

Distr.: Limited
7 October 2022
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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

إضافة

المحتويات

الصفحة

2	 ثالثاً - المسائل المرجأة من أجل مواصلة النظر فيها
2	 ألف - قائمة المسائل المرجأة
3	 باء - المسائل المرجأة بشأن البنود المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار
	 جيم - الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار: نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة
17	 للتنظيم الرقابي
19	 رابعاً - المسائل التي لم ينظر فيها الفريق العامل بعد
19	 ألف - أولوية الالتزامات الدولية والقواعد الإلزامية الغالبة
19	 باء - التفسير
20	 جيم - مسائل أخرى



الرجاء إعادة استعمال الورق



ثالثاً - المسائل المرجأة من أجل مواصلة النظر فيها

ألف - قائمة المسائل المرجأة

1- أرجأ الفريق العامل المسائل التالية المتعلقة بالنود المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار من أجل مواصلة النظر فيها:

(أ) فيما يتعلق بالبند (ج) الخاص بتشكيل حوزة الإعسار ونطاقها، تحديد ما إذا كانت آثار إجراءات الإعسار على معاملة الموجودات الرقمية وحقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية سيحكمها قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون آخر⁽¹⁾؛

(ب) فيما يتعلق بالبند (د) الخاص بحماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، وبالرجوع إلى المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود (وشرحها (التعليق عليها)) والمادة 18 من الصيغة المنقحة للاتحة الإعسار الأوروبية، تحديد ما إذا كانت آثار إجراءات الإعسار على قابلية إنفاذ اتفاق التحكيم المبرم أو قرار التحكيم المتحصل عليه أو إجراء التحكيم المستهل قبل بدئها سوف يحكمها قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون آخر⁽²⁾؛

(ج) فيما يتعلق بالبند (ز) الخاص بالإبطال، وبالرجوع إلى المادة 16 من الصيغة المنقحة للاتحة الإعسار الأوروبية، تحديد ما إذا كان ينبغي للأحكام التشريعية أن تستبعد تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار لإبطال أي فعل من شأنه الإضرار بجميع الدائنين إذا كان ذلك الفعل خاضعاً لقانون غير قانون دولة محكمة الإعسار وكان ذلك القانون الآخر لا يجيز أي وسيلة للطعن في ذلك الفعل في إطار الحالة المعنية⁽³⁾؛

(د) فيما يتعلق بالبند (ح) الخاص بمعاملة العقود، وبالرجوع إلى المادة 11-1 من الصيغة المنقحة للاتحة الإعسار الأوروبية، تحديد ما إذا كانت آثار إجراءات الإعسار على العقود التي تمنح الحق في احتياز ممتلكات غير منقولة أو الانتفاع بها سيحكمها قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون مكان وجود الممتلكات غير المنقولة (قانون موقع المال)⁽⁴⁾؛

(هـ) فيما يتعلق بالبند (ط) الخاص بمعاملة المقاصة، توضيح جوانب المقاصة التي تندرج في إطار قانون دولة محكمة الإعسار والجوانب التي تندرج في إطار القوانين الأخرى المنطبقة⁽⁵⁾؛

(و) فيما يتعلق بالبند (ي) الخاص بمعاملة الدائنين المضمونين، تحديد ما إذا كانت تلك المعاملة سيحكمها قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون آخر⁽⁶⁾؛

(ز) فيما يتعلق بالبندين (ك) و(ل) الخاصين بحقوق المدين والتزاماته وبواجبات ممثل الإعسار ومهامه، على التوالي، تحديد ما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار أو قانون الدول المعترفة هو الذي سيعتد به في حال وجود تنازع حول معالجة صلاحيات المدين في تمثيل حوزة الإعسار في الدولة المعترفة. واتفق الفريق العامل على النظر في هذه المسألة في سياق قواعد القانون المنطبق على إجراءات الإعسار المتزامنة⁽⁷⁾؛

(1) A/CN.9/1094، الفقرة 72.

(2) المرجع نفسه، الفقرة 73.

(3) المرجع نفسه، الفقرات 74-76.

(4) المرجع نفسه، الفقرة 77.

(5) المرجع نفسه، الفقرة 78.

(6) المرجع نفسه، الفقرة 79.

(7) المرجع نفسه، الفقرة 80.

(ح) فيما يتعلق بالبند (س) الخاص بترتيب المطالبات وبالرجوع إلى الفقرة 84 من شرح التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل، تحديد ما إذا كان ينبغي تناول قواعد تحقيق التكافؤ بين المطالبات المحلية والأجنبية لأغراض معاملتها في إجراءات الإعسار، وإذا كان الأمر كذلك، تحديد كيفية تناولها. ورأى الفريق العامل أن مصطلحي "المطالبات العادية" و"التكافؤ" في ذلك الشرح غير واضحين ويحتاجان إلى مزيد من التوضيح، واتفق على النظر في هاتين المسألتين في سياق قواعد القانون المنطبق على إجراءات الإعسار المترامنة⁽⁸⁾؛

(ط) فيما يتعلق بالبند الإضافي المقترح (ر) بشأن التزامات المديرين ومسؤولياتهم التي يتناولها الجزء الرابع من الدليل، تحديد ما إذا كان ينبغي إدراج هذا البند، وإذا كان الأمر كذلك، تحديد نطاقه وصيغته⁽⁹⁾؛

(ي) تحديد ما إذا كانت قائمة قانون دولة محكمة الإعسار ينبغي أن توسّع بإشارات إلى الإجراءات ذات الصلة (المستمدة من قانون الإعسار والمتصلة بإجراءات الإعسار).⁽¹⁰⁾

2- وإضافةً إلى ذلك، أرجأ الفريق العامل مسألة نطاق الاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار الوارد في التوصية 32 من الدليل⁽¹¹⁾ من أجل مناقشتها لاحقاً.

3- وتورد الأمانة المعلومات الأساسية والنقاط التالية من أجل النظر فيها في إطار بحث تلك المسائل.

باء - المسائل المرجأة بشأن البنود المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار

1- معاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية والموجودات الرقمية في إجراءات الإعسار

(أ) معلومات أساسية

4- لاحظ الفريق العامل في دورته التاسعة والخمسين أن الدليل، وإن لم يتضمن أي إشارة إلى "الموجودات الرقمية" أو "التراخيص"، يشير صراحة إلى حقوق الملكية الفكرية وتراخيص الممتلكات الفكرية عندما يصف "الموجودات غير الملموسة" التي تشكل حوزة الإعسار⁽¹²⁾. وقد دُعي الفريق العامل إلى النظر فيما إذا كانت الموجودات الرقمية وحقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية ستندرج ضمن نفس الفئة وينبغي أن تلقى نفس المعاملة. واعتبر الفريق العامل، في تلك الدورة، أن من المفيد التشجيع على تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار على معاملة الموجودات الرقمية وحقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار كجزء من حوزة إعسار المدين⁽¹³⁾. وأشار في هذا السياق إلى خصائص تلك الموجودات (لا سيما الصعوبات المتعلقة بتحديد أماكنها وإرساء الولاية القضائية عليها).

5- واتفق الفريق العامل، في دورته الستين، على ضرورة إجراء مزيد من المناقشات قبل أن يتمكن من التوصل إلى استنتاج قاطع بشأن القانون الواجب التطبيق على الموجودات الرقمية وحقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية. وأشار إلى مسألتين تحديد أماكن الموجودات الرقمية وتوصيف

(8) المرجع نفسه، الفقرة 82.

(9) المرجع نفسه، الفقرة 83.

(10) المرجع نفسه، الفقرة 71.

(11) المرجع نفسه، الفقرة 87.

(12) انظر التوصيات من 35 إلى 38 من الدليل وشرحها.

(13) A/CN.9/1088، الفقرة 91.

التراخيص⁽¹⁴⁾. ورئي أن من الضروري تجميع معلومات إضافية عن معاملة تلك الموجودات في إجراءات الإعسار، بالتشاور مع المعنيين بالأمر من الخبراء والمنظمات، مثل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) والمنظمة العالمية للملكية الفكرية⁽¹⁵⁾.

6- وعملا بذلك الطلب، أجرت الأمانة مشاورات مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن كيفية معاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار، وعلمت أن المنظمة العالمية للملكية الفكرية لم تقم بعمل بشأن هذه المسألة حتى الآن. وأظهرت المشاورات التي أجريت مع اليونيدروا مدى التقدم المحرز في بحث موضوع الموجودات الرقمية، بما في ذلك كيفية معاملتها في إجراءات الإعسار ومسائل القانون الدولي الخاص المتصلة بالموجودات الرقمية.

(ب) معاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار

7- رأى الفريق العامل أيضا أنه بحاجة إلى معلومات إضافية عن كيفية معاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار قبل أن يتمكن من البت في القانون الذي سيحكم آثار إجراءات الإعسار على تلك الحقوق والتراخيص⁽¹⁶⁾. واتخذ الدليل أساسا للتحليل الوارد أدناه لأحكام قانون الإعسار الموضوعية بشأن معاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار، مع ملاحظة أن الدليل ليس معاهدة أو قانونا نموذجيا وأن معاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار تختلف اختلافا كبيرا بين الولايات القضائية وقد تطورت تطورا كبيرا منذ اعتماد الدليل. وقد تتوقف معاملة الملكية الفكرية في إجراءات الإعسار على عوامل كثيرة، ولا سيما ماهية الممتلكات الفكرية المعنية (أي ما إذا كانت قابلة للحماية). فعلى سبيل المثال، تحمي بعض الولايات القضائية العلامات التجارية والأسرار التجارية بينما لا تحميها ولايات قضائية أخرى. وقد تطبق أيضا نظم مختلفة على الممتلكات الفكرية الداخلية والأجنبية تقصر الحماية على الداخلي منها فحسب. وقد تتوقف معاملة الممتلكات الفكرية في ولاية قضائية واحدة وإجراءات إعسار واحدة على سبيل المثال على شروط تراخيص استخدام الممتلكات الفكرية وعلى ما إذا كان مانح الترخيص (المرخص) أو الحاصل عليه (المرخص له) هو المدين.

8- ويوصى، بمقتضى الدليل، بجعل حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الممتلكات الفكرية جزءا من حوزة الإعسار: فعندما يكون المدين صاحب حقوق ملكية فكرية أو مرخصا باستخدام ممتلكات فكرية، تكون تلك الحقوق والممتلكات ملكا لحوزة المدين. وحيثما يكون المدين هو المرخص له، تكون حقوقه ومصالحه في الممتلكات الفكرية جزءا من حوزة إعساره. وبناء على ذلك، فإن وقف الإجراءات، بموجب إطار قانون الإعسار الموضوعي الذي يوصي به الدليل، سيمنع الطرف المقابل في ترخيص باستخدام ممتلكات فكرية من اتخاذ أي إجراء بشأن ذلك الترخيص أثناء إجراءات الإعسار، بما في ذلك تعديله أو إنهاؤه من جانب واحد.

