

Distr.: Limited
7 February 2023
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الثانية والستون
نيويورك، 17-20 نيسان/أبريل 2023

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

2	أولاً - مقدمة
2	ثانياً - مشاريع الأحكام التشريعية والشرح المصاحب لها
2	ألف - المقاصد والأهداف
5	باء - نطاق انطباق الأحكام التشريعية
9	جيم - التعاريف
11	دال - أولوية الالتزامات الدولية
11	هاء - الاستثناء المتعلق بالنظام العام
12	واو - التفسير
13	زاي - القانون المنطبق على نحو تكميلي في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار
27	حاء - الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار



الرجاء إعادة استعمال الورق



أولاً - مقدمة

1- يوفر جدول الأعمال المؤقت للدورة الثانية والستين للفريق العامل (A/CN.9/WG.V/WP.185) معلومات أساسية عن المشروع المتعلق بالقانون المنطبق في إجراءات الإعسار الذي أحالته اللجنة إلى الفريق العامل في دورتها الرابعة والخمسين، في عام 2021⁽¹⁾. وطلب الفريق العامل إلى الأمانة، في دورته الحادية والستين، أن تنقح مشاريع الأحكام التشريعية والشرح وأن تجمعها معا في وثيقة واحدة لكي ينظر فيها الفريق العامل في دورته التالية. وكان مفهوما أن اتخاذ النص شكل قانون نموذجي سيظل في الوقت الراهن افتراضا عمليا⁽²⁾. ولا يزال يتعين على الفريق العامل أن يتفق على الشكل النهائي للصك وعلى كيفية تفاعل النص النهائي مع نصوص الأونسيترال الحالية في مجال قانون الإعسار.

2- وتورد الأمانة مشاريع الأحكام التشريعية المنقحة والشرح المصاحب لها في الفصل الثاني أدناه. وتشير الحواشي المكتوبة بخط داكن المصاحبة لمشاريع الأحكام التشريعية وشرحها إلى مصدر التنقيحات. ويراد بالحواشي الأخرى المصاحبة لتلك المواد أن تبقى في النص النهائي حسب الاقتضاء تبعا لشكله النهائي. وتورد قبل مشاريع المواد المسائل المعروضة على الفريق العامل لكي ينظر فيها. وتحفظ الأمانة مؤقتا بالإشارات إلى الأحكام التشريعية على أساس أنه سيستعاض عنها في الوقت المناسب بإشارات مناسبة للشكل المتفق عليه للصك.

ثانياً - مشاريع الأحكام التشريعية والشرح المصاحب لها

ألف - المقاصد والأهداف

3- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في مشروع الحكم التشريعي والشرح المصاحب له، الذي نُقح لكي يجسد مداولات الفريق العامل في دورته الحادية والستين. وعلى وجه الخصوص، وُسع نطاق مشروع الشرح بإيراد توضيح لمصطلح "المفاضلة التعسفية بين المحاكم" الوارد في مشروع الحكم التشريعي. ووفقا لما اتفق عليه الفريق العامل، ترد كلمة "التعسفية" بين معقوفتين في مشروع الحكم التشريعي لكي يواصل الفريق العامل النظر فيها⁽³⁾. وعلاوة على ذلك، أدرج نص إضافي في نهاية مشروع الشرح يوضح نطاق الأحكام التشريعية. وهو يجسد الاتفاق الذي توصل إليه الفريق العامل بشأن هذه المسألة في دورته الحادية والستين (انظر مشروع الحكم التشريعي بشأن نطاق انطباق الأحكام التشريعية في القسم بآ أدناه). وفي ضوء ذلك الاتفاق، أدخلت تغييرات في جميع أنحاء مشروع النص لتوضيح النطاق الضيق للمشروع على نحو أفضل.

1- مشروع حكم تشريعي

الديباجة

الغرض من هذه الأحكام التشريعية هو توفير قواعد واضحة لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإفقالها وآثارها ("القانون المنطبق") (governing law)، بما في ذلك الإجراءات المترتبة المتعلقة بمدين واحد أو بأعضاء في مجموعة منشآت، بغية تحقيق الأهداف الرئيسية لإجراءات إعسار تتسم

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

(2) A/CN.9/1126، الفقرة 80.

(3) المرجع نفسه، الفقرة 58.

بالفعالية والكفاءة⁽⁴⁾، بما يشمل اليقين القانوني وإمكانية التنبؤ⁽⁵⁾، والتقليل من خطر المفاضلة [التعسفية]⁽⁶⁾ بين المحاكم وغير ذلك من الأفعال الضارة بالدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة.

2- مشروع الشرح

- 1- تنص الأحكام التشريعية على قواعد لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وآثارها ("القانون المنطبق"). وهي تهدف إلى إرساء الوضوح في هذا الصدد، وخصوصاً فيما يتعلق بإجراءات الإعسار التي تشمل موجودات أو أطرافاً موجودين في ولايات قضائية مختلفة.
- 2- ومن المستصوب أن يتوخى الوضوح بشأن تلك المسائل للأسباب التالية. فالمعايير المقررة لتحديد القانون الذي يحكم الجوانب الإجرائية لإجراءات الإعسار، مثل بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها، لا تختلف اختلافاً كبيراً فيما بين الولايات القضائية - فقانون المكان الذي تبدأ فيه إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) ينظم تلك المسائل. إلا أن معايير مختلفة تستخدم لتحديد القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على أنواع معينة من الموجودات والحقوق والمطالبات (مثل الحقوق العينية وحقوق المقاصة). وتوجد في بعض الولايات القضائية استثناءات من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار في تلك الحالات، بينما قد لا يتطرق القانون في ولايات قضائية أخرى إلى تلك المسائل أو قد لا يتناولها إلا جزئياً. وهذا التنوع في عدد تلك الاستثناءات ونطاقها، أو عدم وجود أي قواعد بشأن تلك المسائل، الأمر الذي ينتج عنه أن يُترك للمحاكم تحديد القانون المنطبق على أساس كل حالة على حدة، يؤدي إلى عدم اليقين وعدم إمكانية التنبؤ.
- 3- ويصبح التحقق من القانون المنطبق أكثر تعقيداً في حال وجود عدة إجراءات متزامنة متعلقة بنفس المدين أو بأعضاء في مجموعة منشآت، يخضع كل منها للقواعد الخاصة به لتحديد القانون المنطبق. وقد تكون الإجراءات المتزامنة عبارة عن أي مزيج مؤلف من إجراء رئيسي أجنبي (يمكن أن يصبح أحدها إجراء التخطيط بمقتضى قانون الأونسيتال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت) (قانون إعسار مجموعات المنشآت)⁽⁷⁾، وإجراء أجنبي غير رئيسي، وإجراء إعسار لا يندرج في عداد إجراءات الإعسار الأجنبية الرئيسية أو غير الرئيسية يستهل في مكان موجودات المدين (انظر المادة 28 من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود) (قانون الإعسار عبر الحدود)⁽⁸⁾. وقد يصبح بعض تلك الإجراءات موضوع إعتراف في دول أخرى قد تفتح أو لا تفتح إجراءات إعسار ثانوية محلية. وقد تطبق الدولة المعترفة 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) و 21 (1) (ج) و 21 (1) (ز) من قانون الإعسار عبر الحدود)، والمساعدة الإضافية (المادة 7 من قانون الإعسار عبر الحدود) وتوزيع الموجودات بين إجراءات مختلفة (المواد 21 (3) و 23 (2) و 28 و 29 (ج) من قانون الإعسار

(4) اتفق الفريق العامل على الاستعاضة عن عبارة "قانون الإعسار" بعبارة "إجراءات الإعسار". المرجع نفسه، الفقرة 57 (ب).

(5) اتفق الفريق العامل على إضافة إشارات إلى اليقين القانوني وإمكانية التنبؤ. المرجع نفسه، الفقرة 57 (أ).

(6) طلب الفريق العامل إدراج كلمة "التعسفية" بين معقوفتين في هذا الحكم التشريعي، لمواصلة النظر فيها. المرجع نفسه، الفقرة 58.

(7) منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2020. قانون الأونسيتال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت مع دليل الاشتراع (2019) - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

(8) منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2014. متاح في: قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (1997) | لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

عبر الحدود). وقد تعترف الدولة المعترفة أو لا تعترف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي (لإجراءات رئيسية أو غير رئيسية أو غيرها من إجراءات الإعسار). وتتطلب تلك الإجراءات المتزامنة أو المتوازنة توضيح القانون المنطبق أو التنسيق في تطبيق عدة قوانين منطبقة.

4- ولا تتناول نصوص الأونسيتال السابقة المتعلقة بالإعسار تلك المسائل، وهي لا تيسر إلا بقدر محدود الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار التي للإجراء الرئيسي الأجنبي وإنفاذها عبر الحدود.

5- والغرض الرئيسي من الأحكام التشريعية هو سد تلك الثغرات بتوفير قواعد بسيطة وواضحة لتناول مسألة القانون المنطبق الذي يمكن للدول أن تدرجه 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) ينظم جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها، وآثارها على الأشخاص والحقوق والمطالبات والإجراءات؛ (ب) شرح معنى ذلك القانون ونطاقه؛ (ج) النص على عدد محدود من الاستثناءات من تلك القاعدة؛ (د) تحديد نطاق كل استثناء ومتى ينطبق؛ (هـ) وضع قواعد لتحديد القانون المنطبق، أو تنسيق تطبيق عدة قوانين منطبقة، في الإجراءات المتزامنة المتعلقة بمدين واحد أو بأعضاء في مجموعة منشآت].

6- ومن المتوقع أن يساعد التقيد بالإطار المقترح في الأحكام التشريعية على الحد من الاختلافات وسد الثغرات التي تخلفها القواعد المجزأة أو غير الكاملة بشأن المسائل التي تتناولها الأحكام التشريعية. 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.

