها؛ ويحدد متى يتم اقتراحها؛ ومن يُسمح له بإعدادها؛ وماهية مضمونها؛ وكيفية موافقة الدائنين عليها؛ وكيفية معاملة الدائنين المعارضين؛ وما إذا كان إقرار المحكمة لها مطلوباً؛ ويحدد آثار الخطة؛ ويتناول مسألة تنفيذها.

15- ويمكن للقوانين غير المتعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، أن تنطبق، على سبيل المثال، على ما يلي: (أ) تحويل الديون إلى أسهم في رأس المال؛ (ب) إشراك الموظفين والنقابات العمالية في إعادة التنظيم، ولا سيما إذا كان من المتوقع حدوث حالات تسريح أو تعديلات في اتفاقات المفاوضات الجماعية؛ (ج) الاستثمار الأجنبي وضوابط أسعار صرف العملات الأجنبية؛ (د) حماية المعلومات السرية أو المعلومات الحساسة من الناحية التجارية⁽⁶⁸⁾.

(ز) إبطال بعض المعاملات التي يمكن أن تكون ضارة لبعض الأطراف

[نظر إضافة هذه المنكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) للاطلاع على المسائل المرجأة لمواصلة النظر فيها.]

(ح) معاملة العقود، بما في ذلك شروط الإنهاء الآلي والتعجيل (شروط بحكم الفعل)

16- يحدد قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، ما يلي: (أ) توصيف العقود؛ (ب) كيفية معاملة العقود التي لم ينفذ كل من المدين والطرف المقابل له كامل التزاماتهما بموجبها (فيما يلي "العقود المتواصلة")، ولا سيما صلاحيات ممثل الإعسار في تقرير مواصلة تنفيذ تلك العقود أو رفضها أو إحالتها، ومتى يمكنه ممارسة تلك الصلاحيات، ومتى يصبح قرار الرفض نافذاً بأثر رجعي؛ (ج) ما إذا كان قانون الإعسار يجبُّ شروط الإنهاء الآلي والتعجيل (المعروفة أيضاً باسم "الشروط بحكم الفعل") أو يتركها لقانون العقود العام لكي يعالجها، وإذا كان الأمر كذلك، فما هي صلاحيات ممثل الإعسار بشأن إعادة تفعيل العقود التي أنهيت قبل بدء إجراءات الإعسار مباشرة لتجنب تطبيق تلك الأحكام الغالبة لقانون الإعسار؛ (د) الاستثناءات من صلاحيات ممثل الإعسار الواردة في الفقرتين السابقتين (ب) و(ج)؛ (هـ) معاملة العقود اللاحقة لبدء الإجراءات.

17- ويمكن للقوانين غير المتعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، أن تنطبق، مثلاً، على توصيف العقود وحساب الأضرار ومعاملة العقود الحكومية. وبموجب [هذه الأحكام التشريعية]، تدرج في نطاق الاستثناء من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار أنواع معينة من العقود (المبرمة مثلاً في إطار نظم للمدفوعات أو التسويات أو في إطار أسواق مالية إخاضعة للتنظيم الرقابي) وبعض جوانب عقود العمل (مثل رفضها أو مواصلتها).

(68) يجوز أن تنطبق أحكام قانون العقود العام، ومن ثم قواعد القانون الدولي الخاص خارج نطاق [هذه الأحكام التشريعية] على تنفيذ خطة إعادة التنظيم في الولايات القضائية التي تنص على إقفال إجراءات الإعسار بعد الموافقة على الخطة (أو إقرارها عند الاقتضاء).

أرجأ الفريق العامل، فيما يتعلق بهذا البند، المسائل المتعلقة بالقانون المنطبق على آثار إجراءات الإعسار على العقود المتصلة بالملكيات غير المنقولة من أجل مواصلة النظر فيها (A/CN.9/1094، الفقرة 77). انظر إضافة هذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).

(ط) معاملة المقاصة

[انظر إضافة هذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) للاطلاع على المسائل المرجأة لمواصلة النظر فيها بشأن هذا البند.]

(ي) [معاملة الدائنين المضمونين]

[انظر إضافة هذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) للاطلاع على المسائل المرجأة لمواصلة النظر فيها بشأن هذا البند.]

(ك) حقوق المدين والتزاماته

18- سبقت الإشارة أعلاه إلى أن قانون دولة محكمة الإعسار يتناول، بموجب [الأحكام التشريعية]، مسألة ما إذا كان العمل سيتم بنظام المدين الممتلك أو بنظام التحية الكلية أو المحدودة للمدين. وهو يتناول أيضا شروط تحويل نظام إلى نظام آخر وحقوق المدين والتزاماته في كل نظام وفي كل حالة محددة. ويرتبط هذا البند ببند أخرى مدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، ولا سيما البنود التي تتناول استخدام موجودات حوزة الإعسار والتصرف فيها، كما يرتبط في ذلك السياق بتعريف "السياق المعتاد للعمل" ومعاملة المعاملات غير المأذون بها.