9- وقد أشارت الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.87، التي عرضت على الفريق العامل في دورته السادسة والثلاثين، في عام 2009، إلى أن سجلات الفريق توضح أن المسائل الخاصة بالملكية الفكرية لم تثر إلا في

(14) انظر على سبيل المثال قضية Comité d'entreprise de Nortel Networks SA وآخرين ضد Cosme Rogeau و Cosme Rogeau

ضد Alan Robert Bloom وآخرين، محكمة العدل الأوروبية، C-649/13، الفقرتين 10 و 15، والفقرات 47-55

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164958&pageIndex=0&doclang=EN&mode=>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164958&pageIndex=0&doclang=EN&mode=>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164958&pageIndex=0&doclang=EN&mode=>

2987 ONSC 2015 (https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/07/nortel_AllocationDec_12May15.pdf).

(15) A/CN.9/1094، الفقرة 72.

(16) المرجع نفسه.

مناسبتين عند إعداد الدليل، وكانت كل منهما في سياق معاملة العقود عقب بدء إجراءات الإعسار، ولم تقض أي منهما إلى مناقشة كبيرة لتلك المسائل. ويتناول الدليل المسائل الخاصة بالملكية الفكرية على النحو التالي:

(أ) كعامل يدعم مراعاة شروط الإنهاء الآلي أو التعجيل على أساس أن مبدعي الممتلكات الفكرية بحاجة إلى القدرة على التحكم في استخدام تلك الممتلكات أو بسبب تأثير إنهاء العقد على أعمال الطرف المقابل، ولا سيما في حالة العقود المتصلة بالممتلكات غير الملموسة (الفقرة 115 من الجزء الثاني، الفصل الثاني)؛

(ب) كعامل يدعم تجاوز شروط الإنهاء الآلي أو التعجيل من هذا القبيل، حيثما تعلق الأمر، في عملية إعادة التنظيم على سبيل المثال، بعقد ينطوي على استخدام ممتلكات فكرية مدمجة في منتج رئيسي، وكان من شأن استمرار تنفيذ العقد تعزيز إمكانات الكسب لدى المنشأة واكتساب قيمة والمساعدة على تضمين جميع الدائنين في عملية إعادة تنظيم (الفقرة 116 من الجزء الثاني، الفصل الثاني)؛

(ج) في سياق نوعين من الاستثناءات العامة من الصلاحيات المنصوص عليها في قوانين الإعسار بشأن مواصلة تنفيذ العقود أو رفضها أو إحالتها. ويتعلق النوع الأول بالاستثناءات المقررة بشأن أنواع محددة من العقود، وقد أوردت عدة أمثلة عليها، وهي: العقود المالية القصيرة الأجل وعقود التأمين وعقود الإقراض. ويمضي الشرح إلى الإشارة إلى أنه "قد يكون من المناسب أيضا النص على استثناءات من صلاحية الرفض فيما يتعلق [ضمن جملة أمور] بالاتفاقات التي يكون فيها المدين هو مؤجر الممتلكات الفكرية أو مانح امتيازها أو المرخص باستخدامها ويكون من شأن إنهاء الاتفاق إنهاء أعمال الطرف المقابل أو إلحاق ضرر جسيم بها، خاصة عندما يكون من المحتمل أن يعود ذلك بمزية ضئيلة نسبيا على المدين". والنوعان الوحيدان من العقود اللذان نوقشا بمزيد من التفصيل في ذلك القسم هما عقود العمل وعقود الخدمات التي لا يمكن أن يؤديها شخص آخر والخدمات الشخصية (الفقرة 143 من الجزء الثاني، الفصل الثاني). ويتصل النوع الثاني من الاستثناءات بالعقود التي لا يمكن الاستمرار في تنفيذها لأنها تتطلب أداء خدمة شخصية لا يمكن أن يؤديها شخص آخر. ومن الأمثلة المقدمة عقد يتعلق بممتلكات فكرية معينة (الجزء الثاني، الفصل الثاني، الفقرة 146).

10- ومن ثم، يناقش الدليل معاملة الممتلكات الفكرية في إجراءات الإعسار في المقام الأول في سياق معاملة العقود المتواصلة (التوصيات من 69 إلى 86 وشرحها). والواقع أن تراخيص استخدام الممتلكات الفكرية كثيرا ما تتدرج في الممارسة العملية ضمن فئة العقود المتواصلة لأن من المتوقع أن يكون هناك شكل من أشكال الأداء المتواصل من الجانبين، كأن يُنتظر مثلا من المرخص له باستخدام ممتلكات فكرية أن يواصل دفع الرسوم المقررة لاستخدامها (الإتاوات) لكي يتمكن من استخدامها بينما قد يكون المرخص ملزما بمواصلة الامتناع عن مقاضاة المرخص له بدعوى الإخلال (ما دام يسدد الإتاوات المتفق عليها). غير أن هذا لا ينطبق بالضرورة على جميع أنواع تراخيص استخدام الممتلكات الفكرية.

11- فوفقا للدليل، تنطبق قواعد خاصة في قانون الإعسار على العقود المتواصلة. ومما يلاحظ بخاصة أن ممثل الإعسار سيكون من حقه أن يختار في غضون فترة زمنية معينة بين مواصلة تنفيذ العقد أو رفض العقد (لا يسمح الدليل بـ"الانتقائية"). وفي بعض الولايات القضائية، يتوقف تنفيذ العقد ما لم يقرر ممثل الإعسار مواصلة تنفيذه. وعند الاستمرار، يتوقع من ممثل الإعسار أن يعالج أي حالات تقصير سابقة للإعسار بمقتضى العقد. ويعتبر رفض العقد المتواصل خرقا له يفضي إلى مطالبة غير مضمونة من جانب الطرف المقابل. ويمكن لممثل الإعسار أيضا أن يقرر إحالة عقد، بصرف النظر عن القيود الواردة فيه. ومع ذلك، قد يكون من المستحيل إحالة بعض العقود مثل عقود الخدمات التي لا يمكن أن يؤديها شخص آخر أو الخدمات الشخصية. وتعظيم قيمة الحوزة وتقليل التزاماتها هما الأمران اللذان يوليان الاعتبار الأول في المفاضلة بين تنفيذ العقد أو رفضه أو إحالته.

12- وحيثما اعتبرت تراخيص استخدام الممتلكات الفكرية عقودا متواصلة، سيكون أمام ممثل إعسار المرخص - المدين عدة خيارات بشأنها، على النحو المبين أعلاه. فإذا رفض الترخيص، فقد يؤثر ذلك تأثيرا كبيرا على أعمال

المرخص له وعلى استمرار حقوقه في استخدام الممتلكات الفكرية المرخصة. ومن ذلك مثلاً أن استخدام المواد المحمية بحقوق الطبع والنشر قد يستحيل في بعض الحالات بدون العلامة التجارية المرخصة. ولهذا السبب، تمنح بعض الولايات القضائية بعض الحماية للمرخص له، ومنها بالأخص السماح له بأن يختار إما (أ) معاملة رفض اتفاق الترخيص على أنه إنهاء للاتفاق وتقديم مطالبة ضد المرخص - المدين في إجراءات الإعسار، أو (ب) الاحتفاظ بحقوقه بموجب الترخيص حتى وإن أبى المرخص. وفي الحالة الأخيرة، لا يجوز للمرخص (وممثل الإعسار) التدخل في حقوق المرخص له بمقتضى الرخصة، حتى وإن كان قد رفض الترخيص له. ويجوز إخضاع حق الاحتفاظ بالترخيص لشروط وقيود معينة. ومنها بخاصة جواز الحد من قدرة المرخص له على إحالة الحقوق الممنوحة بمقتضى الترخيص دون موافقة المرخص. وبالإضافة إلى ذلك، يجوز إعفاء المرخص من أي التزامات بموجب اتفاق الترخيص، مثل دفع رسوم صيانة براءات الاختراع أو تزويد المرخص له بأي صيغ أو تحسينات لاحقة لترخيص استخدام الممتلكات الفكرية، بينما يتوقع من المرخص له أن يواصل دفع الإتاوات. وعلاوة على ذلك، قد يتوقع من المرخص له أن يتنازل عن أي مطالبات ضد المرخص وعن أي حق في المقاصة في إجراءات الإعسار.

13- وحيثما يكون المدين هو المرخص له، فقد يعرض هذا للخطر مصادر هامة للإيرادات يعتمد عليها مرخص استخدام الممتلكات الفكرية. وحيثما يستمر الترخيص، تصبح أي إتاوات تدفع بعد بدء الإجراءات بمقتضى الرخصة "نفقات إدارية". ولا تجيز بعض القوانين منح ممثل إعسار المرخص له - المدين نفس السلطة التقديرية لمواصلة العقد أو رفضه أو إحالته إلى أطراف ثالثة التي يتمتع بها ممثل إعسار المرخص - المدين. ورأى عدد من المحاكم أن قوانين براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق الطباعة والنشر تمنع التنازل عن تراخيص استخدام الممتلكات الفكرية دون موافقة المرخص. وخلصت تلك المحاكم إلى أن ممثل إعسار المرخص له - المدين قد لا يجوز له بالتالي إحالة الترخيص دون موافقة المرخص. وتطبق بعض المحاكم معيار "النية الفعلية"، الذي يسمح لممثل الإعسار بمواصلة الاحتفاظ بترخيص استخدام الممتلكات الفكرية حيثما لم تتوفر نية فعلية لإحالته لاحقاً. وتتبع بعض المحاكم المعيار "الافتراضي" ولا تسمح لممثل الإعسار بمواصلة الاحتفاظ بترخيص استخدام الممتلكات الفكرية حيثما افترض أنه قد يحيله لاحقاً. وهذا النهج الأخير لا يترك لممثل إعسار المرخص له - المدين خياراً سوى رفض ترخيص استخدام الممتلكات الفكرية أو إنهائه. وفي الولايات القضائية التي يُسمح فيها بترتيبات أخرى لاستمرار الترخيص أو ما يعرف بنهج "اجتياز المحنة" (ride-through)، يجوز للمرخص له - المدين أن يستفيد من ذلك الخيار رهنا ببعض الشروط والضمانات (على غرار الشروط والضمانات الموصوفة في الفقرتين 343 و344 من الجزء الخامس من الدليل).

14- وتطبيق الاعتبارات المذكورة أعلاه على تراخيص استخدام الممتلكات الفكرية غير الحصرية التي تعتبر تراخيص شخصية لصاحبها وبالتالي لا تنشأ عنها حصة في الملكية ولا يجوز إحالتها دون اعتداد باعتراض المرخص. وبالمقارنة بذلك، وجدت محاكم عديدة أن من يحصل على ترخيص حصري يحق له التمتع بجميع حقوق المرخص، بما في ذلك حقوق الإحالة، بحيث يكون للمرخص له فعلياً حصة في ملكية الممتلكات الفكرية، لا يمكن أو لا ينبغي تقييد قبولها وإحالتها. والنتيجة هي أن المرخص له - المدين صاحب الترخيص حصري قد يكون قادراً على قبول اتفاق ترخيص باستخدام الممتلكات الفكرية وإحالته إلى كيان آخر ضد رغبات المرخص.