7- وإضافة إلى ذلك، يمكن للدول، بالتقيد بالأحكام التشريعية، أن تقلل من مخاطر المفاضلة [التعسفية]⁽⁹⁾ بين المحاكم وغير ذلك من الأفعال الضارة بالدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة. وتتكفل المحاكم بتقرير ما يعتبر "تعسفياً" على أساس كل حالة على حدة. ويعد تحديد الولاية القضائية المثلى لمعاملة أو إجراءات معينة ما، بما في ذلك إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم، واتخاذ تدابير لكي يتسنى تطبيق قانون تلك الولاية القضائية، أمراً مقبولاً عموماً في ولايات قضائية عديدة. إلا أن الخيارات التي تنفذ لغرض الحصول على وضع قانوني أفضل على حساب عموم الدائنين أو لأغراض أخرى غير سليمة تعتبر عادة خيارات تعسفية. وهي تشمل استغلال القوانين المنفتحة في ستر الموجودات من آثار قانون الإعسار التي يخضع لها أحد الأطراف أو كلهم فوراً أو مستقبلاً، أو في التهرب من التزامات أو مسؤوليات أخرى، بسبل من بينها إحباط إنفاذ الحكم.

8- وتهدف الأحكام التشريعية إلى تحقيق توازن مناسب بين الاعتبارات المتنافسة التي قد تنطوي عليها إجراءات الإعسار. فعلى سبيل المثال، قد يكون محبذاً، في إطار اعتبار الكفاءة، أن تطبق المحكمة في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار قانون دولة محكمة الإعسار على جميع المسائل الناشئة في إجراءات الإعسار، وذلك لأن المحكمة هي الأقدر على تفسير قانونها وتطبيقه؛ وفي حال قيام المحكمة بتطبيق قانون أجنبي، قد تواجه الحاجة إلى التعرف على محتوى ذلك القانون الآخر وتفسيره والتعامل مع الفئات

(9) طلب الفريق العامل إدراج كلمة "التعسفية" بين معقوفتين في مشروع الحكم التشريعي، وتوضيح الغرض منها في مشروع الشرح، مما سيتيح للفريق العامل إمكانية البت في دورته القادمة بشأن الإبقاء على تلك الصفة أم لا (A/CN.9/1126، الفقرة 58).

القانونية الأجنبية التي قد تكون غير معروفة لنظامها القانوني⁽¹⁰⁾. وقد تفوق اعتبارات أخرى، على سبيل المثال فيما يخص عقود العمل وعلاقات العمل، اعتبار الكفاءة، وتستلزم تطبيق القانون الأجنبي.

9- ويقتصر نطاق الأحكام التشريعية على مسائل القانون المنطبق ولا يشمل القواعد المتعلقة بتحديد صحة ونفاذ الحقوق أو المطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار. ويظل ذلك القانون مسألة تقررها قواعد القانون الدولي الخاص (بشأن تنازع القوانين) (فيما يلي "قواعد القانون الدولي الخاص") في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار أو في دولة المحكمة الأخرى التي يجوز فيها رفع إجراءات ذات صلة بالإعسار (مثل الفصل في المطالبات أو دعاوى الإبطال)⁽¹¹⁾. وإجراءات الإعسار لا تحل محل تلك القواعد، ولكنها قد تحدث آثاراً على الحقوق الصحيحة والنافذة السابقة لبدء الإجراءات، وذلك مثلاً بتعليق أو إنهاء: الحق في بدء إجراءات تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم أبرم قبل بدء إجراءات الإعسار؛ وحق الدائن في تعويض مطالباته ضد المدين؛ والحقوق الناشئة عن المعاملات التي أبطلت في إجراءات الإعسار؛ وحقوق الإنفاذ.

باء - نطاق انطباق الأحكام التشريعية

4- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في مشروع الحكم التشريعي والشرح، الذي نُقح لكي يجسد مداولات الفريق العامل في دورته الحادية والستين⁽¹²⁾. وقد ينظر بوجه خاص فيما إذا كان ينبغي الإبقاء على النص الوارد بين معقوفتين في الفقرة 2.

1- مشروع حكم تشريعي

نطاق الانطباق

- 1- تنص الأحكام التشريعية على قواعد لتحديد القانون المنطبق.
- 2- لا تنص الأحكام التشريعية على أحكام لتحديد القانون المنطبق على صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار. [وَيُعَيَّن القانون المنطبق على صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار بواسطة *أُحدد قواعد القانون الدولي الخاص للدولة المشتربة*]. وما لم تنص هذه الأحكام التشريعية على خلاف ذلك، لا يجوز أن تحل إجراءات الإعسار محل تلك القواعد.⁽¹³⁾
- 3- لا تنطبق الأحكام التشريعية على أي إجراء يتعلق *بِأَيٍّ أَنْوَاعٍ مِنَ الْمُنْشَأَتِ*، مثل المصارف أو شركات التأمين، التي تخضع لنظام خاص للإعسار في هذه الدولة وتود هذه الدولة أن تستعدها من مجال تطبيق الأحكام التشريعية⁽¹⁴⁾.

(10) أعيدت صياغتها بناء على التعليقات التي أبدت في الفريق العامل (المرجع نفسه، الفقرة 59).

(11) المرجع نفسه، الفقرة 60.

(12) المرجع نفسه، الفقرات 60-62.

(13) أعيدت صياغتها بناء على الآراء المعرب عنها في الفريق العامل (المرجع نفسه، الفقرة 60).

(14) أُضيفت بناء على الآراء المعرب عنها في الفريق العامل (المرجع نفسه، الفقرة 61).

2- مشروع الشرح

معلومات عامة

- 1- يرتبط نطاق انطباق الأحكام التشريعية بمفهوم "إجراءات الإعسار" (15) و"بدء إجراءات الإعسار" (16). وتحدد نصوص الأونسيتال 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 (17)؛ (ب) أن تتم وفقا لقانون يتصل بالإعسار (بما يشمل قانون الشركات) (18)؛ (ج) أن تخضع لمراقبة محكمة أو إشرافها (بما يشمل المدين الممتلك) (19)؛ (د) أن تتعلق بمدين (شخص طبيعي أو اعتباري) يعاني من ضائقة مالية شديدة أو معسر (20)؛ (هـ) أن يكون الهدف منها تصفية الكيان المدين أو إعادة تنظيمه ككيان تجاري (21).
- 2- وتشمل "إجراءات الإعسار" بمقتضى نصوص الأونسيتال المتعلقة بالإعسار ما يلي: (أ) "التصفية"، التي تعرف بأنها إجراءات لبيع الموجودات والتصرف فيها من أجل التوزيع على الدائنين وفقا لقانون الإعسار (22)؛ (ب) "إعادة التنظيم"، التي تعرف بأنها عملية يمكن بها لمنشأة المدين أن تسترد عافيتها المالية وقررتها على البقاء وأن تواصل عملها، باستخدام وسائل شتى يمكن أن تشمل الإعفاء من الديون، وإعادة جدولة الديون، وتحويل الديون إلى أسهم في رأس المال، وبيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة (23)؛ (ج) "إجراءات إعادة التنظيم المعجلة" التي تجمع بين مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وقبول خطة تنص على إجراءات معجلة تُسيّر بمقتضى قانون الإعسار لكي تقرها المحكمة (24)؛ (د) إجراءات الإعسار المبسطة (25)؛ (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 (26).

(15) المسرد الوارد في دليل الأونسيتال التشريعي لقانون الإعسار ("الدليل" و"المسرد")، المصطلحان (ق) و(ش)، اللذان يتعين قراءتهما معا وكذلك بالاقتران مع التوضيح المقدم في الفقرة 2 من الجزء الأول؛ ودليل اشتراط القانون النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها (دليل الاشتراط)، الفقرات 22 و48 و49؛ ودليل اشتراط وتفسير قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (دليل الاشتراط والتفسير)، الفقرات 48-51 و65-80.

(16) انظر التوصيات 14-29 من الدليل. "بدء إجراءات [الإعسار]": هو التاريخ الذي يبدأ فيه سريان مفعول إجراءات الإعسار سواء أكان قد خُدد بموجب قانون أم قرار قضائي (المسرد، المصطلح (ح)).

(17) دليل الاشتراط والتفسير، الفقرات 69-72.

(18) دليل الاشتراط والتفسير، الفقرة 73.

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

(20) دليل الاشتراط والتفسير، الفقرات 1 و48 و49 و65 و67، التي تحيل إلى التوصيتين 15 و16 من الدليل اللتين تحددان معايير بدء إجراءات الإعسار. وفي حال تقدم المدين بطلب لبدء إجراءات الإعسار، تكون المعايير كما يلي: أن يكون المدين أو سيكون عاجزا عموما عن سداد ديونه لدى استحقاقها أو أن تتجاوز التزاماته المالية قيمة موجوداته (يوصي الدليل بأن يُسمح للمدينين المؤهلين، في إجراءات الإعسار المبسطة، بتقديم طلب لبدء إجراءات إعسار مبسطة في مرحلة مبكرة من الضائقة المالية دون الحاجة إلى إثبات الإعسار (التوصية 294)). وفي حال تقدم الدائن (الدائنون) بطلب لبدء إجراءات الإعسار، تكون المعايير كما يلي: أن يكون المدين عاجزا عموما عن سداد ديونه لدى استحقاقها أو أن تتجاوز التزامات المدين المالية قيمة موجوداته.

(21) دليل الاشتراط والتفسير، الفقرتان 77 و78.

(22) المسرد، المصطلح (ث).

(23) المسرد، المصطلح (ك ك).

(24) انظر النص المتعلق بالغرض من الأحكام التشريعية الذي يسبق التوصية 160 من الدليل؛ ودليل الاشتراط والتفسير، الفقرة 75.