19- ويجوز للقوانين غير المرتبطة بالإعسار أن تنطبق على هذا البند، وخصوصا إذا كان المدين شخصا طبيعيا (في هذه الحالة، يجوز أن تتناول صكوك حقوق الإنسان مدى القيود التي قد تفرض على حرية تنقل المدين، ومسألة الكشف عن مراسلاته الخاصة، وغير ذلك من جوانب حماية البيانات الشخصية). وقد يكون هناك أيضا تفاعل وثيق بين قانون الإعسار وقانون الإجراءات المدنية والجنائية، مثلا فيما يتعلق بأوامر الكشف والفحص والتفتيش والضبط. ويجوز في سياق الإعسار عبر الحدود أن تنطبق أيضا اتفاقية لاهاي بشأن تبليغ الوثائق والحصول على الأدلة.

أرجأ الفريق العامل بعض المسائل المتصلة بهذا البند لمواصلة النظر فيها، مشيرا إلى صلتها بالإجراءات المتزامنة (A/CN.9/1094، الفقرة 80). انظر إضافة هذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه

20- يحكم قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، آليات اختيار ممثل الإعسار وتعيينه وعزله واستبداله، بما في ذلك ممثل الإعسار المعين على أساس مؤقت؛ وطريقة لحساب أتعابه لقاء خدماته؛ ودور المحكمة والدائنين في الإشراف على عمله؛ ومسؤوليته. وفيما يتعلق بالنقطة الأخيرة، يجوز أن تنطبق قوانين غير متعلقة بالإعسار، خاصة إذا كان ممثل الإعسار خاضعا لمعايير ولوائح مهنية معينة (مثل المعايير واللوائح المتعلقة بالمحاسبين والمحامين وما إلى ذلك). وبصرف النظر عن واجبات ممثل الإعسار ومهامه والتزاماته العامة، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار السلطات الممنوحة له في حالات معينة، وقد تشمل سلطة تمثيل الإجراءات عبر الحدود (المادة 5 من قانون الإعسار عبر الحدود) أو التصرف في دولة أخرى بشأن حكم متعلق بالإعسار صادر في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار (المادة 5 من قانون الاعتراف والإنفاذ)، والتعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب والتواصل معهم مباشرة (المادة 26 من

قانون الإعسار عبر الحدود) وتقديم تعهدات فيما يتعلق بمعاملة الدائنين الأجانب (انظر المواد من 28 إلى 32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت).

21- ويمكن لممثلي الإعسار، وهم يؤدون مهامهم عبر الحدود، أن يجدوا عوناً في القوانين الداخلية للدول الأجنبية، بما في ذلك المعاهدات الدولية وغيرها من الاتفاقات التي قد تكون تلك الدول أطرافاً فيها. فعلى سبيل المثال، يمكن لممثل الإعسار، في الدول التي اشترعت قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار، أن يتمتع بإمكانية الوصول المعجل والمباشر إلى المحاكم الأجنبية دون الحاجة إلى استيفاء شروط رسمية من قبيل استصدار تراخيص أو استيفاء إجراءات قنصلية، ودون الحاجة إلى أن يخضع نفسه أو الإجراء الأجنبي للولاية القضائية للمحكمة الأجنبية لأي غرض غير تقديم الطلبات (انظر المادتين 9 و10 من قانون الإعسار عبر الحدود)⁽⁶⁹⁾. وسيكون بوسع ممثل الإعسار طلب المساعدة بمقتضى قوانين الدولة المشتربة⁽⁷⁰⁾ وبدء إجراءات الإعسار إذا استوفيت الشروط الداخلية لبدء تلك الإجراءات (المادة 11 من قانون الإعسار عبر الحدود)⁽⁷¹⁾. وعند تقديم طلب الاعتراف بالإجراء الأجنبي، يمكن للممثل الأجنبي أن يطلب الحصول على تدبير مؤقت من تدابير الانتصاف (المادة 19 من قانون الإعسار عبر الحدود). وعند الاعتراف بالإجراء الأجنبي، يجوز له أن يطلب تمديد تدبير الانتصاف ذلك أو منحه تدابير انتصاف إضافية، وسيكون بوسعه أيضاً تقديم التماسات أو طلبات أو مذكرات بشأن مسائل من قبيل حماية موجودات المدين أو تسهيلها أو توزيعها أو التعاون مع الإجراء الأجنبي (انظر المادة 12 من قانون الإعسار عبر الحدود). ويجوز له أيضاً أن يطلب تدبير انتصاف من أجل بدء دعاوى بمقتضى قانون الدولة المعترفة لاجتباب الأفعال القانونية الضارة بالدائنين أو إبطال مفعولها بطريقة أخرى (المادة 23 من قانون الإعسار عبر الحدود) وللتدخل في الدعاوى التي يرفعها المدين أو تُرفع ضد المدين (المادة 24 من قانون الإعسار عبر الحدود).