15- وفيما يتعلق بالقانون المنطبق على تحديد صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار، فإنه يتحدد، وفقاً للتوصية 30 من الدليل، بموجب قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار. والنهج الرئيسي المتبع في هذا الشأن هو النهج الإقليمي. ويجري تنسيق الإطار القانوني لمعالجة الكثير من الممتلكات الفكرية من خلال قواعد موضوعية موحدة منصوص عليها في اتفاقات متعددة الأطراف، مثل اتفاق منظمة التجارة العالمية بشأن جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة.

16- وفيما يتعلق بالقانون المنطبق على آثار إجراءات الإعسار على حقوق الملكية الفكرية، فقد أجرت الأمانة مشاورات مع خبراء خلصت إلى عدم الحاجة إلى استثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار. ورئي أن تحديد مكان

حقوق الملكية الفكرية هو المسألة الرئيسية الناشئة عن معاملة حقوق الملكية الفكرية في إجراءات الإعسار. ووفقاً لما لوحظ في الفقرة 10 من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.183، قد تقع هذه المسألة خارج نطاق هذا المشروع.

(ج) معاملة الموجودات الرقمية في إجراءات الإعسار

17- رأى الفريق العامل أيضاً أنه بحاجة إلى معلومات إضافية عن معاملة الموجودات الرقمية في إجراءات الإعسار قبل أن يكون في وضع يمكنه من البت في القانون الذي سيحكم آثار إجراءات الإعسار على تلك الموجودات⁽¹⁷⁾. ولعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أن الموجودات الرقمية، وإن لم يتناولها الدليل على وجه التحديد، قد تتوقف معاملتها في إجراءات الإعسار على ماهية الموجودات المعنية. فعلى سبيل المثال، قد تنشأ حقوق والتزامات فيما يتعلق ببعض الموجودات الرقمية في نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية، ومن ثم تطبق عليها التوصيات 32 ومن 101 إلى 107 من الدليل.

18- ولعل الفريق العامل يود أيضاً أن يستذكر أن الأمانة قد وجهت انتباهه، أثناء دورته التاسعة والخمسين، إلى العمل الجاري الذي يضطلع به اليونيدرو بشأن الموجودات الرقمية والقانون الخاص⁽¹⁸⁾. ويمكن الاطلاع على مشاريع المبادئ والشروح بشأن هذا الموضوع التي عرضت على الفريق العامل المعني بالموجودات الرقمية والقانون الخاص التابع لليونيدرو في دورته السادسة (روما، 31 آب/أغسطس - 2 أيلول/سبتمبر 2022) على موقع اليونيدرو الشبكي⁽¹⁹⁾. وهي تتناول، في جملة أمور، ما يلي: (أ) قواعد القانون الدولي الخاص (مشروع المبدأ 5)؛ (ب) إعسار الوصي (مشروع المبدأ 15)؛ (ج) أثر الإعسار على حقوق الملكية [والحقوق الضمانية] في الموجودات الرقمية (مشروع المبدأ 21)؛ (د) الإنفاذ (مشروع المبدأ 20، المرتبط بمشروع اليونيدرو بشأن الإنفاذ الفعال)⁽²⁰⁾. ولعل الفريق العامل يود أن يؤجل البت فيما إذا كان ينبغي إدراج أي استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن الموجودات الرقمية في الأحكام التشريعية إلى ما بعد أن ينظر في نتائج ذلك العمل الذي يضطلع به اليونيدرو. وسوف تطلع أمانة الأونسيترال الفريق العامل على تلك النتائج في الوقت المناسب.

2- اتفاقات التحكيم وإجراءاته

19- استمع الفريق العامل، في دورته التاسعة والخمسين، إلى آراء بشأن مدى استصواب تأكيد آثار قانون دولة محكمة الإعسار على إجراءات التحكيم⁽²¹⁾. ولوحظ أن نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار لا تتناول هذه المسألة صراحة. وفي ضوء دور التحكيم في التجارة الدولية، رئي أنه من المهم سد هذه الفجوة بالاستناد إلى الشروح ذات الصلة الواردة بالفعل في نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار، مثل شرح المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود⁽²²⁾. وأبدي تأييد لذلك الاقتراح⁽²³⁾. وفي الوقت نفسه، رئي أن من الضروري أيضاً

(17) المرجع نفسه.

(18) A/CN.9/WG.V/WP.176، الفقرة 33 (ح).

(19) Study LXXXII – W.G.6 – Doc.2، وهي متاحة على الموقع التالي: <https://unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1622753957479-e442fd67-036d>

(20) انظر الموقع التالي للاطلاع على مزيد من المعلومات: <https://unidroit.org/work-in-progress/enforcement-best-practices/>.

(21) المرجع نفسه، الفقرة 79.

(22) توضح الفقرة 180، من دليل الاشتراع والتفسير، أن الفقرة الفرعية 1 (أ) من المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود تشمل الدعاوى المرفوعة أمام هيئة تحكيم، وترسي قيوداً إلزامياً على سريان مفعول اتفاق التحكيم. ويضاف هذا القيد إلى ما قد تنص عليه القوانين الوطنية من قيود أخرى تحد من حرية الأطراف في الاتفاق على التحكيم (مثل القيود المتعلقة بالقابلية للتحكيم أو بالأهلية لإبرام اتفاق تحكيم)، ولا يتعارض هذا القيد مع اتفاقية نيويورك.

(23) A/CN.9/1088، الفقرة 81.

معالجة الصعوبات العملية الناشئة عن فرض وإنفاذ قرارات وقف الإجراءات فيما يتعلق بإجراءات التحكيم التي تجري في الخارج⁽²⁴⁾.

20- وقد ناقش الفريق العامل، في دورته الستين، آثار بدء إجراءات الإعسار على ما يلي: (أ) وجوب إنفاذ اتفاقات التحكيم ونتائج إجراءات التحكيم التي أُجريت قبل بدء إجراءات الإعسار، مشيراً إلى أن تلك المسائل قد تكون مشمولة بالفعل بالتوصية 30 من الدليل؛ (ب) إجراءات التحكيم الجارية، التي يتعين بمقتضى نصوص الأونسيترال للإعسار وقفها. وأعيد تأكيد الاقتراحات الداعية إلى إدراج قواعد صريحة للقانون المنطبق على تلك الجوانب في الأحكام التشريعية. وفي هذا السياق، رُئي أن النهج المتبع في المادة 18 من الصيغة المنقحة لللائحة الإعسار الأوروبية قد تقادم وبات غير مناسب لأن مقر التحكيم قد لا تكون له صلة تذكر بالمدين أو بحوزة الإعسار. وذهب رأي معاكس لذلك إلى أن النهج المتبع في اللائحة المذكورة قابل للتطبيق في ضوء التعديلات الناشئة عن تطبيق المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود في سياق إعادة التنظيم، وخصوصاً في حال وجود المدين الممتلك⁽²⁵⁾.

21- ولعل الفريق العامل يود أن يستذكر أن شرح المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود بشأن آثار وقف الإجراءات على إجراءات التحكيم قد أدرج في السياق الضيق لآثار الاعتراف بالإجراء الأجنبي الرئيسي على بدء أو مواصلة الدعاوى أو الإجراءات المنفردة المتعلقة بموجودات المدين أو حقوقه أو التزاماته أو مسؤولياته التي يتعين وقفها لدى هذا الاعتراف. ويجدر بالذكر، على سبيل المقارنة، أن الدليل يثير نفس الاعتبارات على نطاق أوسع في سياق التوصيات المتعلقة بالتدابير المنطبقة عند بدء إجراءات الإعسار والإعفاء من تلك التدابير⁽²⁶⁾. وينبغي قراءة تلك الأحكام مقترنة بالتوصية 47 (الجملة الأخيرة) من الدليل إلى جانب المادة 20 (3) من قانون الإعسار عبر الحدود التي تنص على أن تستبعد من تطبيق الوقف الدعاوى أو الإجراءات المنفردة بالقدر اللازم للحفاظ على مطالبة تجاه المدين؛ وإضافة إلى ذلك، يسلم شرح المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود بأن مصالح الطرفين قد تكون سبباً للسماح باستمرار إجراءات التحكيم، وهي إمكانية متوخاة في الفقرة 2 من تلك المادة ومتركة لقانون الدولة المشترعة.

22- وتنص المادة 18 من الصيغة المنقحة لللائحة الإعسار الأوروبي على أن قانون الدولة، التي يوجد فيها مقر هيئة التحكيم، هو وحده الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على إجراءات التحكيم الجارية بشأن موجودات أو حقوق تشكل جزءاً من حوزة إعسار المدين. وتلاحظ اللجنة 73 من اللائحة المذكورة أن المادة 18 ينبغي ألا تؤثر على القواعد الوطنية للاعتراف بقرارات التحكيم وإنفاذها. ولما كان عدد الدول الأطراف في اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958⁽²⁷⁾ (اتفاقية نيويورك) قد بلغ 170 دولة، فإن تلك الاتفاقية سوف المسائل المتصلة بالتحكيم التجاري الدولي في غالبية الدول.

23- ولعل الفريق العامل يود أن يواصل النظر في المسألة بالاقتران مع مشاريع الأحكام التشريعية ذات الصلة (بما في ذلك مشاريع الأحكام المتعلقة ببدء الإجراءات، وحماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، وإبطال العقود ومعاملتها) ومختلف السيناريوهات المحتملة التي قد تثير مسائل مختلفة (على سبيل المثال، قد يوجد

(24) المرجع نفسه، الفقرة 86. وتسلم الفقرة 180، من دليل الاشتراع والتفسير، بأنه قد لا يكون من الممكن دائماً، من الناحية العملية، تنفيذ قرار الوقف التلقائي لإجراءات التحكيم بالنظر إلى خصائص التحكيم الدولي، وتحديد استقلاله النسبي عن النظام القانوني للدولة التي يحصل فيها إجراء التحكيم. فمثلاً، إذا لم يحصل التحكيم في الدولة المشترعة أو الدولة التي يتم فيها الإجراء الرئيسي، فقد يكون من الصعب إنفاذ قرار وقفه.

(25) A/CN.9/1094، الفقرة 73.

(26) انظر، على سبيل المثال، الحاشية 20 المتعلقة بالتوصية 46 من الدليل، التي تشير إلى المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود والتوصية 49.

(27) United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739.

اتفاق تحكيم صحيح ولكن لم تبدأ بعد إجراءات تحكيم؛ أو قد يطلب أحد الطرفين بدء إجراءات الإعسار متجاوزاً اتفاق التحكيم، بما يشمل القيام بذلك على نحو غير لائق؛ أو قد تبدأ إجراءات التحكيم قبل بدء إجراءات الإعسار؛ أو قد يصدر قرار التحكيم قبل وقت قصير من بدء إجراءات الإعسار).