(25) الدليل، الجزء الخامس.

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

3- وأي إجراءات أخرى لا تفي 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 إجراء للإنهاء التدريجي لكيان أو المحافظة عليه التي لا تتضمن أيضا أحكاما لمعالجة مطالبات الدائنين الآخرين⁽²⁷⁾. وتستبعد أيضا الإجراءات القضائية أو الإدارية المتخذة بشأن كيان موسر التي لا تسعى إلى إعادة هيكلة شؤونه المالية بل إلى إلغاء صفته القانونية⁽²⁸⁾. وتقع أيضا خارج نطاق الأحكام التشريعية تدابير أو ترتيبات التسوية المالية المتخذة بين المدين وبعض دائنيه على أساس تعاقدى صرف فيما يتعلق ببعض الديون التي لا تفضي فيها المفاوضات إلى بدء إجراء إعسار بمقتضى قانون الإعسار⁽²⁹⁾. وإضافة إلى ذلك، تستبعد أيضا الإجراءات المعدةة حصريا للحيلولة دون تبديد الموجودات وهدرها، لا تصفية حوزة الإعسار أو إعادة تنظيمها، وكذلك الإجراءات المعدةة لمنع ضرر يلحق بالمستثمرين لا بجميع الدائنين⁽³⁰⁾.

الفقرة 1

4- تركز الأحكام التشريعية على قواعد لتحديد القانون المنطبق. وذلك القانون يحكم ما يلي: (أ) الجوانب المتعلقة بالولاية القضائية والأهلية والجوانب الإجرائية لإجراءات الإعسار، مثل بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها؛ (ب) آثار إجراءات الإعسار على الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات (أي كيفية معاملة كل من هذه الحقوق والمطالبات في إجراءات الإعسار)؛ (ج) الحقوق والمطالبات والإجراءات والمنازعات اللاحقة لبدء الإجراءات.

5- ومن أمثلة المسائل التي تشملها الفقرة (أ) ما يلي: معايير بدء الإجراءات؛ والإشعارات ببدء إجراءات الإعسار؛ ورفض الطلب أو رفض الإجراءات؛ وأنواع الإجراءات؛ وخطوات الإجراءات؛ وتحويل الإجراءات؛ ومتطلبات وآليات الإشراف والموافقة؛ وإجراءات تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها.

6- ومن أمثلة المسائل التي تشملها الفقرة (ب) ما يلي: الوضع النسبي للمطالبات إزاء بعضها البعض (أي الترتيب والأولويات)؛ والإبطال؛ والقيود والتعديلات التي يمكن أن تخضع لها الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات من أجل تحقيق الأهداف الجماعية لإجراءات الإعسار (مثل وقف الإجراءات⁽³¹⁾ أو إنزال المرتبة). وهي تشمل آثار إجراءات الإعسار على صحة ونفاذ الحقوق في بدء إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاقات التحكيم المبرمة، الصحيحة والنافذة قبل بدء إجراءات الإعسار، وعلى إنفاذ الحقوق والمطالبات الصحيحة والنافذة المنبثقة عن قرارات تحكيم صدرت قبل بدء إجراءات الإعسار.

7- ومن أمثلة المسائل التي يشملها البند (ج) ما يلي: الحقوق والمطالبات الناشئة عن استخدام موجودات حوزة الإعسار والتصرف فيها وفيما يتعلق بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ وصلاحيات ممثل الإعسار وواجباته ووظائفه ومسؤوليته والطعون المقدمة ضد أي إجراءات يتخذها ممثل الإعسار؛ وتحديد النفقات الإدارية والإذن بها؛ والطعون المقدمة ضد خطط إعادة التنظيم؛ وإبراء الذمة من الديون.

(27) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 69.

(28) دليل الاشتراع، الفقرة 22؛ ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرتان 48 و73.

(29) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 78.

(30) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 77.

(31) "وقف الإجراءات": هو تدبير يمنع بدء الإجراءات القضائية أو الإدارية أو غيرها من الإجراءات الفردية المتعلقة بموجودات المدين أو حقوقه أو التزاماته أو مسؤولياته أو يعلق مواصلة تلك الإجراءات مؤقتا، بما في ذلك الدعاوى الرامية إلى إنفاذ مصالح ضمانية على أطراف ثالثة أو إنفاذ مصلحة ضمانية؛ وهو يمنع فرض حجز على موجودات حوزة الإعسار، وإنهاء أي عقد مع المدين، وإحالة أي موجودات أو حقوق تابعة لحوزة الإعسار أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى (المسرد، المصطلح (ص ص)).

الفقرة 2

8- وفقا لما ورد في الفقرة 2 من الحكم التشريعي، لا تنص الأحكام التشريعية على قواعد لتحديد القانون المنطبق على صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار. ومن أجل تحديد ذلك القانون، تطبق المحكمة التي تراقب إجراءات الإعسار أو تشرف عليها أو أي محكمة أخرى تفصل في مسألة ذات صلة بالإعسار (بمقتضى شرط اختصاصي في عقد مبرم مع المدين مثلاً) قواعد القانون الدولي الخاص لدولتها، بما في ذلك أي اتفاقيات دولية أو اتفاقات أخرى نافذة بالنسبة لتلك الدولة. ويجسد هذا النهج في التوصية 30 من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار⁽³²⁾ ("الدليل"). فعلى سبيل المثال، جرت العادة على أن يحدّد القانون الذي يحكم العقد ما إذا كانت هناك مطالبة تعاقدية حيال المدين المعسر، ومبلغ تلك المطالبة؛ وأن يحدّد قانون الدولة التي توجد فيها الموجودات (قانون موقع المال⁽³³⁾) ما إذا كانت هناك مصالح ضمانية في الموجودات غير المنقولة قد أنشئت لصالح دائن معين. ولا تحل هذه الأحكام التشريعية محل قواعد القانون الدولي الخاص والقانون الواجب التطبيق الناتج عن تطبيق تلك القواعد.

9- ومع ذلك، حسبما ذكر في شرح الفقرة 1 من الحكم التشريعي أعلاه، تُحدّث إجراءات الإعسار آثاراً على الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات، وتندرج تلك الآثار في إطار القانون المنطبق، وليس قواعد القانون الدولي الخاص⁽³⁴⁾.

10- وبناءً على ذلك، لا تضع الأحكام التشريعية قواعد لتحديد أماكن الموجودات. فتلك القواعد جزء من قواعد القانون الدولي الخاص، ومن ثم لها وجهة في تقييم صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار⁽³⁵⁾. وتنطبق عليها صكوك دولية أخرى⁽³⁶⁾.

11- وبالمثل، لا تضع الأحكام التشريعية قواعد للولاية القضائية⁽³⁷⁾. وعلى الرغم من أن قواعد الولاية القضائية ذات صلة بالقانون المنطبق، وخصوصاً الاعتراف بآثار إجراءات الإعسار وإنفاذها عبر الحدود، فإنها تُتناول في نصوص أخرى، بما فيها نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار⁽³⁸⁾. فعلى سبيل المثال، يوصي الدليل بأن يحدد قانون الإعسار المدينين الذين لهم صلة بالدولة تكفي لكي يخضعوا لقانونها بشأن الإعسار والأسس التي يمكن أن يستند إليها إخضاع المدين لقانون الإعسار، بحيث يتضمن أن يكون إما مركز المصالح الرئيسية للمدين أو مؤسسة للمدين في الدولة⁽³⁹⁾.

(32) متاح في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار | لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

(33) المسرد، المصطلح (ذ).

(34) للاطلاع على أمثلة لصكوك الأونسيترال وغيرها من الصكوك الدولية التي تعترف بآثار إجراءات الإعسار على الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات، انظر مثلاً التوصيتين 3 و 88 من الدليل؛ والتوصية 223 من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة وشرح المادة 94 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة؛ والمادة 14-2 من اتفاقية اليونيدرو بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط.

(35) A/CN.9/1126، الفقرتان 40 و 62.

(36) على سبيل المثال، المادتان 90 و 91 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة.

(37) A/CN.9/1126، الفقرة 62.

(38) على سبيل المثال، المادة 14 (ز) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها، والفقرات 110-115 من دليل الاشتراع.

(39) انظر التوصية 10 والشرح المصاحب لها. وتشير حاشية ملحقة بتلك التوصية إلى أن ثمة أسس أخرى، مثل وجود الموجودات، تستخدم في بعض الولايات القضائية، ولكن لا يوصى بها.

12- وبالمثل، لا تضع الأحكام التشريعية قواعد لتوزيع الموجودات بين الإجراءات المتزامنة المحتملة. وقد تتناول صكوك دولية أخرى تلك الجوانب⁽⁴⁰⁾.

الفقرة 3⁽⁴¹⁾

13- صيغت الأحكام التشريعية بحيث تنطبق على أي إجراء إيسار، ولكن الفقرة 3 تتوخى إمكانية أن ترغب الدول المشتركة في استبعاد بعض المسائل من نطاقها. وعلى غرار الفقرة 2 من المادة 1 من قانون الإعسار عبر الحدود وقانون إيسار مجموعات المنشآت، كليهما، تشير الفقرة 3 إلى الإجراءات المتعلقة بالمصارف وشركات التأمين وغيرها من الكيانات المماثلة كأمثلة على الإجراءات التي قد تقرر الدولة المشتركة أن تستبعد من نطاق انطباق الأحكام التشريعية.