22- وتقتصر هذه الأحكام على إعطاء صفة للممثل الأجنبي للقيام بأشياء لكنها لا تحوله لصلاحيات أو حقوقاً محددة أو تحكم مصير الإجراءات التي سيقدر القيام بها⁽⁷²⁾. وستتوقف هذه المسائل على القانون الأجنبي والمحاكم الأجنبية (انظر على سبيل المثال المادتين 5 من قانون الإعسار عبر الحدود ومن قانون الاعتراف والإنفاذ). فعلى سبيل المثال، إذا تقدم ممثل الإعسار بطلب للحصول على تدبير انتصاف، فإن المحكمة في الدولة المعترفة هي التي ستقرر التدبير الذي يتعين منحه، وسيخضع ممثل الإعسار لما قد تحدده المحكمة من شروط بشأن تدبير الانتصاف الممنوح (انظر مثلاً المواد 19 و21 و22 من قانون الإعسار عبر الحدود). ويجوز لها أن تفرض قيوداً على الصلاحيات التي يتمتع بها ممثل الإعسار بشكل آخر بموجب قانون دولة محكمة الإعسار. وتتعلق القيود القائمة في العادة باستخدام ممتلكات المدين غير المنقولة الموجودة في الخارج والتصرف فيها، ونقل الممتلكات من الولاية القضائية الأجنبية، واستخدام التدابير القسرية (مثلاً للحصول على الأدلة، والوصول إلى الدفاتر التجارية أو سجلات المدين). بيد أن بعض الولايات القضائية قد تعتبر قانون دولة محكمة الإعسار مصدر صلاحيات الممثل الأجنبي، بينما تعتبر قانون الدولة المعترفة مصدر السلطة اللازمة لتنفيذ تلك الصلاحيات أو إنفاذها محلياً، حتى وإن كانت بعض تلك الصلاحيات غير مألوفة لقانون الدولة المعترفة أو كانت أحكامه تلتزم الصمت حيالها، ما دامت تلك الصلاحيات غير محظورة بموجب القانون الداخلي ومرهونة بتوفير قسط كافٍ من الحماية للدائنين

(69) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 108-111.

(70) انظر المادة 7 من قانون الإعسار عبر الحدود والمادة 6 من قانون الاعتراف والإنفاذ؛ ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 105، ودليل الاشتراع، الفقرة 70.

(71) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 112-114.

(72) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 21 (د) و115-117 و197 و200-208؛ ودليل الاشتراع، الفقرة 69.

وسائر الأشخاص المعنيين. وتمنح تلك الولايات القضائية أنواعاً مختلفة من تدابير الانتصاف للممثل الأجنبي دون أن تقصرها على التدابير المتاحة لممثلي الإعسار المحلي بمقتضى قوانينها.

أرجأ الفريق العامل بعض المسائل المتصلة بهذا البند لمواصلة النظر فيها، مشيراً إلى صلتها بالإجراءات المتزامنة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1، الفقرة 80). انظر إضافة هذه المذكرة [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1].

(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين

23- يرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً بالبندين السابقين اللذين يتناولان حقوق المدين والتزاماته وواجبات ممثل الإعسار ومهامه. وإلى جانب هاتين المسألتين، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار آليات ومستويات مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار، ولا سيما تحديد ما إذا كانت ستعقد اجتماعات للدائنين أو ستتشأ لجنة لهم، وإذا كان الأمر كذلك، فمتى ستعقد تلك الاجتماعات أو ستتشأ تلك اللجنة وما هو دورها في الإشراف على إجراءات الإعسار؛ والأهلية للمشاركة في تلك الهيئات؛ والمسائل التي تتطلب موافقة الدائنين؛ وتحديد عتبة الموافقة؛ وآليات التماس الموافقة والتأكد من الحصول عليها.

24- ويرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً أيضاً بالبند التالي (معاملة المطالبات)، لأن قانون دولة محكمة الإعسار قد يمكن الدائنين من الاضطلاع بمهام معينة في إجراءات الإعسار (مثل المشاركة في اجتماعات الدائنين) بعد تقديم المطالبات، بينما يجعل ممارسة مهامهم الأخرى (مثل الموافقة على خطة لإعادة التنظيم) مشروطة بالتحقق من المطالبات وقبولها.