3- الإبطال والمقاصة ومعاملة الدائنين المضمونين

(أ) معلومات أساسية

24- أحاط الفريق العامل علماً، في دورتيه التاسعة والخمسين والستين، بالنهج المختلفة إزاء القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على المقاصة، والحقوق العينية⁽²⁸⁾ (معاملة الدائنين المضمونين على وجه الخصوص)، والاستثناءات من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار على الإبطال⁽²⁹⁾. وأشار في هذا السياق إلى التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل، وشرحها وتسلسل أعمال صياغتها، وتقرير الندوة، وورقتي العمل (A/CN.9/WG.V/WP.176) و (A/CN.9/WG.V/WP.179)، والصيغة المنقحة لائحة الإعسار الأوروبية والقواعد العالمية. ورئي أنه على الرغم من أن شرح التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل يشير إلى نهج مختلفة لتحديد القانون الذي يحكم الإبطال والمقاصة والمصالح الضمانية في إجراءات الإعسار والسياسات التي تقوم عليها تلك النهج، فإن الشرح لا يبين بوضوح سبب عدم شمول الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار لتلك المسائل⁽³⁰⁾.

25- وخلال المناقشة، نظر الفريق العامل فيما إذا كانت حماية التوقعات المشروعة لأطراف المعاملات ينبغي أن تغطي على الاعتبارات الأخرى في جميع الحالات. ولوحظ أن النهج المتبعة في الصيغة المنقحة لائحة الإعسار الأوروبية بشأن تلك المسائل تخضع للمناقشة. وتساءل البعض عما إذا كانت قابلة للتطبيق على الصعيد العالمي وما إذا كانت ضرورية في ضوء إطار الأونسيترال للإعسار الذي يكفل الحماية الكافية للدائنين وسائر الأشخاص ذوي المصلحة. وجادل البعض بأن تحديد ماهية توقعات الأطراف في المعاملات التي ستعتبر مشروعة مسألة ما زالت تخضع أيضاً للنقاش. ورئي أنه ينبغي للفريق العامل التقدم بحذر عند النظر في أي حيد عن الخيارات السياسية التي اتخذتها الأونسيترال عند اعتمادها للتوصيات من 30 إلى 34؛ وأن أي حيد من هذا القبيل ينبغي تبريره بناء على وجود احتياجات حقيقية له والسعي إلى تبسيط قواعد القانون المنطبق في إجراءات الإعسار⁽³¹⁾.

(ب) الإبطال

26- فيما يتعلق بالإبطال، اتفق الفريق العامل على مواصلة النظر في هذه المسألة باستخدام النهج المتبع في الدليل كنقطة بداية⁽³²⁾.

(28) فيما يتعلق بمصطلح "الحقوق العينية"، لاحظ الفريق العامل، في دورتيه الستين، أن نصوص الأونسيترال لا تنص على تعريف له، وأن من الممكن الاطلاع على قائمة توضيحية بما يمكن اعتباره حقوقاً عينية في المادة 8 (2) من الصيغة المنقحة لائحة الإعسار الأوروبية. وفيما يتعلق بالمادة 32 من قانون الإعسار عبر الحدود، حيث توجد إشارات إلى كل من المطالبات المضمونة والحقوق العينية، أحاط الفريق العامل علماً بشرح تلك المادة في الفقرة 241 من دليل الاشتراع والتفسير الذي يشرح تلك الإشارات والتداخل بينها ويرى أنه يجوز للدول المشتركة أن تستخدم مصطلحاً آخر أو مصطلحات أخرى للتعبير عن تلك المفاهيم (انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.179، الفقرة 31).

(29) A/CN.9/1088، الفقرة 83 وحاشيتها، و A/CN.9/1094، الفقرات 74-76 و 78.

(30) المرجع نفسه، الفقرة 78.

(31) المرجع نفسه، الفقرة 84.

(32) A/CN.9/1094، الفقرة 76.

النهج المتبع في الدليل

27- في ضوء التعليقات التي أبديت في سياق آخر خلال الدورة الستين للفريق العامل، تود الأمانة أن توضح أن الأحكام المتعلقة بالإبطال في الدليل تنطبق على المعاملات التي تجري قبل بدء إجراءات الإعسار (انظر المصطلح (ج) في مسرد المصطلحات)⁽³³⁾. وهي لا تنطبق على المعاملات غير المأذون بها التي قد تتم أثناء الإجراءات، والتي تنطبق عليها قواعد منفصلة بشأن استخدام الموجودات والتصرف فيها. ومع ذلك، قد تكون الأحكام المتعلقة بالإبطال مهمة أيضا عند تحويل إجراء إلى آخر (مثل تحويل إعادة التنظيم إلى تصفية).

28- ووفقا للدليل، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار أنواع المعاملات التي يمكن إبطالها وأنواع المعاملات المعفاة من الإبطال؛ ومعايير الإبطال، بما في ذلك العناصر التي يتعين إثباتها والدفع؛ وطول فترة الاشتباه ومتى يبدأ سريانها بأثر رجعي⁽³⁴⁾؛ والمحاكم المختصة بالنظر في دعاوى الإبطال في دولة بدء إجراءات الإعسار؛ ومن الذي يمكنه بدء دعوى الإبطال وتحت أي شروط؛ ومصادر تغطية نفقات دعاوى الإبطال، بما في ذلك مدى جواز التمويل من طرف ثالث وشروط وضمانات توفير هذا التمويل؛ وآثار الإبطال؛ ومسؤولية الطرف المقابل في المعاملة القابلة للإبطال وسبل الانتصاف في حالة عدم الامتثال؛ ومدى جواز الإبطال ونطاقه، والمعاملات التي يجوز إبطالها، وكذلك المعاملات المعفاة من الإبطال في حال تحويل الإجراءات. ويمكن للقوانين غير المتعلقة بالإعسار أن تكمل أحكام الإبطال الواردة في قانون الإعسار أو تحد منها فيما يتعلق بجملة أمور، منها، الأفعال التي يقصد بها إبطال المعاملات الضارة بالدائنين خارج إطار الإعسار (مثل نقل الملكية الاحتياطي للتهرب من سداد الديون)، والمعاملات الداخلية، والمعاوضة الإقفالية، والعقود المشقة والمعاملات المتعلقة بالممتلكات الزوجية.

29- وإذا قرر الفريق العامل الإبقاء على النهج المتبع في الدليل، فلعله يرغب في سد الثغرات القائمة في أحكامه. فعلى سبيل المثال، لا يحدد الدليل صراحة القانون الذي يحكم إبطال حقوق والتزامات المشاركين في نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي (الاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار الوارد في التوصية 32)؛ انظر مشروع الحكم التشريعي المقترح أدناه) وإبطال رفض عقود العمل ومواصلتها وتعديلها (الاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار الوارد في التوصية 33؛ انظر مشروع الحكم التشريعي المقترح في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.183). وبالإضافة إلى ذلك، فإن الدليل، كما لاحظ الفريق العامل، لا يتناول أسباب اختيار ذلك النهج. ومن المتوقع أن تشرح الأحكام التشريعية تلك الأسباب وأن تعالج الشواغل التي أثارت حول هذا النهج باعتباره لا يعزز اليقين في السوق، ولا يكفل إمكانية التنبؤ، ولا يحمي التوقعات المشروعة للدائنين لأن المعاملة قد يبطلها قانون لا يتصل بها أو يتصل بها من بعيد. وكان من بين الردود التي أبدتها الفريق العامل على تلك الشواغل حتى الآن أن من المتوقع، في ضوء قانون الإعسار الدولي، أن تكون أطراف المعاملات التجارية على علم بأنها ستخضع في أرجح الاحتمالات لإجراءات إعسار في الولاية القضائية لمركز المصالح الرئيسية لكل منها⁽³⁵⁾، ومن ثم فإن قانون الولاية القضائية لمركز المصالح الرئيسية قد يحدث أثارا على معاملة حقوقها ومطالباتها ومعاملاتها في إجراءات الإعسار، وخصوصا بتنحية القوانين الأخرى التي تنطبق على معاملاتها في تلك الحالات. وإضافة إلى ذلك، رئي أن إطار الأونسيترال للإعسار عبر الحدود يحمي الدائنين وسائر الأشخاص المعنيين من الآثار غير المقبولة للقوانين الأجنبية، وأن من الممكن، عند الاقتضاء، تعزيز ذلك الإطار ليتيح التأكد من القانون الذي يحكم آثار

(33) المرجع نفسه، الفقرة 50.

(34) يمكن أن تشمل تلك الدفعات الرأي التالي، وإن لم يذكر في الدليل صراحة، وهو أن المعاملة تخضع لقانون لا يسمح بأي وسيلة للطعن فيها في الحالة ذات الصلة. وقد تختار بعض الدول عدم السماح بذلك الدفاع إذا ثبت أن ذلك القانون الآخر لا يرتبط ارتباطا جوهريا بالأطراف أو بالمعاملة، ولم يكن هناك أساس معقول آخر لاختيار ذلك القانون لكي يكون هو القانون الذي يحكم المعاملة المعنية.

(35) انظر، على سبيل المثال، الفقرة 29 من دليل اشتراط قانون إعسار مجموعات المنشآت.

إجراءات الإعسار ويزيد من إمكانية التنبؤ بالمخاطر التجارية⁽³⁶⁾. وقد تؤدي معالجة هذه الشواغل إلى تخفيف الصعوبات التي تعترض الاعتراف بآثار الإبطال بموجب قانون دولة محكمة الإعسار وإنفاذها عبر الحدود، بما في ذلك الجزاءات المفروضة على الأطراف المقابلة غير الممتثلة.

النهج البديلة

30- يشير شرح التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل وتقرير الندوة إلى بعض النهج البديلة، منها أن يحكم القانون المنطبق على المعاملة أو قانون مكان الموجودات (قانون موقع المال) دعاوى الإبطال المتعلقة بتلك المعاملة أو الموجودات. والسياسة التي يقوم عليها ذلك النهج هي حماية الأطراف المقابلة وحماية اعتمادها على القانون الذي يحكم معاملاتها مع المدين بتزويد تلك الأطراف المقابلة بقدر من اليقين والقدرة على التنبؤ بأن معاملاتها مع المدين لن تتعرض فيما بعد للهجوم في إجراءات الإعسار. وتجمع بعض القوانين بين قانون دولة محكمة الإعسار والقانون الذي يحكم المعاملة بطريقة من عدة طرائق، فلا يجيز أحد النهج إخضاع المعاملة للإبطال في سياق الإعسار ما لم يكن من الممكن إبطالها بموجب قانون دولة محكمة الإعسار والقانون الذي يحكم تلك المعاملة على السواء. وقيل تبريرا لذلك إن هذا النهج يقلل من تكلفة الائتمان والمعاملات التجارية بسبب تساؤل مخاطر الإبطال. ويجيز نهج آخر إبطال المعاملة إذا أمكن تحقيق الإبطال إما بموجب قانون دولة محكمة الإعسار أو القانون الذي يحكم المعاملة، فأحد القوانين، على سبيل المثال، ينص على تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار على الإبطال، ولكنه يعترف بتطبيق قوانين مختلفة إذا كان القانون المختلف أكثر صرامة من قانون مكان النقاضي ومن شأنه أن يؤدي إلى إبطال طائفة أوسع من المعاملات.