14- ولدى اشتراح الفقرة 3، لعل الدولة تود أن تتأكد من أنها لا تحد عن غير قصد ودون استصواب من تطبيق القواعد الواردة في الأحكام التشريعية. ولعل الدولة المشتركة تود أن تحافظ على القدرة على تطبيق القواعد نفسها في جميع إجراءات الإعسار بصرف النظر عن القطاعات التي تجري فيها إجراءات الإعسار وبصرف النظر عن الكيانات التي تستهل بشأنها إجراءات الإعسار. وفي حال رغبت الدولة المشتركة أن تحدد استثناءات محتملة من تطبيق الأحكام التشريعية، من المستصوب أن تذكر الدولة المشتركة صراحة في الفقرة 3 أي استبعادات من نطاق الأحكام التشريعية، بغية جعل قانون الإعسار الداخلي أكثر شفافية.

جيم - التعاريف

5- يستنسخ مشروع الحكم التشريعي والشرح المصاحب له النص الذي كان معروضا على الفريق العامل في دورته الحادية والستين، مع إدخال تعديلات طفيفة على مشروع الشرح تجسيدا للآراء المعرب عنها في تلك الدورة⁽⁴²⁾. ورأت الأمانة أن من السابق لأوانه اقتراح أي مصطلحات إضافية لإدراجها في قسم التعاريف من مشروع النص، في ضوء المسائل المتعلقة المتصلة بتلك المصطلحات، ومنها على سبيل المثال:

(أ) قانون دولة التحكيم⁽⁴³⁾، باعتباره ذا صلة بنظر الفريق العامل في القانون الذي يحكم آثار بدء إجراءات الإعسار على معاملة إجراءات التحكيم الجارية أو المعلقة (انظر الباب حاء-3 أدناه، أيضا بشأن مسائل التقاضي ذات الصلة التي لم ينظر فيها الفريق العامل بعد)؛

(ب) قانون موقع المال، باعتباره ذا صلة بنظر الفريق العامل في القانون الذي يحكم آثار بدء إجراءات الإعسار على الحقوق العينية، المؤجل من دورات سابقة (انظر البند (ي) من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار)؛

(ج) قانون الشركات⁽⁴⁴⁾، باعتباره ذا صلة بنظر الفريق العامل في القانون المنطبق على التزامات المديرين ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار. وعلى الرغم من الاتفاق على أن مشروع الأحكام التشريعية المقبل لن يُدرج في نطاق قانون دولة محكمة الإعسار إلا أسباب الدعاوى المرفوعة ضد المديرين التي ترتبط

(40) انظر مثلا Regulation (EU) 848/2015 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (the "EIR recast"), article 15.

(41) A/CN.9/1126، الفقرة 61.

(42) المرجع نفسه، الفقرات 63-65.

(43) المرجع نفسه، الفقرة 42. ينظم "قانون دولة التحكيم" إلى حد كبير المسائل الإجرائية مثل الخطوات التي يجب أن تتبعها هيئة التحكيم لضمان أن يكون قرارها صحيحا وقابلا للإنفاذ (مثل تبليغ الأطراف بإشعار التحكيم) والعلاقة بين هيئة التحكيم والمحاكم الكائنة في الولاية القضائية حيث يوجد مقر هيئة التحكيم. وقانون دولة التحكيم ليس قانونا موضوعيا تطبقه هيئة التحكيم لحل المنازعة المعروضة عليها.

(44) لا يوجد تعريف موحد لهذا المصطلح. وقد يشير المصطلح إلى قانون الدولة الذي يحكم علاقات المدين أو شؤونه الداخلية بموجب قانون الشركات. انظر الحاشية 107 أدناه.

ارتباطا وثيقا بإجراءات الإعسار، فإن الفريق العامل أرجأ النظر في كيفية تحقيق ذلك (انظر مشروع شرح البند (ر) من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار أدناه).

1- مشروع حكم تشريعي

التعريف

لأغراض هذه الأحكام التشريعية:

(أ) "قانون دولة محكمة الإعسار": هو قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار⁽⁴⁵⁾.

2- مشروع الشرح

1- ينبغي تفسير "قانون دولة محكمة الإعسار"، لأغراض الأحكام التشريعية، تفسيرا واسعا على أنه يشمل قانون الإعسار في دولة بدء إجراءات الإعسار وكذلك قوانينها غير المتعلقة بالإعسار التي لها صلة بالإعسار⁽⁴⁶⁾. وتقيّم الصلة الكافية بالإعسار في كل حالة على حدة، ولكن الأمثلة المعتادة للقوانين غير المتعلقة بالإعسار التي تتصل اتصالا كافيا بالإعسار تشمل ما يلي: (أ) القانون الذي يتناول التزامات المديرين ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار في سياق إجراءات الإعسار⁽⁴⁷⁾؛ (ب) القانون الذي يتناول إجراءات إعادة هيكلة الديون في الإجراءات السابقة للإعسار⁽⁴⁸⁾؛ (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 منظمي المشاريع الفرديين؛ (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 قيودا 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 (renvoi) إلى تلك القواعد مستبعدة. ويتمشى ذلك مع النهج المتبعة في النصوص الدولية الأخرى⁽⁴⁹⁾. والهدف من ذلك النهج هو تعزيز اليقين فيما يتعلق بالقانون المنطبق. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الإشارة إلى قانون دولة أجنبية لن تشمل القانون العام لتلك الدولة، أي القانون المتعلق بممارسة دولة أجنبية لسلطاتها السيادية. ومع ذلك، فإن قانون دولة محكمة الإعسار قد يتناول معاملة المطالبات العمومية الأجنبية وترتيب أولويتها (مثل المطالبات

(45) في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، ذهب الرأي السائد إلى الإبقاء على الحكم التشريعي دون تغيير (A/CN.9/1126، الفقرة 63).

(46) في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، ذهب الرأي السائد إلى الاستعاضة عن عبارة "التي لها صلة كافية بالإعسار" بعبارة "التي لها صلة بالإعسار" (المرجع نفسه).

(47) في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، ذهب الرأي السائد إلى إعادة صياغة البند (أ) للإشارة إلى التزامات المديرين ومسؤولياتهم في سياق إجراءات الإعسار (المرجع نفسه، الفقرة 64 (أ)).

(48) في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، ذهب الرأي السائد إلى إعادة صياغة البند (ب) للإشارة إلى إجراءات إعادة هيكلة الديون في الإجراءات السابقة للإعسار (المرجع نفسه، الفقرة 64 (ب)).

(49) انظر، على سبيل المثال، الإشارات إلى "القانون الداخلي" في المواد 5 و6 و11 من The Hague Convention on the Law Applicable to Agency (اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على الوكالة).

المتعلقة بالضرائب والضمان الاجتماعي⁽⁵⁰⁾. 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 - أولوية الالتزامات الدولية

6- اتفق الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، على أنه سيلزم إدراج حكم بشأن أولوية الالتزامات الدولية ما لم يتخذ النص النهائي شكل ملحق لقوانين الأونسيترال النموذجية بشأن الإعسار التي تتضمن ذلك الحكم أصلاً⁽⁵¹⁾. وفي ضوء هذه المسألة المعلقة، ترى الأمانة أن من السابق لأوانه صياغة حكم وشرح مصاحب له بشأن هذه المسألة. وإذا دعت الحاجة إلى إدراجه، يمكن أن يستند الحكم والشرح المصاحب له إلى المادة 3 من قانون الإعسار عبر الحدود، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها (قانون الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها)⁽⁵²⁾، وقانون إعسار مجموعات المنشآت والشرح المصاحب له. وحسبما اقترح في إطار الفريق العامل، يمكن توسيع نطاق شرح ذلك الحكم بإيراد إحالات إلى المعاهدات والاتفاقات الدولية الأخرى التي تتناول تنازع القوانين في إجراءات الإعسار، مثل البروتوكول بشأن المسائل التي تخص معدات الطائرات الملحق باتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، 2001) ("بروتوكول معدات الطائرات")⁽⁵³⁾ واللائحة رقم 2015/848 (EU) الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي في 20 أيار/مايو 2015 بشأن إجراءات الإعسار (الصيغة المنقحة) (الصيغة المنقحة لللائحة الإعسار الأوروبية)⁽⁵⁴⁾.

هـ - الاستثناء المتعلق بالنظام العام

7- بقي مشروع الحكم التشريعي والشرح المصاحب له على ما كانا عليه من الناحية الموضوعية كما كانا في الدورة الحادية والستين للفريق العامل. وفي تلك الدورة، لم ينظر الفريق العامل في النتيجة المتوقعة من تنحية القانون الأجنبي: أي ما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار سوف يطبق في جميع الحالات، أم أن المحكمة ستكون لها سلطة تقديرية في اختيار قانون ولاية قضائية لها مصلحة أكبر من الناحية الجوهرية من الولاية القضائية المختارة أو قانون دولة محكمة الإعسار. ولعل الفريق العامل يود أن يفعل ذلك في دورته الثانية والستين.

(50) انظر، على سبيل المثال، المادة 13 (2) من قانون الإعسار عبر الحدود وحاشيتها (ب)، وكذلك الفقرتين 119 و 120 من دليل الاشتراع والتفسير.

(51) الوثيقة A/CN.9/1126، الفقرة 54.

(52) منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2019. متاح في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتصلة بالإعسار وإنفاذها (2018) | لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

(53) متاح على الرابط التالي: www.unidroit.org/instruments/security-interests/.

(54) اللائحة ملزمة وقابلة للتطبيق مباشرة في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ويقتصر نطاقها على إجراءات الإعسار المتعلقة بالمدين الذي يوجد مركز مصالحه الرئيسي في الاتحاد الأوروبي (انظر البند 25). وتُجَب الصيغة المنقحة لللائحة الإعسار الأوروبية لائحة المجلس رقم 1346/2000 (EC) الصادرة في 29 أيار/مايو 2000 بشأن إجراءات الإعسار، التي استندت بدورها إلى الاتفاقية المتعلقة بإجراءات الإعسار (التي أبرمت في بروكسل في 23 تشرين الثاني/نوفمبر 1995) ولم تدخل حيز النفاذ. وتتضمن المواد من 7 إلى 18 من الصيغة المنقحة لللائحة الإعسار الأوروبية قواعد بشأن القانون المنطبق في إجراءات الإعسار.