(ن) معاملة المطالبات

25- يتناول قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، ما يلي: (أ) تحديد الدائنين الذين يتعين عليهم تقديم مطالباتهم، وأنواع المطالبات التي ينبغي تقديمها، والمطالبات المستثناة، والمطالبات الخاضعة لمعاملة خاصة (مثل المطالبات المقدمة من الأشخاص ذوي الصلة)؛ (ب) إجراءات تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها، بما في ذلك الموعد النهائي لتقديمها، والجهة التي ينبغي أن تقدم إليها والإجراءات الشكلية لتقديم المطالبات الأجنبية؛ (ج) عواقب عدم تقديم مطالبة⁽⁷³⁾؛ (د) قواعد تقييم المطالبات؛ (هـ) معاملة المطالبات المتنازع عليها (تحديد الأشخاص الذين يمكنهم أن يتنازعو حول المطالبات والجهات المنوطة بالفصل في تلك المنازعات)؛ (و) أثر تقديم المطالبات وقبولها؛ (ز) مراجعة القرارات المتعلقة بالمطالبات (مثل رفضها أو معاملتها معاملة خاصة)؛ (ح) معاملة المطالبات اللاحقة لبدء الإجراءات؛ (ط) معاملة المطالبات عند تحويل الإجراءات؛ (ي) تراكم الفوائد وسدادها؛ (ك) الشروط الرسمية بشأن التعهدات المتعلقة بمعاملة المطالبات الأجنبية، التي قد يؤخذ لممثل الإعسار بتقديمها إلى الدائنين الأجانب من أجل تجنب بدء إجراءات موازية، بما في ذلك الشكل واللغة اللذان يمكن بهما تقديم التعهدات وإجراءات التماس الموافقة على تلك التعهدات ومراجعتها وإنفاذها⁽⁷⁴⁾. [وبصرف النظر عن استثناء بعض جوانب عقود العمل [وعلاقات العمل] من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار في هذه الأحكام التشريعية]، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار حالة المطالبات العمالية وكيفية معاملتها.

26- ويثير هذا البند مسائل ذات صلة بالبند المتعلق بمعاملة الدائنين المضمونين والمقاصة وكذلك بتنفيذ خطة إعادة التنظيم لأن الخطة تتناول عادة معاملة مطالبات الدائنين وقد تنص أيضاً على القانون المنطبق. وبناء على

(73) انظر المادتين 13 و14 من قانون الإعسار عبر الحدود في هذا الصدد وشرحهما في الفقرات 118-126 من دليل الاشتراع والتفسير.

(74) انظر، على سبيل المثال، المواد من 28 إلى 32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت والمادة 36 من الصيغة المنقحة للاتحة الإعسار الأوروبية.

ذلك، قد تكون هناك قوانين مختلفة غير متعلقة بالإعسار واجبة التطبيق، مثل تطبيق قانون المعاملات المضمونة على معاملة مطالبات الدائنين المضمونين. وبالإضافة إلى ذلك، قد يتفاعل القانون الجنائي مع قانون الإعسار فيما يتعلق بمعاملة المطالبات الزائفة. ويمكن أن تنطبق الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية لاهاي بشأن إلغاء الإلزامية المصادقة على الوثائق العمومية الأجنبية (اتفاقية "أبوستيل")، على تقديم المطالبات الأجنبية والتحقق منها وقبولها. وقد تنطبق قواعد خاصة على معاملة المطالبات العمومية (الأجنبية).

(س) ترتيب المطالبات

27- يتناول قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، مسألة ترتيب الأولوية في تلبية المطالبات من الحوزة، بما في ذلك مطالبات ممثل الإعسار، والمطالبات التي تنشأ بعد بدء إجراءات الإعسار، والتكاليف والنفقات الإدارية. وهو يحدد فئات الدائنين التي ستتأثر بإجراءات الإعسار وكيفية معاملة تلك الفئات من حيث الأولوية والتوزيع. وقد ينص على إنزال مرتبة أنواع معينة من المطالبات، مثل مطالبات الأشخاص ذوي الصلة (إنزال المرتبة بموجب القانون) وكذلك شروط إنزال المرتبة بقرار من المحكمة ("إنزال المرتبة المنصف") وحدود إنزال المرتبة بالاتفاق ("الإنزال التعاقدية للمرتبة"، مثلاً في إطار خطة لإعادة التنظيم أو بموجب اتفاقات بين الأطراف المعنية قبل بدء الإجراءات لإنزال مرتبة المطالبات). [وبصرف النظر عن استثناء بعض جوانب عقود العمل [وعلاقات العمل] من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار في [هذه الأحكام التشريعية]، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً مرتبة المطالبات العمالية.]