31- وقد نظر الفريق العامل حتى الآن في النهج المتبع في المادة 16 من الصيغة المنقحة للائحة الإعسار الأوروبية الذي ينص على حماية الفعل من الإبطال إذا كان خاضعا لقانون غير قانون دولة محكمة الإعسار، وكان ذلك القانون الآخر لا يجيز أي وسيلة للطعن في ذلك الفعل في إطار الحالة المعنية. ولاحظ الفريق في هذا السياق وجود ضمانات ممكنة تكفل منع التعسف في اختيار القانون⁽³⁷⁾. وأعرب عن شواغل لدى الفريق العامل بشأن هذا النهج، منها أثره السلبي على ما يلي: (أ) معاملة الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة معاملة متكافئة لأنه لا يوفر حماية إضافية إلا لبعض الدائنين؛ (ب) اليقين والبساطة والكفاءة الإدارية في إجراءات الإعسار لأن هذا النهج مرهق (فهو يتطلب، على سبيل المثال، تحديد مكان الفعل الضار، وهو أمر قد يكون صعبا، وخصوصا في العالم الرقمي).

32- وإذا قرر الفريق العامل أن يحيد عن النهج الوارد في الدليل، فمن المتوقع أن ينظر في نهج بديلة وآثار كل منها على تحقيق الأهداف المنشودة من قانون إعسار يتسم بالفعالية والكفاءة والمدرجة في التوصية 1 من الدليل. ويلاحظ بخاصة أن جميع النهج البديلة المذكورة أعلاه تستلزم قيام المحاكم بتقييم نظام إبطال أجنبي. ورغم أن من الممكن ملاحظة تقارب بين بعض المفاهيم الأساسية للإبطال عبر الولايات القضائية، مثلا فيما يتعلق بأنواع المعاملات التي تبطل عادة، فإن هناك قسما كبيرا من التباين ما زال قائما بشأن عناصر أخرى متصلة بالإبطال، مثل معايير، وماهية السياق المعتاد للعمل، ومن هم الأشخاص الذين يعتبرون ذوي صلة (انظر الأقسام ذات الصلة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.183). وتستخدم بعض الولايات القضائية معايير موضوعية حيث تبطل جميع المعاملات التي جرت خلال فترة الاشتباه والمعاملات غير المبررة والمعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة، بينما تستخدم ولايات قضائية أخرى معايير ذاتية تستلزم نهجا فرديا وإثبات توفر القصد والعلم وما إلى ذلك. غير أن هناك

(36) انظر، على سبيل المثال، المادة 6 من قانون الإعسار عبر الحدود بشأن الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة (الاستثناءات المتعلقة بالنظام العام) والمادتين 21 و22 من ذلك القانون بشأن حماية الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين.

(37) انظر، على سبيل المثال، القاعدة العالمية 23.

ولايات قضائية أخرى تستخدم مزيجاً من الاثنين. وفي إطار الولاية القضائية الواحدة، قد تكون هناك اختلافات في معايير الإبطال والاقتراضات وتوزيع عبء الإثبات وطول فترة الاشتباه تبعاً للأطراف المعنية (مثل المديرين أو غيرهم من الأشخاص ذوي الصلة) وسبب الإبطال (مثل الاحتيال). وقد تختلف آثار الإبطال أيضاً تبعاً لجميع تلك العوامل: فقد تصبح بعض المعاملات باطلة تلقائياً بينما تصبح معاملات أخرى قابلة للإبطال. وقد يختلف توقيت بدء إجراءات الإبطال أيضاً من ولاية قضائية إلى أخرى. وكل هذا يجعل الإبطال إجراء معقداً وطويلاً ولا يمكن التنبؤ به، ولا سيما عندما يتعين إثبات توفر القصد والعلم لدى الأطراف في المعاملات الخاضعة للإبطال. ومما يزيد من حدة هذه الشواغل الحاجة إلى القيام خلال إجراءات الإعسار الداخلية أو دعاوى الإبطال المنفصلة بتقييم نظام أجنبي للإبطال، قد لا ينظمه بالضرورة قانون الإعسار فحسب، بل أيضاً قانون آخر منطبق لا يتعلق بالإعسار.

(ج) معاملة المقاصة

33- لاحظ الفريق العامل، في دورته التاسعة والخمسين، أن مسألة المقاصة قد لا تندرج في إطار قانون الإعسار وحده، إذ قد ترتبط بقانون العقود وربما أيضاً بالحقوق العينية⁽³⁸⁾؛ ولوحظ أن إدراج بند متعلق بمعاملة المقاصة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار من شأنه أن يبلور موضوع المقاصة بحيث يعالج التساؤل الرئيسي حول ما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار سيسمح بالمقاصة⁽³⁹⁾. واتفق الفريق العامل، في دورته السنتين، على تعديل البند (ط) من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار من "المقاصة"، وفق صيغته الواردة في التوصية 31، إلى "معاملة المقاصة". وأرجأ الفريق توضيح النقاط الأخرى ذات الصلة بهذا البند إلى مرحلة لاحقة⁽⁴⁰⁾. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في النقاط التالية فيما يتعلق بذلك البند وما إذا كان يمكن استخدامها كأساس لصوغ شرح البند (ط) المعدل. وقد استخدمت الأمانة النهج الوارد في الدليل كنقطة بداية.

34- وهناك أنواع مختلفة من المقاصة (التعاقدية، القانونية، العادلة، المصرفية، إلخ). ولا يتناول البند (ط) سوى المقاصة الواجبة التطبيق إلزامياً في سياق الإعسار التي تطبق بصرف النظر عن أي ترتيبات تعاقدية بين الأطراف المتعاقدة. وسيخضع هذا النظام لقانون دولة محكمة الإعسار. ولا يمكن للأطراف التحل منه.

35- ويبين شرح التوصيات من 30 إلى 34 الواردة في الدليل لماذا ينبغي أن يكون الأمر كذلك. وهو يسلم بأن حقوق المقاصة يمكن أن تخضع أيضاً لقانون غير قانون مكان التقاضي، لأسباب تتعلق بتوقعات الأطراف، وخاصة إذا باشرت معاملات منتظمة فيما بينها. وفي الوقت نفسه، تنص الفقرة 91 من الشرح على أن قواعد المقاصة المعمول بها في مكان التقاضي ينبغي أن تُطبّق على المطالبات، على أساس أن حقوق المقاصة ترتبط، في قضايا الإعسار، ارتباطاً وثيقاً بإثبات المطالبات وتحديدها الكمي وبالسياسات التي تحكم معاملة الدائنين على قدم المساواة. وأوضح كذلك أن قانون مكان التقاضي، بما أنه ينظم تلك المسائل، ينبغي أن ينظم حقوق المقاصة أيضاً.

36- وبمقتضى الدليل، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما إذا كانت المقاصة مسموحاً بها في إجراءات الإعسار. وتورد التوصية 100 النهج الموصى به لمعاملة المقاصة ويذكر شرحها في الدليل أن قانون الإعسار ينبغي أن يحمي الحقوق العامة في المقاصة التي تنص عليها قوانين أخرى بخلافه والتي تنشأ قبل بدء إجراءات الإعسار، رهناً بانطباق أحكام الإبطال. وتعين قواعد القانون الدولي الخاص لدى دولة بدء إجراءات الإعسار القانون المنطبق على تحديد صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار (التوصية 30 من الدليل).

(38) لعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أنه قد جرى التساؤل عند إعداد قانون الإعسار عبر الحدود عما إذا كان من الضروري إدراج المقاصة ضمن نطاق الحقوق العينية. وفيما بعد، لم ير الفريق العامل أن من الضروري تعريف مصطلح "الحقوق العينية" وترك هذه المسألة للقانون الوطني (A/CN.9/422، الفقرتان 63 و64).

(39) A/CN.9/1088، الفقرة 65 (ب).

(40) A/CN.9/1094، الفقرة 78.

37- وإذا سُمح بالمقاصة للوفاء بالالتزامات، فإن قانون دولة محكمة الإعسار يحدد، فيما يتعلق بماهية تلك الالتزامات والشروط الواجبة في هذا الشأن، ما يلي على وجه خاص: (أ) ما إذا كانت المقاصة غير مسموح بها إلا فيما يتعلق بالالتزامات المالية السابقة لبدء إجراءات الإعسار التي تستحق قبل بدء تلك الإجراءات أو أيضا الالتزامات التي تستحق بعد بدئها؛ (ب) ما إذا كانت الالتزامات الخاضعة للمقاصة يجب أن تنشأ بموجب عقد واحد أو بموجب عقود متعددة (أي لا تكون بالضرورة متبادلة أو متصلة)؛ (ج) ما إذا كان الوقف ينطبق على ممارسة حقوق المقاصة، وإذا كان الأمر كذلك، كيف يعامل الدائنون الذين لديهم مطالبات مقاصة (كدائنين مضمونين مثلا)، أو ما إذا كان الوقف لا ينطبق، وإذا كان الأمر كذلك، ما إذا كانت المقاصة تقف تلقائيا عند بدء إجراءات الإعسار. ويتناول قانون دولة محكمة الإعسار أيضا معاملة المقاصة المتعلقة بالمطالبات الناشئة بعد بدء إجراءات الإعسار، وإبطال المقاصات السابقة لبدء الإجراءات والمعاملات ذات الصلة (مثل شراء المطالبات بخصومات بقصد بناء حقوق المقاصة). وتستثنى من قانون دولة محكمة الإعسار، فيما يتعلق بالمقاصة، عمليات المقاصة المستخدمة في نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي (التوصية 32 من الدليل).

38- وقد تحبذ بعض الولايات القضائية استخدام المقاصة وتجعل القانون أكثر ملاءمة لتطبيق نظم المقاصة في إجراءات الإعسار⁽⁴¹⁾. وأعرب عن شواغل لدى الفريق العامل فيما يتعلق بذلك النهج لأن عملية التحقق من نظام المقاصة الأجنبي المنطبق، التي قد لا تقتصر على نظام للمقاصة في سياق الإعسار بل تشمل أيضا نظاما للمقاصة بمقتضى قانون غير متعلق بالإعسار، قد تترتب عليها آثار هامة في سير إجراءات الإعسار وإدارتها في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار. وسيطلب ذلك بوجه خاص التحقق من الجواز العام للمقاصة وجوازها في حالات معينة والمواءمة بين الحق في ممارسة المقاصة والجوانب الأخرى لإجراءات الإعسار الداخلية، مثل الوقف والإعفاء من الوقف وتوقيت المقاصة. ويضاف إلى ذلك أن مقاصة المطالبات في دعوى إعسار واحدة قد ينتهي بها الأمر إلى أن تحكمها نظم قانونية مختلفة، بعضها قد يسمح بها بينما قد لا يسمح البعض الآخر بها، مما يؤثر على قاعدة معاملة الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة معاملة متكافئة، إذ قد ينتهي الأمر بسداد مستحقات بعض الدائنين غير المضمونين بالكامل قبل غيرهم من الدائنين من خلال عملية المقاصة. وعلاوة على ذلك، فإن قانون دولة محكمة الإعسار، وإن ظل يحكم إبطال المقاصات، قد لا يسمح بإبطال المقاصة التي تمت بمقتضى قانون أجنبي، ومن ثم يترك التظلمات التي قد ينقدم بها الدائنون الآخرون والأطراف الأخرى ذات المصلحة، بمن فيهم الموظفون، بشأن تلك المقاصة دون معالجة. ويمكن التخفيف من حدة تلك الشواغل إلى حد ما عن طريق الاستثناء المتعلق بالنظام العام والضمانات الإضافية، مثل الضمانات التي قد تهدف إلى توفير حماية كافية للدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة من الشطط في اختيار القوانين والشطط في النتائج المترتبة على تطبيق القانون الأجنبي على المقاصة⁽⁴²⁾. ويمكن أيضا الاستظهار بالاستثناء المتعلق بالنظام العام حيثما اختلف توصيف قواعد نظام المقاصة الداخلي عن توصيف قواعد نظام المقاصة الأجنبي مما يؤدي إلى عدم تطبيق المحكمة الداخلية أي قاعدة أجنبية ترى أنها إجرائية.