1- مشروع حكم تشريعي

الاستثناء المتعلق بالنظام العام

لا يجوز رفض تطبيق القانون المحدد وفقا لهذه الأحكام التشريعية إلا إذا كانت آثار تطبيقه تتعارض بوضوح⁽⁵⁵⁾ مع النظام العام لهذه الدولة.

2- مشروع الشرح

1- تتضمن الأحكام التشريعية استثناء متعلقا بالنظام العام يهدف إلى السماح للمحاكم في الدولة المشترعة بعدم تطبيق قانون أجنبي إذا كان تطبيقه يتعارض بوضوح مع النظام العام لتلك الدولة.

2- 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. وتجسد كلمة "بوضوح" الواردة في الحكم التشريعي هذه النية. 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 المشترعة. 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 يعين 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 جذريا عن مفاهيم الدولة المشترعة للعدالة الأساسية بحيث يخل تطبيقها إخلالا 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 فعليا على مخططات غير مشروعة (على سبيل المثال، التهرب من التقيد بالقوانين والالتزامات الواجبة التطبيق إلزاميا، مثل المسؤوليات البيئية وحقوق الإنسان وغيرها من المسؤوليات الاجتماعية)).

واو - التفسير

8- اتفق الفريق العامل في دورته الحادية والستين على أنه سيلزم إدراج حكم بشأن التفسير ما لم يتخذ النص النهائي شكل ملحق لقوانين الأونسيترال النموذجية بشأن الإعسار التي تتضمن ذلك الحكم أصلا⁽⁵⁶⁾. وفي ضوء هذه المسألة المعلقة، نرى الأمانة أن من السابق لأوانه صياغة حكم وشرح مصاحب له بشأن هذه المسألة. وإذا دعت الحاجة إلى إدراجه، يمكن أن يستند الحكم والشرح المصاحب له إلى المادة 8 من قانون الإعسار عبر الحدود وقانون الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها والمادة 7 من قانون إعسار مجموعات المنشآت والشرح المصاحب لهم. ووفقا لما اقترح في الفقرة 62 من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1، يمكن إدراج عناصر إضافية في الشرح المقبل لتجسيد النطاق المتميز للمشروع، وخصوصا أن تطبيق الأحكام التشريعية قد يؤدي إلى تطبيق قوانين أجنبية، ومن ثم، إلى تحديد تلك القوانين والتحقق منها، والتعامل مع ثقافات ونظم ومفاهيم قانونية

(55) في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، وردا على الاقتراح الداعي إلى حذف كلمة "بوضوح" من مشروع الحكم التشريعي، ذهب الرأي السائد إلى الإبقاء عليها (A/CN.9/1126، الفقرة 66).

(56) المرجع نفسه، الفقرة 55.

أجنبية. ويمكن في تلك الحالات أن تنزع المحاكم بشدة إلى الرجوع إلى المفاهيم والقواعد المحلية. وينبغي تجنب هذا الميل من أجل توحيد تفسير وتطبيق الأحكام التشريعية. ومن المتوقع أن تسوى وفقا للمبادئ العامة، التي تستند إليها الأحكام التشريعية، 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.

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

9- إضافة إلى المسائل المعلقة المشار إليها في مشروع الحكم التشريعي بشأن قانون دولة محكمة الإعسار والشرح المصاحب له أدناه، لعل الفريق العامل يود أن يشير إلى ما يلي:

(أ) أنه أرجأ النظر في مسائل القانون المنطبق الناشئة في سياق الإجراءات المتزامنة (المتعلقة وغير المتعلقة بالإعسار)، بما في ذلك المسائل ذات الصلة بالمادة 29 من قانون الإعسار عبر الحدود (مثل الإذعان لقانون دولة محكمة الإعسار في الإجراء الأجنبي الرئيسي، فيما يخص أمور منها نطاق وقف الإجراءات ومدته وتعديله وإنهاؤه)⁽⁵⁷⁾؛

(ب) أن الرأي السائد في الدورة الحادية والستين للفريق العامل ذهب إلى انتظار نتائج عمل اليونيدروا بشأن الموجودات الرقمية والقانون الخاص قبل استكمال نظر الفريق العامل في القانون الذي يحكم معاملة الموجودات الرقمية في إجراءات الإعسار⁽⁵⁸⁾. ولعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أن اليونيدروا لم يكن قد أكمل، وقت إعداد هذه الورقة، عمله بشأن ذلك المشروع، حيث أعلن عن إجراء مشاورات عامة بشأن المشروع⁽⁵⁹⁾؛

(ج) أن الفريق العامل استمع إلى آراء مختلفة بشأن ما إذا كان ينبغي وضع استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار فيما يخص العقود المتعلقة بالملكيات غير المنقولة⁽⁶⁰⁾؛

(د) أنه أشير أيضا إلى ضرورة معالجة مسائل محددة ناشئة عن إعسار الأفراد⁽⁶¹⁾.

10- وفي الوقت نفسه، اتفق الفريق العامل على أنه لن يلزم وضع أي استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار فيما يتعلق بمعاملة حقوق الملكية الفكرية وتراخيص استخدام الملكيات الفكرية في إجراءات الإعسار⁽⁶²⁾.

1- مشروع حكم تشريعي

قانون دولة محكمة الإعسار باعتباره القانون التكميلي الذي يحكم جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وآثارها

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

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

(57) المرجع نفسه، الفقرات 68-72.

(58) المرجع نفسه، الفقرة 39.

(59) Digital Assets and Private Law – Public Consultation – UNIDROIT.

(60) A/CN.9/1126، الفقرة 49.

(61) المرجع نفسه، الفقرة 72.

(62) المرجع نفسه، الفقرة 38.

- (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؛
- (د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها [، بما في ذلك نطاق وقف الإجراءات ومدته وتعديله وإنهاؤه]⁽⁶³⁾؛
- (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⁽⁶⁴⁾؛
- (ح) معاملة العقود، بما في ذلك شروط الإنهاء التلقائي أو التعجيل (شروط "بحكم الفعل")⁽⁶⁵⁾؛
- (ط) معاملة المقاصة؛
- (ي) [معاملة الدائنين المضمونين]⁽⁶⁶⁾؛
- (ك) حقوق المدين والتزاماته⁽⁶⁷⁾؛
- (ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه⁽⁶⁸⁾؛
- (م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين؛
- (ن) معاملة المطالبات⁽⁶⁹⁾؛
- (س) ترتيب أولوية المطالبات⁽⁷⁰⁾؛
- (ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار؛
- (ف) توزيع العائدات؛

(63) أرجأ الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، بعض المسائل المتصلة بهذا البند، بما في ذلك ما إذا كان ينبغي إدراج وقف الإجراءات كبند منفصل (المرجع نفسه، الفقرات 68-72).

(64) اتفق الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، على الاحتفاظ بالبند (ز) المتعلق بقانون دولة محكمة الإعسار، ولكنه طلب إلى الأمانة أن تعد صيغة أخرى له (المرجع نفسه، الفقرة 43). وللاطلاع على الصيغة الأخرى، انظر الجزء ذا الصلة من الشرح المنقح.

(65) اتفق الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، على أن قانون دولة محكمة الإعسار ينبغي أن يكون هو القانون الذي يحكم آثار بدء إجراءات الإعسار على صحة وإنفاذ اتفاقات التحكيم (المرجع نفسه، الفقرة 41). وهذا البند من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار يتناول هذه المسألة، وقد جُيِّد ذلك في جميع أنحاء مشروع الشرح.

(66) أرجأ الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، مواصلة النظر في معاملة الدائنين المضمونين (المرجع نفسه، الفقرة 48).

(67) [A/CN.9/1094](#)، الفقرة 80. أرجأ الفريق العامل، في دورته الستين، النظر فيما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون الدول المعترفة هو الذي سيعتد به في حال وجود تنازع حول معالجة صلاحيات المدين في تمثيل حوزة الإعسار في الدولة المعترفة.

(68) المرجع نفسه. أرجأ الفريق العامل، في دورته الستين، النظر فيما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون الدول المعترفة هو الذي سيعتد به في حال وجود تنازع حول معالجة صلاحيات ممثل الإعسار في تمثيل حوزة الإعسار في الدولة المعترفة.

(69) اتفق الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، على أن قانون دولة محكمة الإعسار ينبغي أن يكون هو القانون الذي يحكم آثار بدء إجراءات الإعسار على إنفاذ قرارات التحكيم ([A/CN.9/1126](#)، الفقرة 41). وهذا البند من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار يتناول هذه المسألة، وقد جُيِّد ذلك في جميع أنحاء مشروع الشرح.

(70) [A/CN.9/1094](#)، الفقرة 82. أرجأ الفريق العامل، في دورته الستين، بالرجوع إلى الفقرة 84 من شرح التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل، النظر فيما 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" الواردين في ذلك الشرح غير واضحين ويحتاجان إلى مزيد من التوضيح.

(ص) إقفال الإجراءات؛

(ق) إبراء الذمة؛

(ر) الإجراءات ذات الصلة (الناتجة عن إجراءات الإعسار أو المرتبطة بها ارتباطاً جوهرياً)⁽⁷¹⁾.

2- مشروع الشرح

معلومات عامة

1- بموجب هذه الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار جميع جوانب إجراءات الإعسار وآثارها 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 وآثارها مسألة أقل إشكالية⁽⁷²⁾.