28- وقد تكون هناك قوانين مختلفة غير متعلقة بالإعسار تنطبق على أولوية المطالبات في إجراءات الإعسار عموماً وفي أي إجراء إعسار معين على وجه التحديد، بما في ذلك قانون العمل الذي قد يشمل اتفاقيات العمل الدولية بالنسبة للدول الأطراف في تلك الاتفاقيات؛ وقانون الضرائب⁽⁷⁵⁾؛ وقانون المعاملات المضمونة؛ وقانون المسؤولية التقصيرية. وقد تنطبق قواعد خاصة على تحديد مرتبة المطالبات العمومية (الأجنبية).

29- وقد تنشأ صعوبات في تحقيق الاعتراف بأثر قانون دولة محكمة الإعسار على ترتيب أولوية المطالبات عبر الحدود، ولا سيما فيما يتعلق بالمطالبات العمومية (انظر المادة 13-2 من قانون الإعسار عبر الحدود وشرحها).

30- ويمكن لقانون دولة محكمة الإعسار أن يسمح لممثلي الإعسار بأن يقدموا تعهدات بشأن معاملة المطالبات الأجنبية على غرار التعهدات المتوخاة في المواد من 28 إلى 32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت وأن يسمح للمحاكم الداخلية بالموافقة عليها، وذلك تقادياً لبدء إجراءات موازية. وحينما قدمت تعهدات من هذا القبيل وتمت الموافقة عليها، تعامل وفقاً للمعاملة التي ستحظى بها في إجراء مواز غير مستهل.

أرجأ الفريق العامل بعض المسائل المتصلة بهذا البند لمواصلة النظر فيها، مشيراً إلى صلتها بالإجراءات المتزامنة (A/CN.9/1094، الفقرة 82). انظر إضافة هذه المذكرة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).

(ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار

31- يحدد قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، المعايير المتعلقة بالسماح بالنفقات الإدارية، وتقييم النفقات، ودور المحكمة في الموافقة على النفقات وتوزيع التكاليف والنفقات المتصلة بإجراءات الإعسار، وخصوصاً تحديد النفقات التي ستُغطى من حوزة الإعسار، والنفقات قد يلزم أن يغطيها الدائنون أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة، والنفقات التي قد يكون ممثل الإعسار مسؤولاً عنها شخصياً. ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً كيفية معاملة المدينين الذين لا تكفي موجوداتهم ومصادر إيراداتهم

(75) على سبيل المثال اتفاقية منظمة العمل الدولية لحماية مستحقات العمال عند إعسار صاحب عملهم لعام 1992 (رقم 173).

لتغطية تكاليف إدارة إجراءات الإعسار، ولا سيما تحديد ما إذا كان الطلب سيرفض في تلك الحالة أم ستستخدم آليات بديلة لتغطية تكاليف إدارة إجراءات الإعسار، وإذا كان الأمر كذلك، تحديد الآليات التي ستستخدم. كما يحدد القواعد المتعلقة بالتمويل من أطراف ثالثة.

(ف) توزيع العائدات

32- يضع قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، قواعد من أجل توزيع العائدات قد تختلف بالنسبة للتصفية وإعادة التنظيم، وقواعد من أجل الخطوات التي يتعين اتخاذها إذا تبين تعذر القيام بأي توزيع⁽⁷⁶⁾.

(ص) إقفال الإجراءات

33- تقضي [الأحكام التشريعية] بأن يكون قانون دولة محكمة الإعسار هو القانون الذي يتناول طريقة اختتام الإجراءات وإقفالها، والشروط المسبقة للإقفال، والإجراءات الواجب اتباعها، وما إذا كان تحويل الإجراءات يمثل إقفالاً رسمياً للإجراءات الجاري تحويلها. ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار الطرف الذي يمكنه أن يطلب إقفال الإجراءات؛ وما إذا كان ينبغي الإعلان عن الطلب وقرار الإقفال؛ وما إذا كان يمكن الاستماع إلى رأي الدائنين بشأن الطلب.

(ق) إبراء الذمة

34- يحدد قانون دولة محكمة الإعسار، بموجب [الأحكام التشريعية]، ما يلي: (أ) الشروط العامة لإبراء الذمة، بما في ذلك الديون التي لا يمكن إبراء الذمة منها؛ (ب) إجراءات وشروط مسبقة لإبراء الذمة، قد تختلف في التصفية وفي إعادة التنظيم، بما في ذلك تاريخ بدء نفاذ إبراء الذمة؛ (ج) معايير رفض إبراء الذمة أو إبطال إبراء الذمة الممنوح.