(د) معاملة الدائنين المضمونين

39- ناقش الفريق العامل، أثناء دورته التاسعة والخمسين، هذا البند في السياق الأوسع لمعاملة الحقوق العينية السابقة لبدء إجراءات الإعسار. واستمع الفريق العامل إلى آراء مختلفة فيما يتعلق بنهج معاملة تلك الحقوق في إجراءات الإعسار، ذهب أحدها إلى إخضاعها لقانون دولة محكمة الإعسار، بينما دعا آخر إلى حمايتها من آثار أي إجراءات إعسار، باستثناء دعاوى الإبطال ورهنا بوجود ضمانات يمكن أن تمنع إساءة استغلال

(41) انظر، على سبيل المثال، المادة 9 من الصيغة المنقحة لائحة الإعسار الأوروبية.

(42) انظر، على سبيل المثال، القاعدة العالمية 18.

"ملاذات الموجودات"⁽⁴³⁾. وبالنظر إلى ما لوحظ من مزايا تلك النهج وعيوبها، أُعرب عن التأييد لإيجاد حل وسط، مثل إخضاع الحقوق العينية السابقة لبدء الإجراءات لآثار قانون موقع المال⁽⁴⁴⁾؛

40- واتفق الفريق العامل، في دورته الستين، على إرجاء النظر في المسألة إلى مرحلة لاحقة. وأحاط علما بآراء الوفود التي تعارض الحيد عن النهج المتبعة إزاء هذه المسألة في نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار والمعاملات المضمونة وآراء الوفود التي رأت أن إخضاع الموجودات العينية لآثار قانون موقع المال يمكن أن يكون أساسا لإيجاد حل وسط⁽⁴⁵⁾.

41- وقد سبقت الإشارة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.176 إلى أن اقتراحا بإدراج استثناء للحقوق العينية من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار لم يحظ بتأييد كاف في وقت إعداد الدليل⁽⁴⁶⁾. غير أن الفقرة 88 من شرح التوصيات من 30 إلى 34 في الدليل تسلم بأن قوانين الإعسار تتضمن استثناء من هذا القيل، وخصوصا فيما يتعلق بالمصالح الضمانية، لأن تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار على المصالح الضمانية قد يؤثر على الإطار القانوني للإقراض المضمون، مما يؤدي إلى ظهور عامل من عوامل عدم استقرار قد يزيد من التكلفة الداخلية للتمويل. وإذا ما أُفحمت إجراءات أجنبية على المصالح الضمانية المحلية، فقد تتأثر قيمة تلك المصالح تأثيرا خطيرا. وبالمثل، فإن نقل مركز المصالح الرئيسية إلى دولة مختلفة يمكن أن يحدث تغييرا جذريا في وضع الطرف المضمون.

42- وإذا بقي البند (ي) مدرجا في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، فمن المتوقع أن يبين شرحه سبب اختيار هذا النهج. وفي هذه الحالة، وبمقتضى الأحكام التشريعية، سيحكم قانون دولة محكمة الإعسار معاملة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار، ولا سيما المسائل من قبيل ما إذا كانت الموجودات المرهونة تشكل جزءا من حوزة الإعسار وما إذا كان يتعين على الدائنين المضمونين تقديم مطالبات (انظر التوصية 172 من الدليل). وفي ظل تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار في بعض الولايات القضائية، قد لا تتأثر حقوق الدائنين المضمونين في نهاية المطاف ببدء إجراءات الإعسار، ويكون في وسعهم المضي قدما في إنفاذ تلك الحقوق دون أن تعوقهم تلك الإجراءات⁽⁴⁷⁾. أما في ولايات قضائية أخرى، فقد تتأثر حقوقهم في ظل ذلك القانون (النهج الموصى به في الدليل هو إدراج حقوق المدين في الموجودات المرهونة في حوزة الإعسار (انظر التوصية 35 (أ))). ورهنا بالنهج المتبع في هذا الشأن، قد تنشأ أو لا تنشأ مسائل أخرى تتعلق بمعاملة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار (مثل تطبيق الوقف على دعاوى الإنفاذ التي يرفعها الدائنون المضمونون؛ وطلبات الإعفاء من الوقف؛ وحماية الدائنين المضمونين من تناقص قيمة الموجودات المرهونة؛ ومعاملة الدائنين المضمونين والموجودات المرهونة في سياق التمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ وأولوية المطالبات المضمونة). وبصرف النظر عن النهج المتبع، قد تخضع المصالح الضمانية لأحكام الإبطال الواردة في قانون دولة محكمة الإعسار على نفس الأسس التي تخضع لها المعاملات الأخرى (انظر التوصية 88 من الدليل).

43- وبدلا من ذلك، يمكن أن تنص الأحكام التشريعية على ما يلي:

"1- يحكم قانون موقع المال⁽⁴⁸⁾ آثار إجراءات الإعسار على [الحقوق العينية في موجودات المدين]
[معاملة الدائنين المضمونين] [وقت بدء إجراءات الإعسار]."

(43) انظر، على سبيل المثال، القاعدة العالمية 16.

(44) A/CN.9/1088، الفقرة 65 (ج).

(45) A/CN.9/1094، الفقرة 79.

(46) انظر الفقرات 9 و10 و22 و23 من تلك الوثيقة.

(47) انظر، على سبيل المثال، المادة 8 من الصيغة المنقحة للائحة الإعسار الأوروبية.

(48) ينبغي أن يشمل تعريف "قانون موقع المال" أيضا الحالات التي تخضع فيها الحقوق العينية للتسجيل. وفي هذه الحالة، تكون الغلبة لقانون الدولة التي تتعهد السجل.

2- بصرف النظر عن الفقرة 2 من هذا [الحكم التشريعي]، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار دعاوى الإبطال التي قد ترفع بشأن [الحقوق العينية] [المصالح الضمانية]."

4- العقود المتعلقة بالمتكاثات غير المنقولة

44- أرجأ الفريق العامل، في دورتيه التاسعة والخمسين والستين، النظر فيما إذا كانت هناك حاجة إلى إنشاء نظام خاص للعقود المتعلقة بالمتكاثات غير المنقولة⁽⁴⁹⁾. وأشار في هذا السياق إلى المادة 11-1 من الصيغة المنقحة للاتحة الإعسار الأوروبية التي تنص على أن قانون الدولة التي تقع في إقليمها المتكاثات غير المنقولة هو وحده الذي ينظم آثار إجراءات الإعسار على أي عقد يمنح الحق في الحصول على تلك المتكاثات أو استخدامها. ويشمل ذلك الحكم عقود استخدام (الإيجار والتأجير) المتكاثات غير المنقولة والعقود التي تحكم تغيير الملكية المادية عن طريق نقل حق الملكية القانوني (مثل بيع المتكاثات غير المنقولة). وتُفسر الحاجة إلى تطبيق قانون موقع المال على هذا النوع من العقود بالصلة الوثيقة بوجه خاص القائمة بين الحقوق القانونية في المتكاثات غير المنقولة والنظام القانوني الذي توجد في ظله تلك المتكاثات. ويجسد ذلك النظام القانوني السياسات العامة التي تختارها الدول التي توجد فيها المتكاثات غير المنقولة لحماية حقوق مالكيها ومستخدميها (مثل المستأجرين) وكذلك مصالح الدولة الخاصة (مثلاً في أراضيها والمتكاثات غير المنقولة الواقعة عليها)⁽⁵⁰⁾.

45- ولا يتوخى في الدليل معاملة خاصة للعقود المتعلقة بالمتكاثات غير المنقولة، لا في الجزء الخاص بالقانون المنطبق ولا في الجزء الخاص بقانون الإعسار الموضوعي المتعلق بمعاملة العقود. ويشير الشرح في كلا الجزأين تحديداً إلى العقود المتصلة بالمتكاثات غير المنقولة⁽⁵¹⁾. وأُعزيت بعض الوفود في الدورة الستين للفريق العامل عن آراء أولية معارضة لصوغ قواعد خاصة للعقود المتعلقة بالمتكاثات غير المنقولة⁽⁵²⁾.

46- وفي غياب قواعد خاصة، تنطبق مشاريع الأحكام التشريعية التي تتناول معاملة العقود وغيرها من البنود المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار. وقد تنشأ مسائل تتعلق بالاعتراف عبر الحدود بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على العقود المتعلقة بالمتكاثات غير المنقولة وإنفاذها على غرار المسائل التي تنشأ عن حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها واستخدام موجودات حوزة الإعسار أو التصرف فيها.

5- 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

47- في دورة الفريق العامل التاسعة والخمسين، أعرب عن التأييد لإضافة إشارة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار إلى التزامات المديرين ومسؤولياتهم بما يتماشى مع الجزء الرابع من الدليل⁽⁵³⁾. وفي الدورة الستين للفريق العامل، لم يتم التوصل إلى اتفاق بشأن إضافة هذه الإشارة. وأشار إلى التعقيدات الناشئة بشأن قواعد

(49) A/CN.9/1088، الفقرة 83 وحاشيتها التي تحيل إلى المادة 11 من الصيغة المنقحة للاتحة الإعسار الأوروبية. وA/CN.9/1094، الفقرة 77.

M. Virgos and E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, (50)

Brussels, 3 May 1996, (the "Virgos-Schmit Report"), paras. 116-119. وهو متاح على الموقع التالي:

<https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency> (جرت زيارته في 2 أيلول/سبتمبر 2022).

(51) انظر، على سبيل المثال، الفقرات 108 و134 و137 و138 من شرح التوصيات من 69 إلى 86.

(52) A/CN.9/1094، الفقرة 77.

(53) A/CN.9/1088، الفقرة 65 (ه).

القانون المنطبق في السياقات العابرة للحدود والسياقات الداخلية التي عولجت فيها التزامات المديرين ومسؤولياتهم في الجزء الرابع من الدليل. ورئي أن من الضروري توضيح الجوانب المتعلقة بالتزامات المديرين ومسؤولياتهم التي ستدرج في إطار القانون الحاكم للعلاقات المتصلة بقانون الشركات والجوانب التي ستدرج في إطار قانون دولة محكمة الإعسار. وإذ لوحظ أن القانون الأخير لن يكون بالضرورة قانون دولة محكمة الإعسار في الولاية القضائية التي يوجد فيها مركز المصالح الرئيسية للمدين، قيل إن قانون الشركات ينبغي أن يظل القانون التكميلي، وإن ذلك لن يستبعد إمكانية إخضاع بعض الجوانب المحدودة من التزامات المديرين ومسؤولياتهم لقانون دولة محكمة الإعسار⁽⁵⁴⁾.