2- وتجعل الأحكام التشريعية قانون دولة محكمة الإعسار منطبقاً أولاً على جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها. وتشمل تلك 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 المطالبات)⁽⁷³⁾؛ (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 آثارها على الحقوق والمطالبات والالتزامات التي كانت قائمة قبل بدء إجراءات الإعسار. فعلى سبيل المثال، على الرغم من أن المصلحة الضمانية التي تكون نافذة وقابلة للإنفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار يُعترف بنفاذها وقابليتها للإنفاذ في إجراءات الإعسار، بموجب التوصية 4 من الدليل، فإنه يجوز وقف إنفاذ الحقوق الضمانية بموجب قانون دولة محكمة الإعسار ما لم تمنح المحكمة إعفاء من هذا الوقف وإلى أن تمنح المحكمة هذا الإعفاء (التوصيات من 46 إلى 51 من الدليل). ويضاف إلى ذلك أن أي مصلحة ضمانية سارية وواجبة للإنفاذ 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. وبصرف النظر عن وقف الإجراءات والإبطال، يجوز لقانون الإعسار أن يفرض إنزال مرتبة المطالبات (مثل مطالبات الأشخاص ذوي الصلة (التوصية 184 من الدليل)). وقد يحظر أيضاً إنفاذ بعض الشروط التعاقدية (مثل الشروط المشار إليها بأنها "شروط بحكم الفعل" (التوصية 70 من الدليل)) ويعطي بعض السلطة التقديرية لممثلي الإعسار فيما يتعلق بمعاملة العقود، بما في ذلك إحالتها بصرف النظر عن القيود الواردة في العقد (التوصية 83 من الدليل)، واستخدام الموجودات والتصرف فيها، بما في ذلك بيعها خالصة وخالية من التزامات الرهن والمصالح الأخرى (التوصيات 52-62 من الدليل).

(71) في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، ذهب الرأي السائد إلى الإبقاء على البند بشرط إدخال تعديلات تجعل صيغته متوافقة مع الصيغة المستخدمة في سياق مماثل في قانون الأونسيتال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها: "الإجراءات ذات الصلة (الناتجة عن إجراءات الإعسار أو المرتبطة بها ارتباطاً جوهرياً)" (A/CN.9/1126، الفقرة 52).

(72) A/CN.9/1088، الفقرة 86. انظر مع ذلك الوثيقة A/CN.9/1126، الفقرات 69-72: في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، رئي أنه سيكون من غير المناسب فرض آثار قانون دولة محكمة الإعسار، بما في ذلك ما يتعلق بوقف الإجراءات، خارج الإقليم المعني. وأرجأ الفريق العامل مواصلة نظره في تلك المسائل.

(73) 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، مثل قانون دولة محكمة الإعسار في إجراءات الإعسار.

(أ) تحديد المدينين الذين يجوز أن يخضعوا لإجراءات الإعسار

4- بموجب الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية القضائية ويجوز أن ينص على أي نظم إعسار خاصة وأسلوب المعاملة الذي قد يختلف باختلاف القطاع الاقتصادي أو حجم منشأة المدين أو مستوى مديونيته أو غير ذلك من المعايير. ويحدد هذا القانون أيضا 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 تبعا للطرف الذي يطلب البدء

5- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار معايير بدء الإجراءات (سواء كانت معيار الميزانية العمومية أم معيار التدفق النقدي أم كليهما أم شيئا مختلفا عنهما أم بالإضافة إليهما). ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضا ما يلي: '1' الظروف التي يمكن في ظلها البدء في نوع معين من إجراءات الإعسار؛ '2' ما إذا كان بوسع المدين وحده أو الدائنين والأطراف الأخرى أيضا تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار؛ '3' الخطوات الإجرائية وغيرها من الاشتراطات التي يتعين على مقدم طلب بدء الإجراءات الوفاء بها (على سبيل المثال، في بعض الولايات القضائية، لا يمكن أن يبدأ إجراءات الإعسار إلا عدد معين من الدائنين أو الدائنين الذين لديهم قيمة معينة من المطالبات). ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضا معايير رفض الطلبات وإلغاء الإجراءات، ويضع قواعد الإشعار بالطلبات المقدمة وبدء الإجراءات، بما يشمل مضمون تلك الإشعارات وطريقة توجيهها.

(ج) تشكيل حوزة الإعسار ونطاقها

6- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار موجودات المدين التي يتعين إدراجها في حوزة الإعسار ووقت تشكيل حوزة الإعسار. وهو يحكم أيضا معاملة الموجودات اللاحقة لبدء الإجراءات (مثل الموجودات المكتناة بعد بدء إجراءات الإعسار والموجودات المستردة عن طريق دعاوى الإبطال أو غيرها من الإجراءات).

7- ويجوز أن تطبق في سياق هذا البند قوانين غير متعلقة بالإعسار لدولة بدء إجراءات الإعسار، مثل قانون الملكية، والتزامات حقوق الإنسان، وقانون المعاملات المضمونة، وقانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية، وقانون المسؤولية التقصيرية، بما في ذلك تطبيقها على توصيف الموجودات (ملموسة أم غير ملموسة، منقولة أم غير منقولة) والحقوق فيها (الممتلكات أو التعاقدية)، وتحديد الملكية وحقوق الملكية الأخرى وكذلك معاملة الموجودات المرهونة، والموجودات المملوكة لأطراف ثالثة، والموجودات ذات الملكية المشتركة، والموجودات الأجنبية.

8- ويرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا بـ[بند آخر في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار -] وهو معاملة الدائنين المضمونين لأن الموجودات المرهونة قد تُجعل أو لا تُجعل جزءا من حوزة الإعسار. وإضافة إلى ذلك، يرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا بالأحكام المتعلقة بأولوية الالتزامات الدولية لأن معاملة بعض الموجودات في إجراءات الإعسار قد تخضع لنظام خاص ملزم للدولة الطرف فيه. ويجوز أن يحدد هذا النظام ما إذا كانت موجودات معينة ينبغي أن تُدرج في حوزة الإعسار أم لا، وفي حال إدراجها، ما هي إجراءات الإعسار التي ينبغي إدارتها في حال وجود إجراءات موازية.

(د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها]، بما في ذلك نطاق وقف الإجراءات ومدته وتعديله وإنهاؤه[

9- بموجب الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار 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 الممتلك). وتشمل تلك المسائل شروطا لفرض تلك التدابير وتحديد مدتها ونطاقها، إلى جانب أسباب وإجراءات طلب ومنح الإعفاء من هذه التدابير وغير ذلك من أشكال الحماية.

10- وقد تنشأ صعوبات في إنفاذ آثار قانون دولة محكمة الإعسار على حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها عبر الحدود، وخصوصاً فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة ووقف إجراءات الإنفاذ التي يتخذها الدائنون المضمونون فيما يتعلق بالضمانات الرهنية أو إعمال 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 يقوم عليه قانون الإعسار عبر الحدود، على سبيل المثال، هو أن الاعتراف بإجراء أجنبي لا يعني تمديد آثار الإجراء الأجنبي على النحو الذي قد ينص عليه قانون الدولة الأجنبية (أي قانون دولة محكمة الإعسار). فالاعتراف بإجراء أجنبي يستتبع بدلاً من ذلك تحقيق نتائج للإجراء الأجنبي متوخاة في قانون الدولة المعترفة⁽⁷⁴⁾. فعلى سبيل المثال، تحدد أحكام قوانين الدولة المعترفة، وليس قانون دولة محكمة الإعسار، نطاق الوقف، وغيره من أشكال الانتصاف، أو مدته أو تعديله أو تعليقه أو إنهائه⁽⁷⁵⁾. وبالتالي، قد تكون هناك اختلافات في تلك الأمور بين الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار والدولة المعترفة.

11- ومع ذلك، يتوقع من الدول، بمقتضى نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار، أن تتعاون وتنسق فيما بينها في قضايا الإعسار عبر الحدود إلى أقصى حد ممكن⁽⁷⁶⁾. وقد تتباين وسائل تحقيق هذا الحد الأقصى من التعاون والتنسيق، ومنها تقديم المساعدة إلى الإجراء الأجنبي والممثل الأجنبي بموجب قوانين الإعسار والقوانين غير المتعلقة بالإعسار. وإضافة إلى ذلك، يتمثل أحد المبادئ الأساسية لنصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار في أن سبل الانتصاف التي تعتبر ضرورية لتسيير إجراءات إعسار عبر الحدود بصورة منظمة وعادلة ينبغي أن تتاح لمساعدة الإجراءات الأجنبية، سواء بشكل مؤقت أو نتيجة للاعتراف بها⁽⁷⁷⁾. ويمكن أن يشمل الانتصاف الممنوح بمقتضى المواد من 19 إلى 21 أو المساعدة الإضافية الممنوحة بمقتضى المادة 7 من قانون الإعسار عبر الحدود الإذعان لقانون دولة محكمة الإعسار، بشأن أمور منها نطاق وقف الإجراءات ومدته وتعديله وإنفاذه، إذا كان القانون الداخلي للدولة المعترفة ينص على ذلك (انظر المادتين 20 (2) و21 (1) (ز) من قانون الإعسار عبر الحدود). ويخضع هذا الإذعان المحتمل لتدابير الحماية المعتادة، بما في ذلك الاستثناء المتعلق بالنظام العام والحماية الكافية لمصالح الدائنين وسائر الأشخاص ذوي المصلحة، بمن فيهم المدين (المواد 6 و21 (2) و22 من قانون الإعسار عبر الحدود).