35- وقد تنشأ صعوبات بشأن الاعتراف عبر الحدود بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على قرار إبراء الذمة المحكوم بقانون آخر وإنفاذ تلك الآثار عبر الحدود.

[ر) مسؤولية مديري الكيان المدين عن الإجراءات المتخذة أثناء إعسار الكيان المدين أو خلال فترة اقترابه من الإعسار، وأسباب الدعوى التي يمكن أن ترفعها حوزة إعسار المدين أو أن تُرفع بالنيابة عنها بشأن تلك المسؤولية]

[نظر إضافة هذه المتكزة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) للاطلاع على المسائل المرجأة لمواصلة النظر فيها بشأن هذا البند.]

[ش) الإجراءات ذات الصلة (المستمدة من قانون الإعسار والمتصلة بإجراءات الإعسار)]

[نظر إضافة هذه المتكزة (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) للاطلاع على المسائل المثارة بشأن هذا البند المقترح مؤخرًا، الذي لم ينظر فيه الفريق العامل بعد.]

(76) تنطبق أحكام قانون العقود العام، وبالتالي قواعد القانون الدولي الخاص الواقعة خارج نطاق [هذه الأحكام التشريعية]، على توزيع العائدات في إجراءات إعادة التنظيم إذا أقيمت الإجراءات بعد الموافقة على الخطة (أو إقرارها عند الاقتضاء) وجرى توزيع العائدات وفقاً لقواعد التوزيع الواردة في الخطة.

واو- الاستثناء من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار: عقود العمل [وعلاقات العمل]

18- ساد الدورة السنتين للفريق العامل رأي مفاده أن الأحكام التشريعية المتعلقة بالقانون المنطبق على عقود العمل في إجراءات الإعسار ينبغي أن تنص دون قيد أو شرط على أن الأسباب، التي يمكن على أساسها رفض عقد العمل أو مواصلته أو تعديله بعد بدء إجراءات الإعسار ينبغي أن يحكمها القانون المنطبق على ذلك العقد والذي يشمل قانون الإعسار⁽⁷⁷⁾. وأبدي عدد من النقاط بشأن ذلك النهج، منها أن معاملة المطالبات العمالية وترتيب أولويتها لن يخضعا لذلك الاستثناء لأنهما سيخضعان بلا ريب لقانون دولة محكمة الإعسار⁽⁷⁸⁾.

19- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في مشروع الحكم التشريعي وشرحه أدناه، اللذين يعكسان نتائج تلك المداولات والمشاورات الفنية التي أجرتها الأمانة مع ممثل لمنظمة العمل الدولية بشأن مشاريع الأحكام تلك. وخلال تلك المشاورات، اقترح الإبقاء على الإشارة إلى عقود العمل (labour) بدلا من عقود التوظيف (employment) في ضوء الإطار الدولي لمعاهدات العمل. واقترح أيضا النظر في توسيع نطاق تلك الإشارة إلى علاقات العمل في ضوء التطورات الجارية في سوق العمل التي تشير إلى استخدام آليات مختلفة تتجاوز عقود العمل التقليدية لتشغيل العمال⁽⁷⁹⁾.

20- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي الاحتفاظ بالإشارات إلى "رفض عقود العمل ومواصلتها وتعديلها" في مشروع الحكم التشريعي أو الاستعاضة عنها بتعبير آخر في ضوء المسائل المثارة في مشروع الشرح⁽⁸⁰⁾. ويجدر بالذكر على وجه الخصوص أن الإشارة إلى "التعديل" قد تكون واسعة جدا لأن التعديل يمكن أن يتعلق بأي بند من بنود عقد العمل، وليس فقط برفض العقد أو مواصلته، بما في ذلك البنود التي قد تتدرج، وفقا لهذه الأحكام التشريعية، ضمن نطاق قانون دولة محكمة الإعسار. ولعل الفريق العامل يود أيضا أن ينظر في النتائج المترتبة على تحية القانون الأجنبي بمقتضى الاستثناء المتعلق بالنظام العام (انظر القسم دال أعلاه).

1- مشروع حكم تشريعي

الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار

القانون المنطبق على عقود العمل [وعلاقات العمل]

1- يحكم القانون المنطبق على عقود العمل [أو علاقات العمل] الآثار المترتبة على إجراءات الإعسار في [رفض] تلك العقود [والعلاقات] [ومواصلتها وتعديلها].

2- [بصرف النظر عن الفقرة 1 من هذا [الحكم التشريعي]، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار معاملة المطالبات العمالية وترتيب أولويتها ودعاوى الإبطال، التي قد تنشأ بشأن عقود العمل [أو علاقات العمل].]