48- وفي ضوء تلك الآراء، لعل الفريق العامل يود أن يواصل مناقشة الحاجة إلى إدراج إشارة صريحة إلى التزامات المديرين ومسؤولياتهم في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، وأن يحدد نطاق تلك الإشارة، إذا أُريد إدراجها. ويستوعب البند في صيغته الحالية التزامات المديرين ومسؤولياتهم أثناء إجراءات الإعسار وفي فترة الاقتراب من الإعسار. والبند (ك) من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، الذي يشير إلى حقوق المدين والتزاماته، بما يشمل المدين المتملك، قد يشمل بالفعل التزامات المديرين ومسؤوليتهم أثناء إجراءات الإعسار. ويتناول الجزء الرابع من الدليل التزامات المديرين ومسؤوليتهم في فترة الاقتراب من الإعسار ويركز على التزامات المديرين التي يمكن إدراجها في القانون المتعلق بالإعسار (يقصد بالإشارة إلى "القانون المتعلق بالإعسار" أن تشمل قانون الإعسار وغيره من القوانين ذات الصلة، مثل قانون الشركات) والتي تصبح واجبة الإنفاذ بمجرد بدء إجراءات الإعسار⁽⁵⁵⁾.

49- ويسلم الدليل بأن نظم المسؤولية المعنية بعدم امتثال المديرين لالتزاماتهم في فترة الاقتراب من الإعسار تختلف اختلافا كبيرا فيما بين الولايات القضائية. ويمكن العثور على جوانب منفصلة من تلك النظم في قوانين مختلفة، بما في ذلك قانون الشركات والقانون المدني والقانون الجنائي وقانون الإعسار. وقد تدرج في أكثر من قانون واحد أو تكون مقسمة بين قوانين مختلفة في ولاية قضائية واحدة. ففي نظم القانون الأنغلوسكسوني، يمكن الوقوف عليها في نصوص القانون المستمدة من الأعراف والسوابق القضائية وفي التشريعات المسنونة. وتكمل هذه الجوانب والقوانين المنفصلة بعضها بعضا على الصعيد الداخلي لضمان أن يكون نظام مسؤولية المديرين الناتج متسقاً وشاملاً.

50- ولعل الفريق العامل يود، لدى مواصلة النظر في المسألة، أن يقيم الآثار المترتبة على تطبيق قانون الشركات بمفرده أو بالاقتران مع قانون دولة محكمة الإعسار في السياق العابر للحدود، ولا سيما كيفية رسم الحدود الفاصلة بين المجالات المحددة لتطبيق كل نظام من نظم مسؤولية المديرين وتحديد نظام المسؤولية الناتج. وفي ذلك السياق، لعل الفريق العامل يود أن يلاحظ عدم وجود فهم موحد لقانون الشركات، واحتمالات أن تنشأ اعتبارات مختلفة تبعا لاختلاف مكان بدء إجراءات الإعسار في الأحوال التالية: (أ) أن تبدأ في مكان مركز المصالح الرئيسية الذي هو نفس مكان تسجيل الكيان المدين أو تأسيسه أو "مقره الحقيقي"⁽⁵⁶⁾؛ (ب) أن تبدأ في مكان مركز المصالح الرئيسية الذي يختلف عن مكان تسجيل الكيان المدين أو تأسيسه أو "مقره الحقيقي"؛ (ج) أن تبدأ في مكان مؤسسة المدين؛ (د) أن تبدأ في مكان موجودات المدين. وبالإضافة إلى ذلك، يقصد بالإشارة إلى "المديرين" في الجزء الرابع من الدليل أن تكون واسعة بحيث تشمل أي شخص يمارس سيطرة فعلية على الكيان المدين (مثل المديرين الفعليين، ومديري الظل، وحملة الأسهم، والمقرضين، وغيرهم). (التوصية 258 وشرحها). وقد ينطوي الأمر على مجموعة مختلفة من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام ومن سبل الانتصاف وآليات الإنفاذ، بما في ذلك التجريد من الأهلية،

(54) A/CN.9/1094، الفقرة 83.

(55) الجزء الرابع، الباب الأول، الفصل الأول، الفقرة 15.

(56) تتبع بعض الولايات القضائية نهج "مكان التأسيس" بينما تتبع ولايات قضائية أخرى نهج "المقر الحقيقي"، على أن فهم المصطلح الأخير ليس موحدًا أيضًا.

تبعاً للأشخاص الذين يتبين أنهم يسيطرون سيطرة فعلية على أعمال المدين في فترة الاقتراب من الإعسار. وقد لا يخضع بعضهم لقانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي (مثل جهات الإقراض المؤسسية).

6- الإجراءات ذات الصلة (المستمدة من قانون الإعسار والمتصلة بإجراءات الإعسار)

51- في معرض الإشارة إلى الفقرة 18 من ورقة العمل A/CN.9/WG.V/WP.179، أثناء الدورة الستين للفريق العامل، اقترح توسيع القائمة الواردة في التوصية 31 من الدليل بإشارات إلى الإجراءات ذات الصلة (المستمدة من قانون الإعسار والمتصلة بإجراءات الإعسار). ولم يناقش الفريق العامل هذا الاقتراح⁽⁵⁷⁾.

52- ويثير البند الإضافي المقترح مسائل تتعلق بالفصل بين الدعاوى المتصلة بالإعسار والدعاوى غير المتصلة به، ونطاق انطباق الأحكام التشريعية (ولا سيما الإشارة إلى "إجراءات الإعسار") وتعريف قانون دولة محكمة الإعسار (ولا سيما الإشارة إلى "القانون" أو "قانون الإعسار")⁽⁵⁸⁾. وفي هذا السياق، لعل الفريق العامل يود أن يستذكر أنه كان قد رُئي في دورته التاسعة والخمسين أنه لن يلزم مواصلة تعديل قائمة قانون دولة محكمة الإعسار في ضوء التفسير الواسع المعتمد لقانون دولة محكمة الإعسار و"إجراءات الإعسار"⁽⁵⁹⁾. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في البند المقترح.

جيم- الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار: نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي

53- رأى الفريق العامل في دورته التاسعة والخمسين أنه سيتعين، في ضوء التطورات التي تشهدها الأسواق المالية ورقمنة النظم المالية، تحديث مضمون الاستثناء الوارد في التوصية 32 من الدليل بشأن إعفاء نظم المدفوعات أو التسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار⁽⁶⁰⁾. واتفق الفريق العامل، في دورته الستين، على أن نطاق هذا الاستثناء بحاجة إلى تحديد صحيح، مشيراً إلى أن النظم والأسواق المزمع شمولها بهذا الاستثناء هي نظم وأسواق متعددة الأطراف وشديدة التكامل بحيث يمكن أن

(57) A/CN.9/1094، الفقرة 71.

(58) اعتُبرت الإجراءات التالية ذات صلة بالإعسار: الإجراءات المستمدة إلى قانون الإعسار لمساءلة المديرين عن الأفعال التي سببت الإعسار في فترة الاقتراب منه؛ الإبطال؛ الطعن في الإجراءات التي يتخذها ممثل الإعسار أو لجنة الدائنين في إطار ممارستها لصلاحياتها أو لسلطاتهما التقديرية؛ الإجراءات الأخرى المستمدة مباشرة من إجراءات الإعسار أو المرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً أو المرتبطة بخاصة بقانون الإعسار (مثل التعديلات المتصلة بالإعسار التي تؤدي إلى معاملة خاصة لمطالبات الأشخاص ذوي الصلة). واعتُبرت أنواع أخرى من الإجراءات غير متصلة بالإعسار، بما في ذلك الإجراءات التي يتخذها ممثل الإعسار سعياً إلى إثبات ملكية المدين لممتلكات أو الإجراءات التي يتخذها ممثل الإعسار استناداً إلى عقد عام أو القانون التجاري من أجل استرداد أموال يُدعى أنها مستحقة للمدين. وارتئي أن تلك الإجراءات كان يمكن أن يتخذها الدائن أو المدين نفسه قبل بدء إجراءات الإعسار، وكان من الممكن أن تحكمها القواعد العادية للولاية القضائية التي تنطبق على المسائل المدنية أو التجارية. وكون ممثل الإعسار قد اتخذ تلك الإجراءات لا يغير طبيعة المطالبة والقانون المنطبق عليها. انظر، على سبيل المثال، القضايا التالية التي رفعت أمام محكمة العدل الأوروبية:

Wiener & Trachte GMBH (شركة قيد التصفية) ضد *Tadzhher*؛ و *Nickeland Goeldner Spedition GmbH* ضد *Kintra* "UAB"؛ و *Tunkers France* ضد *Expert France*؛ و *CeDe Group AB*؛ و *Kornhaas*.

(59) A/CN.9/1088، الفقرات 63 و 64 و 68.

(60) A/CN.9/1088، الفقرة 71. ودُكر الفريق العامل في ذلك الوقت (A/CN.9/WG.V/WP.176، الفقرة 27) بأنه كان قد رأى في دورته الرابعة والأربعين، المعقودة في عام 2013، أن من الضروري تحديث التوصيات ذات الصلة في الدليل من 101 إلى 107 وشروحها التي تتناول العقود المالية والمعاوضة (A/CN.9/798، الفقرتان 26 و 30). ومن بين الأمور التي تناولتها تلك التوصيات ما يلي: (أ) النص على استثناءات للعقود المالية من الوقف فيما يتعلق بجملة أمور، منها إنفاذ شروط إنهاء العقود والمصالح الضمانية؛ (ب) إعفاء الإحالات الاعتيادية السابقة لبدء الإجراءات من الإبطال؛ (ج) التوصية بالاعتراف بنهاية عمليات نظام المدفوعات والتسويات وحماية نهائيتها في حال إعسار أحد المشاركين في ذلك النظام.

يفضي إفسار أحد المشاركين فيها إلى سلسلة من حالات التقصير في أداء المعاملات المتبادلة، مما يمكن أن يسبب ضائقة مالية لمشاركين آخرين في النظام أو السوق ويؤدي، في أسوأ الأحوال، إلى انهيار الأطراف المقابلة الأخرى ماليًا، بما فيها المؤسسات المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي⁽⁶¹⁾. وكثيرًا ما يشار إلى تأثير الدومينو هذا باسم المخاطر النظامية⁽⁶²⁾.

54- وتشير المشاورات التي أجرتها الأمانة مع الخبراء إلى أن الاستثناء ينبغي أن يظل قائمًا وأنه لا ينبغي حصر الإشارات إلى النظم والأسواق في الأسواق الخاضعة للتنظيم الرقابي أو النظم ذات الطابع الهام أو المركزي الممنهج لأن جميع أنواع الأسواق والنظم مترابطة⁽⁶³⁾. فقد يؤدي الفشل في جزء واحد من السلسلة إلى نتائج لا يمكن التنبؤ بها، بما في ذلك فشل السلسلة بأكملها بصورة كبيرة تستلزم تدخل السلطات التنظيمية في النظم والأسواق، التي لا تخضع للتنظيم الرقابي في غير تلك الحالة، لحماية المصالح العامة.