12- وتماشياً مع تلك الأهداف، تهيئ قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار ضمانات ضد عرقلة آثار قانون دولة محكمة الإعسار. فعلى سبيل المثال، تنص المادة 14 (هـ) من قانون الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها 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 المشتربة لذلك القانون. ويمكن أن تكون تلك الإجراءات هي الدعوى التي يتصل بها الحكم القضائي أو إجراءات إعسار أخرى (أي إجراءات مترامنة) تتعلق بالمدين المعسر نفسه. وفي حين أن مفهوم العرقلة واسع النطاق إلى حد ما، يقدم الحكم أمثلة لما يمكن أن يشكل هذه العرقلة. وعادة ما ينشأ التعارض مع الأمر بوقف الإجراءات، مثلاً، عندما يسمح هذا الأمر ببدء أو مواصلة دعاوى منفردة بقدر ما يلزم للحفاظ على مطالبة ما، دون أن يسمح بالاعتراف بأي حكم قضائي مترتب أو إنفاذه في وقت لاحق. وقد ينشأ أيضاً عندما لا يسمح ذلك الأمر بالوقف ببدء أو مواصلة تلك الدعاوى المنفردة وتكون الدعوى المفضية إلى الحكم القضائي قد استُهلكت بعد صدور الأمر بالوقف (وبالتالي يحتمل أن تشكل انتهاكاً للأمر بالوقف)⁽⁷⁸⁾.

(74) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 194.

(75) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 38.

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

(77) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 35.

(78) دليل الاشتراع، الفقرة 107.

13- وتتوخى نصوص دولية أخرى، مثل البروتوكول بشأن المسائل التي تخص معدات الطائرات الملحق باتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، 2001) ("بروتوكول معدات الطائرات")⁽⁷⁹⁾، الإذعان لقانون دولة محكمة الإعسار في الإجراء الأجنبي الرئيسي.

(هـ) استخدام الموجودات والتصرف فيها

14- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: '1' آثار إجراءات الإعسار على سيطرة المدين على المنشأة، بما في ذلك نظام التحية الكلية أو المحدودة للمدين أو نظام المدين الممتلك؛ '2' شروط وحدود استخدام الموجودات والتصرف فيها (مثل إشعار الدائنين، وموافقة المحكمة)؛ '3' 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؛ '4' المفاهيم من قبيل "السياق المعتاد للعمل" و"الأشخاص ذوي الصلة" وما إلى ذلك.

15- ويمكن أن تنطبق قوانين غير متصلة بالإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار على استخدام الموجودات والتصرف فيها، ومن ذلك مثلاً ما يلي: يجوز أن ينطبق قانون الأسرة على استخدام الموجودات، التي يشترك المدين (منظم مشاريع فردي) 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 مسموحاً 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 خطراً على البيئة أو على الصحة العامة والسلامة العامة) ويحدد من قد يحق له المطالبة بالموجودات المتخلي عنها.

16- 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. وحسبما أُشير إليه أعلاه في سياق حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها [، بما في ذلك نطاق وقف الإجراءات ومدته وتعديله وإنهاؤه]، يتوقع من الدول أن تتعاون وتنسق 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

17- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار طبيعة الخطة وشكلها؛ وتوقيت اقتراحها؛ ومن يُسمح له بإعدادها؛ وماهية مضمونها؛ وكيفية موافقة الدائنين عليها؛ وكيفية معاملة الدائنين المعارضين؛ وما إذا كان إقرار المحكمة لها مطلوباً؛ وآثار الخطة؛ وتنفيذها.

18- وقد تنطبق قوانين غير متعلقة بالإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، على سبيل المثال، على ما يلي: '1' تحويل الديون إلى أسهم في رأس المال؛ '2' حالات التسريح، والتعديلات في اتفاقات المفاوضة الجماعية، وإشراك الموظفين والنقابات العمالية في إجراءات الإعسار؛ '3' الاستثمار الأجنبي وضوابط أسعار صرف العملات الأجنبية؛ '4' حماية المعلومات السرية أو المعلومات الحساسة من الناحية التجارية⁽⁸⁰⁾.

(79) متاح على الرابط التالي: www.unidroit.org/instruments/security-interests/. انظر، على وجه الخصوص، المادة 30 (4).

(80) 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 إفعال إجراءات الإعسار بعد الموافقة على الخطة (أو إقرارها عند الاقتضاء).

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

19- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: '1' أنواع المعاملات التي يمكن إبطالها وأنواع المعاملات المغفأة من الإبطال؛ '2' معايير الإبطال، بما في ذلك العناصر التي يتعين إثباتها والدفع⁽⁸¹⁾؛ '3' طول فترة الاشتباه ومتى يبدأ سريانها بأثر رجعي؛ '4' المحاكم المختصة بالنظر في دعاوى الإبطال في دولة بدء إجراءات الإعسار؛ '5' من الذي يمكنه بدء دعوى الإبطال وتحت أي شروط؛ '6' مصادر تغطية نفقات دعاوى الإبطال، بما في ذلك مدى جواز التمويل من طرف ثالث وشروط وضمانات توفير هذا التمويل؛ '7' آثار الإبطال؛ '8' مسؤولية الطرف المقابل في المعاملة القابلة للإبطال وسبل الانتصاف في حالة عدم الامتثال؛ '9' مدى جواز الإبطال في حال تحويل الإجراءات، وإذا أُجيز، نطاق الإبطال والمعاملات التي يجوز إبطالها، وكذلك المعاملات المغفأة من الإبطال في مثل هذه الحالات.

20- وعلى الرغم من أن هذه الأحكام التشريعية تنص على استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار فيما يخص عقود العمل، فإنها تؤكد من جديد أن قانون دولة محكمة الإعسار هو الذي يحكم إبطال عقود العمل أو علاقات العمل. وتتوخى الأحكام التشريعية استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار فيما يخص الإبطال، فقط بشأن المدفوعات أو المعاملات التي تُجرى في نظام للمدفوعات أو التسويات أو في سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي. وإبطال في تلك الحالات لا بد أن يخضع للقانون المنطبق على ذلك النظام أو تلك السوق.

إطلب الفريق العامل إلى الأمانة أن تعد صيغة أخرى استناداً إلى المادة 16 من الصيغة المنقحة للاتحة الإعسار الأوروبية⁽⁸²⁾. ويرد أدناه مشروع صيغة أخرى لكي ينظر فيه الفريق العامل. وسوف ينقح مشروع الشرح ليجسد نتائج مداولات الفريق العامل بشأن هذه المسألة.

"يُحكم الإبطال بقانون دولة محكمة الإعسار، إلا إذا قدم الطرف المقابل في المعاملة موضوع الإبطال دليلاً على أن قانون دولة غير قانون دولة محكمة الإعسار ينطبق على تلك المعاملة وأن ذلك القانون الآخر لا يسمح بإبطال المعاملة في الحالة ذات الصلة.

ويمكن عدم تطبيق هذا الحكم إذا ثبت أن قانون تلك الدولة الأخرى ليست له علاقة جوهرية بالأطراف أو بالمعاملة، وأنه لا يوجد أساس معقول لتطبيق ذلك القانون على المعاملة، وأن تطبيق ذلك القانون على المعاملة في الحالة ذات الصلة سيضر بعموم للدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة في إجراءات الإعسار."

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

21- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: '1' توصيف العقود؛ '2' 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، وتوقيت اتخاذ تلك القرارات، ومتى يصبح قرار الرفض نافذاً بأثر رجعي؛ '3' ما إذا كان قانون الإعسار يُجِبُّ شروط الإنهاء التلقائي والتعجيل (المعروفة أيضاً باسم "الشروط بحكم الفعل") أو يتركها لقانون العقود العام لكي يعالجها، وإذا كان قانون الإعسار يُجِبُّ تلك الشروط، فما هي صلاحيات ممثل الإعسار بشأن إعادة تفعيل العقود التي أنهيت قبل بدء إجراءات الإعسار مباشرة لتجنب تطبيق تلك الأحكام الغالبة لقانون الإعسار؛ '4' الاستثناءات من صلاحيات ممثل الإعسار الواردة في الفقرتين '2' و'3' السابقتين؛ '5' معاملة العقود اللاحقة لبدء الإجراءات؛ '6' معاملة اتفاقات التحكيم.

(81) يمكن أن تشمل تلك الدفع، وإن لم يذكر ذلك في الدليل صراحة، أن المعاملة تخضع لقانون غير قانون دولة محكمة الإعسار وأن ذلك القانون لا يسمح بأي وسيلة للطعن في المعاملة في الحالة المعنية. وقد تختار بعض الدول عدم السماح بذلك الدفاع إذا كان اختيار ذلك القانون الآخر تعسفياً وضاراً بمصالح الدائنين والأطراف الأخرى في إجراءات الإعسار.

(82) A/CN.9/1126، الفقرة 43.

22- ويمكن لقوانين غير متعلقة بالإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، أن تنطبق، مثلاً، على توصيف العقود وحساب الأضرار ومعاملة العقود الحكومية واتفاقات التحكيم. فعلى سبيل المثال، ستنأول مسائل التحكيم التجاري الدولي في غالبية الدول في اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)⁽⁸³⁾ ("اتفاقية نيويورك") التي تقتضي، ضمن أمور أخرى، من محاكم الدول الأطراف أن تجعل اتفاقات التحكيم ذات مفعول تام وأن تحرم الأطراف من سبل اللجوء إلى المحكمة إخلالاً باتفاقهم على إحالة مسألة خلاف إلى هيئة تحكيم (المادة الثانية).

23- وبموجب 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 سوق مالية) وبعض جوانب عقود العمل (مثل رفضها أو مواصلتها).

أرجأ الفريق العامل النظر في العقود المتعلقة بالممتلكات غير المنقولة (المادة 11 (1) من الصيغة المنقحة للائحة الإعسار الأوروبية). وقد يلزم تنقيح مشروع الشرح ليحدد نتائج مداوات الفريق العامل بشأن المسألة.]