2- مشروع الشرح

1- وفقا للفقرة 1 من هذا [الحكم التشريعي]، يحكم القانون المنطبق على عقود العمل [وعلاقات العمل] آثار إجراءات الإعسار على [رفض تلك العقود] [وتلك العلاقات] [ومواصلتها وتعديلها]. والقصد من الإشارة إلى ذلك القانون هو شمول قانون العمل وقانون الإعسار وأي قانون آخر قد يكون ذا صلة [يرفض] عقود العمل [أو علاقات العمل] [ومواصلتها وتعديلها].

(77) A/CN.9/1094، الفقرة 91.

(78) A/CN.9/1094، الفقرات 88-93.

(79) انظر، على سبيل المثال، توصية منظمة العمل الدولية بشأن علاقات العمل، 2006 (رقم 198).

(80) انظر في هذا الصدد المادة 13 من الصيغة المنقحة لائحة الإعسار الأوروبية.

2- ويقتصر نطاق تلك الفقرة على رفض عقود العمل [وعلاقات العمل] ومواصلتها وتعديلها بعد بدء إجراءات الإعسار. [وتفاديا للشك، توضح الفقرة 2 من هذا [الحكم التشريعي] أن الاستثناء الوارد في الفقرة 1 لا يشمل معاملة المطالبات العمالية ولا ترتيب أولويتها (انظر البنود ذات الصلة أعلاه). ويظل قانون دولة محكمة الإعسار (إذا كان مختلفا عن القانون المنطبق على عقد العمل [أو علاقة العمل]، فيشار إليه فيما يلي باسم قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي) منطبقا على تلك المطالبات وترتيب أولويتها. وينطبق الشيء نفسه على توصيف العقد [أو علاقة العمل] بأنه عقد عمل [أو بأنها علاقة عمل] وإبطال عقود العمل أو أي أجزاء منها (مثل حزم الأجر غير المعقولة الناشئة عن تعديل عقود العمل [أو علاقات العمل] بين المدين وكبار الموظفين التنفيذيين أو غيرهم من المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار) (انظر البند ذا الصلة أعلاه).

3- والأساس المنطقي للاستثناء من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار الوارد في [الحكم التشريعي] هو أن الصلات والعلاقات العمالية تثير العديد من الاعتبارات على مستوى السياسات الاجتماعية والاقتصادية. ولهذا السبب، عادة ما تضع الدول نظاما خاصا لمعالجة المسائل الناشئة عن عقود العمل [وعلاقات العمل] في حالة الإعسار. ففي بعض قوانين الإعسار، يكون للحفاظ على استمرارية العاملين في وظائفهم، على سبيل المثال، أولوية على الأهداف الأخرى لإجراءات الإعسار، مثل تعظيم قيمة الحوزة لصالح جميع الدائنين. ومما قد يدل على ذلك التركيز على بيع المنشأة كمنشأة عاملة مع نقل التزامات العمالة القائمة، بدلا من عمليات التصفية أو إعادة التنظيم التي يمكن فيها تغيير تلك الالتزامات أو إنهاؤها. والأحكام الإلزامية للقانون، بما في ذلك الأحكام الواردة في المعاهدات الدولية، يمكن أن تحمي العمال من الفصل التعسفي والتمييز⁽⁸¹⁾؛ وتوفر شبكة أمان مالي لهم؛ وتقرض قيودا تحد من عمليات رفض عقود العمل أو تعديلها وشروطا لتنفيذ عمليات تسريح العمال (بما في ذلك توجيه إشعار مسبق إلى سلطات الدولة ذات الصلة)⁽⁸²⁾؛ وتضمن حقوق العمال في أن يكونوا على علم كاف بجميع المسائل الناشئة عن إجراءات الإعسار التي تؤثر على وضعهم الوظيفي واستحقاقاتهم. وقد تنطبق نظم مختلفة في حالات التصفية وإعادة التنظيم. ففي بعض الدول، على سبيل المثال، يتبع الموظفون المنشأة عند بيعها كمنشأة عاملة في حالات التصفية وإعادة التنظيم على السواء، وفي دول أخرى لا يتبعونها إلا في حالة إعادة التنظيم.