55- وأبلغت الأمانة أيضًا بأنه قد يلزم الاحتفاظ بإشارات منفصلة إلى "نظم المدفوعات والتسويات" من جهة وإلى "الأسواق المالية" من جهة أخرى. وعلى الرغم من أن "نظم المدفوعات والتسويات" تشكل جزءًا من الأسواق المالية وتمثل عنصرًا رئيسيًا في بنيتها التحتية، فإن هذه النظم قد تعمل أيضًا بصورة مستقلة، خارج أي سوق مالية.

56- وأوضح أن النظم والأسواق المعنية لا يمكن أن تتحمل مخاطر المفاضلة بين المحاكم وعدم القدرة على التنبؤ في إطار القانون المنطبق التي قد تنشأ إذا ما أخضعت تلك النظم والأسواق لقوانين أخرى غير القانون غير المنطبق عليها. وستنشأ تلك المخاطر إذا كانت آثار إجراءات الإفسار على النظم والأسواق محكومة بقانون دولة محكمة الإفسار: فقد تبدأ إجراءات الإفسار المتعلقة بمشارك واحد في النظام أو السوق في ولايات قضائية مختلفة بينما عدد المشاركين في أي نظام واحد أو سوق واحدة عادة ما يكون كبيرًا. وقد لا يمكن ضمان اليقين القانوني المطلوب لكفالة سلاسة وصحة عمليات نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية ما لم يُطبق على جميع عمليات تلك النظم والأسواق قانون واحد.

57- ولم يقدم إلى الأمانة أي مثال على حالات يحكم فيها آثار إجراءات الإفسار على حقوق والتزامات المشاركين في نظم المدفوعات والتسويات أو الأسواق المالية قانونًا غير القانون المنطبق على تلك النظم أو الأسواق. بل على العكس من ذلك، جرى التأكيد على أن القطاعات التي ينطبق عليها هذا الاستثناء تعمل بموجب قواعد ومبادئ توجيهية واتفاقيات موحدة تعزز تطبيق قانون النظام أو السوق على جميع الجوانب المتصلة بذلك النظام أو السوق، بما في ذلك آثار إجراءات الإفسار. وقد يؤدي الحيد عن تلك المعايير إلى عواقب سلبية لن تنعكس فحسب على النظم أو الأسواق غير الممتثلة، بل أيضًا على مناخ الاستثمار العام في الولايات القضائية التي تعمل فيها.

58- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي الإبقاء على الاستثناء الوارد في التوصية 32 مع حذف عبارة "الخاضعة للتنظيم الرقابي" وأن تبين في الشرح الحالات التي يقصد أن ينطبق فيها هذا الحكم. وفي حال الإبقاء عليه، يمكن، بغرض تعزيز اليقين القانوني، أن يضاف حكم يؤكد أن القانون المنطبق على النظام أو السوق سينطبق أيضًا على أي دعوى إبطال قد ترفع بشأن المدفوعات أو المعاملات التي جرت في إطار ذلك النظام أو تلك السوق. وبخلاف ذلك، يمكن أن تصبح تلك المدفوعات أو المعاملات قابلة للإبطال بمقتضى قوانين الإفسار الخاصة بمشاركين مختلفين قد تبدأ إجراءات إفسار بشأنهم لأن قانون دولة محكمة

(61) A/CN.9/1094، الفقرة 87.

(62) الفقرة 50 من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.176، التي تحيل إلى التوصيات من 101 إلى 107 من الدليل (انظر على وجه الخصوص الفقرة 213 من ذلك الشرح).

(63) البنك المركزي الأوروبي، ومعهد الاستقرار المالي، والرابطة الدولية لصكوك المقايضة والمشتقات.

الإعسار لا يطبق على دعوى الإبطال إلا في حال عدم النص على غيره. ويمكن أن يصاغ حكم بناء على ذلك على النحو التالي:

"تكون آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين في نظام المدفوعات أو التسويات أو السوق المالية محكومة فقط بالقانون المنطبق على ذلك النظام أو تلك السوق. ويحكم ذلك القانون أيضا دعوى الإبطال التي يجوز رفعها بشأن المدفوعات أو المعاملات التي تتم في إطار ذلك النظام أو تلك السوق."

رابعاً - المسائل التي لم ينظر فيها الفريق العامل بعد

ألف - أولوية الالتزامات الدولية والقواعد الإلزامية الغالبة

59- رأى الفريق العامل، أثناء دورته الستين، أن من الضروري إدراج ضمانات أخرى تكفل احترام سيادة الدول وحماية المصالح الأخرى⁽⁶⁴⁾. ومن الضمانات المعتادة في نصوص الأونسيترال في ذلك السياق إعطاء الأولوية للالتزامات الدولية أو، على نطاق أوسع، تحديد قواعد إلزامية غالبة. ويمكن العثور على تلك الالتزامات أو القواعد الإلزامية في معاهدات واتفاقات دولية، متعددة الأطراف وثنائية على السواء، ومبرمة مع كيانات حكومية أو غير حكومية على السواء أيضا، تعالج شؤون القانون الدولي الخاص وقد تشير إلى قوانين أخرى واجبة التطبيق غير القانون المتوخى في الأحكام التشريعية. ويمكن الوقوف عليها مثلا في القواعد القانونية الملزمة التي تصدرها المنظمات الإقليمية للتكامل الاقتصادي والتي تنطبق على أعضائها.

60- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في الوقت المناسب فيما إذا كان ينبغي إدراج ضمانات من هذا القبيل في الأحكام التشريعية. ويمكن أن يبين في شرح تلك الأحكام أن التوسع بغير ضرورة في تفسير المعاهدات أو الاتفاقات أو القواعد الدولية قد يفضي إلى إفراط في تقييد آثار الأحكام التشريعية، مما يعرقل السعي إلى تحقيق الوحدة واليقين والقدرة على التنبؤ. ولهذا السبب، ينبغي أن تكون هناك صلة كافية بين الالتزام المعني أو القاعدة المعنية من جهة والمسألة التي تتناولها إجراءات الإعسار من جهة لكي يحل الالتزام أو القاعدة محل تطبيق الحكم المتعارض في الأحكام التشريعية.

باء - التفسير

61- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في الوقت المناسب في مدى استصواب إدراج حكم يولى الاعتبار، لدى تفسير الأحكام التشريعية، لأصلها الدولي والحاجة إلى تعزيز التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية. والأثر المتوقع لهذا الحكم هو الحد من إمكانية تفسير الأحكام التشريعية، بمجرد إدماجها في صلب التشريع المحلي، بالرجوع فحسب إلى مفاهيم القانون المحلي.

62- ويمكن اعتبار إدراج هذه الضمانة، التي عادة ما توجد في الاتفاقيات والقوانين النموذجية المنبثقة عن أعمال الأونسيترال، في الأحكام التشريعية ضروريا وهاما لأن هذه الأحكام تتوخى تطبيق قوانين أجنبية، وبالتالي قيام المحاكم في الدول التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار بتحديد تلك القوانين والتحقق منها. ومؤدى ذلك حتماً التعامل مع ثقافات ونظم ومفاهيم قانونية أجنبية قد لا تكون مألوفة للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار. ويمكن في تلك الحالات أن تنزع المحاكم بشدة إلى الرجوع إلى المفاهيم والقواعد المحلية. ويمكن أن يكون ذلك الحكم التشريعي بمثابة تذكرة بضرورة تجنب هذا الميل من أجل توحيد تفسير وتطبيق الأحكام التشريعية. ومن شأنه أيضا أن ينبه إلى أن من المتوقع أن تسوى وفقا للمبادئ العامة، التي تستند إليها الأحكام التشريعية،

(64) A/CN.9/1094، الفقرة 94.

أي مسألة تثار بشأن أي موضوع تحكمه المبادئ التشريعية إذا لم تكن المبادئ التشريعية تحسمها صراحة. وعند الاقتضاء، يمكن تطبيق قواعد قانونية مماثلة لإحداث الآثار المنشودة في إطار الأحكام التشريعية.

جيم - مسائل أخرى

63- أجرى الفريق العامل، في دورته الستين، تبادلاً أولياً للآراء بشأن أحكام قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار التي تثير مسائل تتعلق بالقانون المنطبق في إجراءات الإعسار⁽⁶⁵⁾. واختلفت الآراء بشأن ما إذا كان الوقت قد حان للنظر فيها⁽⁶⁶⁾. وأرجأ الفريق العامل بعض المسائل للنظر فيها في سياق الإجراءات المتزامنة (انظر الفقرتين 1 (ز) و(ح) أعلاه).

64- وقد عولجت في مشروع الشرح بعض الأحكام التي حددت في هذا الشأن. وتتطلب أحكام أخرى مزيداً من التوضيح أو القرارات من جانب الفريق العامل. فعلى سبيل المثال، لا تحدد نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار ترتيباً صارمة بين الإجراءات، لكنها تعطي صدارة معينة للإجراء الأجنبي الرئيسي⁽⁶⁷⁾، أما في سياق إعسار مجموعة المنشآت، فتعطيها إجراءات التخطيط⁽⁶⁸⁾. ومن الحجج الداعية إلى تجنب فرض ترتيبية صارمة بين الإجراءات المتزامنة عدم عرقلة قدرة المحاكم وممثلي الإعسار دون داع على التعاون فيما بينهم عن طريق ممارسة سلطتهم التقديرية بمقتضى الأحكام ذات الصلة بالتعاون والتنسيق⁽⁶⁹⁾. وهذه الترتيبية الضمنية بين الإجراءات جلية في أحكام قانون الإعسار عبر الحدود المتعلقة بالانتصاف⁽⁷⁰⁾ وآثار الاعتراف⁽⁷¹⁾ والنطاق المحدود للإجراءات المحلية بعد الاعتراف بالإجراء الرئيسي الأجنبي⁽⁷²⁾، وفي المادة 14 (هـ) و(ح) من القانون النموذجي للاعتراف والإنفاذ، وفي مختلف جوانب قانون إعسار مجموعات المنشآت⁽⁷³⁾. وفي الوقت نفسه، تعطي المادة 29 من قانون الإعسار عبر الحدود بعض الأسبقية للإجراءات المحلية على الإجراءات الأجنبية، سواء كانت رئيسية أو غير رئيسية، باشتراطها أن يكون تدبير الانتصاف المتخذ لمساعدة الإجراء الأجنبي متسقاً مع الإجراءات في الدولة المشتركة.

(65) A/CN.9/1094، الفقرة 97.

(66) A/CN.9/1094، الفقرة 97.

(67) انظر، على سبيل المثال، الفقرات 1 و21 و44 و31 و132-133 و144 و175 و193 و202 من دليل الاشتراع والتفسير.

(68) انظر، على سبيل المثال، المواد 20 و23 و24 من قانون إعسار مجموعات المنشآت وشروحها.

(69) A/52/17، الفقرة 108.

(70) انظر، على سبيل المثال، المواد 19-4 و21-3 و23-2 و29 (ج) و30 من قانون الإعسار عبر الحدود.

(71) المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود.

(72) المادة 28 من قانون الإعسار عبر الحدود.

(73) انظر دليل الاشتراع، الفقرتين 107 و118.