4- ويهدف [الحكم التشريعي] إلى الحد من خطر وجود أوجه من عدم اليقين أو التضارب فيما يتعلق بـ[رفض] عقود العمل [وعلاقات العمل] [ومواصلتها وتعديلها] في إجراءات الإعسار، وهي مشكلة تتزايد إذا انطبقت على تلك المسائل آثار الإعسار المنصوص عليها في قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي. وتوفير المزيد من اليقين والاتساق بشأن توقعات العمال مطلب له ما يبرره لأن العمال عادة ما يكونون في وضع تفاوضي أضعف نسبيا من وضع أرباب عملهم، خاصة عندما لا توجد اتفاقات تفاوضية جماعية. وبالإضافة إلى ذلك، قد لا يكون العمال على دراية بإجراءات الإعسار وتدابير الحماية الممنوحة لهم عندما يواجه رب العمل صعوبات مالية، ويظلون غير مطلعين على الخطط المتصلة بوضعهم الوظيفي ولا مدركين لها. ويمكن استخدام إجراءات الإعسار لتقويض تدابير الحماية التي يتمتعون بها، على سبيل المثال، عندما يراد بيع المنشأة كمنشأة عاملة ويفضي إلغاء عقود العمل الباهظة إلى زيادة سعر البيع، أو عندما يستخدم المدين طلبا للإعسار كوسيلة للحصول على إعفاء من الالتزامات الباهظة الناشئة عن عقود العمل [أو علاقات العمل].

5- ومع ذلك، فإن النهج المتبع في [الأحكام التشريعية] قد يزيل المرونة التي قد تكون مرغوبة وضرورية للحفاظ على تشغيل المنشأة والعمالة وضمان الرواتب. وقد يكون الاحتفاظ بهذه المرونة مستصوبا بوجه خاص في إعادة التنظيم. وقد يعرقل هذا النهج أيضا من الكفاءة في تسيير وإدارة إجراءات الإعسار عندما يكون لدى المدين

(81) انظر، على سبيل المثال، اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن إنهاء الاستخدام لعام 1982 (رقم 158).

(82) انظر التوصية 71 من الدليل وشرحها.

عمال تتطبق عليهم ترتيبات مختلفة بشأن [رفض] عقود العمل [أو علاقات العمل] [ومواصلتها وتعديلها]. وستنشأ الحاجة إلى تقييم جميع تلك الترتيبات المختلفة، على سبيل المثال، إذا كان لدى المدين عمال في ولايات قضائية مختلفة يكون فيها قانون العمل المحلي واجب التطبيق [إلزاميا على حالات] [رفض] عقود العمل [أو علاقات العمل] [ومواصلتها وتعديلها]. وقد تنشأ هذه الحاجة أيضا حينما توجد حرية في اختيار القانون المنطبق على عقود العمل. وعادة ما تكون هذه الحرية مصحوبة بضمانات لحماية العمال من العواقب السلبية المترتبة على موافقتهم، التي قد تكون بالإكراه أو عن غير دراية، على شروط لاختيار القانون في عقود عملهم. وقد تختلف هذه الضمانات من ولاية قضائية إلى أخرى (على سبيل المثال، فيما يتعلق ببنود عدم المنافسة) ولكنها تنص عادة على أن شرط اختيار القانون لا يجوز أن يفضي إلى حرمان العمال من الحماية التي توفرها لهم الأحكام التي لا يجوز الانتقاص منها بالاتفاق والتي ينص عليها القانون الذي كان من الواجب، في غياب بند الاختيار، أن ينطبق (ويشمل هذا لدى العديد من الدول أحكاما من معاهدات العمل الدولية الملزمة لها إلى جانب ضمانات دستورية) أو الذي كان سيتصل بشكل أكبر بعقد العمل [أو علاقة العمل].

6- بيد أنه بدون ذلك الاستثناء، يمكن لآثار إجراءات الإعسار على [رفض] عقود العمل [وعلاقات العمل] [ومواصلتها وتعديلها] أن تخضع في نهاية المطاف إلى قانون إجراءات الإعسار الذي قد لا يؤدي إلا دورا تنسيقيا لا علاقة له بأي عقد عمل معني [أو علاقة عمل معنية] أو لا يتصل به [أو بها] إلا بشكل بعيد جدا. وسيتطلب ذلك التوفيق بين الحماية الممنوحة للعمال بموجب قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي، والقانون المختار، حينما ينطبق، والقانون الذي كان من شأنه أن ينطبق إلزاميا في جميع الحالات. وقد يكون توخي الجمع بين القوانين المنطبقة أو ترتيبها ترتيبا هرميا حلا آخر يحافظ على المرونة، ولكنه مع ذلك قد يعوق أيضا سير إجراءات الإعسار وإدارتها بكفاءة، لأنه سيكون من المتوقع من المحاكم أن تقارن بين آثار تطبيق نظم عمل مختلفة.

7- ومن شأن الاستثناء المتعلق بالنظام العام أن يسمح للمحكمة بأن تنحي تطبيق أي قانون أجنبي يتعارض بشكل واضح مع النظام العام لدولتها (كأن يضيفي مثلا شرعية فعلية على الرق الحديث، وما إلى ذلك). [وقد يلزم شرح الآثار المترتبة على هذه التنحية (انظر القسم دال أعلاه)].