1' معاملة المقاصة⁽⁸⁴⁾

24- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما إذا كانت المقاصة مسموحاً بها في إجراءات الإعسار، وإذا سُمح بها، يحدد بوجه خاص ما يلي، فيما يخص الالتزامات والشروط التي يُسمح بالمقاصة بموجبها: '1' ما إذا كانت المقاصة غير مسموح بها إلا فيما يتعلق بالالتزامات المالية السابقة لبدء إجراءات الإعسار التي تستحق قبل بدء تلك الإجراءات أم أيضاً الالتزامات التي تستحق بعد بدءها؛ '2' ما إذا كانت الالتزامات الخاضعة للمقاصة يجب أن تنشأ بموجب عقد واحد أم بموجب عقود متعددة (أي لا تكون بالضرورة متبادلة أو متصلة)؛ '3' ما إذا كان الوقف ينطبق على ممارسة حقوق المقاصة، وإذا كان الأمر كذلك، كيف يعامل الدائنون الذين لديهم مطالبات مقاصة (كدائنين مضمونين مثلاً)، أم ما إذا كان الوقف لا ينطبق، وإذا كان الأمر كذلك، ما إذا كانت المقاصة تفعل تلقائياً عند بدء إجراءات الإعسار. ويحكم قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً 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).

25- وهناك أنواع مختلفة من المقاصة (التعاقدية، والقانونية، والعادلة، والمصرفية، وما إلى ذلك). ولا يشير البند (ط) سوى إلى المقاصة الواجبة التطبيق إلزامياً في سياق الإعسار التي تطبق بصرف النظر عن أي ترتيبات تعاقدية بين الأطراف المتعاقدة. والقصد من استخدام كلمة "معاملة" في ذلك البند هو أن ينقل ذلك المعنى وأيضاً أن يبين أن قانون دولة محكمة الإعسار يحكم معاملة المقاصة في إجراءات الإعسار بصرف النظر عن القانون الذي يحكم صحة ونفاذ حقوق ومطالبات المقاصة القائمة عند بدء إجراءات الإعسار.

26- ويرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً ببند آخرى مدرجة في القائمة، بما في ذلك: البند (د) بشأن حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها [، بما في ذلك نطاق وقف الإجراءات ومدته وتعديله وإنهاؤه]؛ والبند (ز) بشأن الإبطال؛ والبند (ح) بشأن معاملة العقود؛ والبند (ن) بشأن معاملة المطالبات. وهو مرتبط أيضاً باستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار، فيما يخص القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين، وعلى دعاوى الإبطال، في نظام للمدفوعات أو التسويات أو في سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي. وبمقتضى ذلك الاستثناء، تخضع آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المقاصة في تلك النظم والأسواق للقانون المنطبق على تلك النظم والأسواق.

(83) United Nations, Treaty Series, vol. 330, No. 4739, p. 3. متاحة أيضاً على: اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية

وتنفيذها (نيويورك، 1958) ("اتفاقية نيويورك") | لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

(84) A/CN.9/1126، الفقرة 44.

(ي) [معاملة الدائنين المضمونين]

أرجأ الفريق العامل مواصلة نظره في هذا البند.⁽⁸⁵⁾

(ك) حقوق المدين والتزاماته

27- سبقت الإشارة أعلاه إلى أنه بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار مسألة ما إذا كان العمل سيتم بنظام المدين المتملك أم بنظام التتبع الكلية أو المحدودة للمدين. وهو يحكم أيضا حقوق والتزامات المدين، بما في ذلك مديروه، في كل نظام من هذه النظم وفي حالة إعسار محددة، وكذلك شروط تحويل نظام إلى نظام آخر.

28- ويرتبط هذا البند بالبند الأخرى المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، وخصوصا البند (هـ) الذي يشير إلى استخدام موجودات حوزة الإعسار والتصرف فيها، كما يرتبط في ذلك السياق بتعريف "السياق المعتاد للعمل" ومعاملة المعاملات غير المأذون بها.

29- ويجوز لقوانين غير متعلقة 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، والإفصاح عن المراسلات الخاصة للمدين، وغير ذلك من جوانب حماية البيانات الشخصية). وقد يكون هناك أيضا تفاعل وثيق بين قانون الإعسار وقانون الإجراءات المدنية والجنائية، مثلا فيما يتعلق بأوامر الإفصاح والفحص والتفتيش والضبط. وفي سياق الإعسار عبر الحدود، يمكن أن تنطبق اتفاقية لاهاي المتعلقة بتبليغ الوثائق القضائية وغير القضائية إلى الخارج في المسائل المدنية والتجارية المؤرخة 15 تشرين الثاني/نوفمبر 1965⁽⁸⁶⁾ واتفاقية لاهاي المتعلقة بالحصول على الأدلة خارج البلد في المسائل المدنية أو التجارية المؤرخة 18 آذار/مارس 1970⁽⁸⁷⁾.

أجل الفريق العامل النظر فيما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون الدول المعترفة هو الذي سيعتد به في حال وجود تنازع حول معالجة صلاحيات المدين في تمثيل حوزة الإعسار في الدولة المعترفة.

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه

30- بموجب الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار 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 وصلاحياته 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 بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها)، والتعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب والتواصل معهم مباشرة (المادة 26 من قانون الإعسار عبر الحدود) وتقديم تعهدات فيما يتعلق بمعاملة مطالبات الدائنين الأجانب (انظر المواد من 28 إلى 32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت).

(85) المرجع نفسه، الفقرات 45-48. للاطلاع على تاريخ النظر في هذا البند في الدورات السابقة للفريق العامل والمسائل التي أثارت في تلك المناسبات، انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1، الفقرات 39-42.

(86) للاطلاع على حالة الاتفاقية والإعلانات والتحفظات التي أبديت عليها، انظر: www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17

(87) للاطلاع على حالة الاتفاقية والإعلانات والتحفظات التي أبديت عليها، انظر: www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82

31- ويخضع ممثلو الإعسار، وهم يؤدون مهامهم عبر الحدود، للقوانين الداخلية للدول الأجنبية، بما في ذلك المعاهدات الدولية وغيرها من الاتفاقات التي قد تكون تلك الدول أطرافاً فيها. فقد يستفيد ممثل الإعسار، في الدول التي اشترعت قوانين الأونسيتال النموذجية للإعسار، من إمكانية الوصول المعجل والمباشر إلى المحاكم الأجنبية دون أن يضطر إلى استيفاء مقتضيات رسمية مثل التراخيص أو الإجراءات القنصلية، ودون الحاجة إلى أن يخضع نفسه أو الإجراء الأجنبي للاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية لأي غرض آخر غير الطلب الذي قدمه (انظر المادتين 9 و10 من قانون الإعسار عبر الحدود)⁽⁸⁸⁾. وسيكون بوسع ممثل الإعسار طلب المساعدة بمقتضى قوانين الدولة المشرعة⁽⁸⁹⁾ وبدء إجراءات الإعسار إذا استوفيت الشروط الداخلية لبدء تلك الإجراءات (المادة 11 من قانون الإعسار عبر الحدود)⁽⁹⁰⁾. 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 منكرات بشأن مسائل من قبيل حماية موجودات المدين أو تسييلها أو توزيعها أو التعاون بصد 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 لتقاضي 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).

32- وتقتصر تلك الأحكام على منح ممثل الإعسار تلك الصلاحية دون إعطائه أي سلطات أو حقوق محددة أو تحكم مصير الإجراءات التي سيقدر ممثل الإعسار القيام بها⁽⁹¹⁾. وستتوقف هذه المسائل على القانون الأجنبي والمحاكم الأجنبية (انظر على سبيل المثال المادتين 5 من قانون الإعسار عبر الحدود ومن قانون الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها). 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 والقانون الداخلي للدولة المعترفة (انظر مثلاً المواد 19 و21 و22 من قانون الإعسار عبر الحدود). ويجوز لها أن تفرض قيوداً على الصلاحيات المخولة لممثل الإعسار 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). وفي بعض الولايات القضائية، قد يعتبر قانون دولة محكمة الإعسار مصدر صلاحيات الممثل الأجنبي، بينما يعتبر 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 وما دامت هناك حماية كافية مكفولة للدائنين وسائر الأشخاص المعنيين. وتمنح تلك الولايات القضائية أنواعاً مختلفة من تدابير الانتصاف لممثل الإعسار الأجنبي دون أن تقصرها على التدابير المتاحة لممثلي الإعسار المحلي بمقتضى قوانينها. ويجوز للقانون الداخلي أن يدعّن فعلياً لقانون دولة محكمة الإعسار فيما يتعلق بواجبات ممثل الإعسار ووظائفه رهناً بالضمانات المعتادة.

أرجأ الفريق العامل النظر فيما إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار أم قانون الدولة المعترفة هو الذي سيعتد به في حال وجود تنازع حول معالجة صلاحيات ممثل الإعسار في تمثيل حوزة الإعسار في الدولة المعترفة.

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

(89) انظر المادة 7 من قانون الإعسار عبر الحدود والمادة 6 من قانون الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها؛ ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 105، ودليل الاشتراع، الفقرة 70.

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

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

(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين

- 33- 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.
- 34- ويرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً بالبندين السابقين اللذين يتناولان حقوق المدين والتزاماته وواجبات ممثل الإعسار ومهامه⁽⁹²⁾. وهو مرتبط أيضاً بالبند التالي (معاملة المطالبات)⁽⁹³⁾.

(ن) معاملة المطالبات

- 35- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: '1' تحديد الدائنين الذين يتعين عليهم تقديم مطالبات، وأنواع المطالبات التي ينبغي تقديمها، والمطالبات المستثناة، والمطالبات الخاضعة لمعاملة خاصة (مثل المطالبات المقدمة من الأشخاص ذوي الصلة)؛ '2' إجراءات تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها، بما في ذلك الموعد النهائي لتقديمها، والجهة التي ينبغي أن تقدم إليها والإجراءات الشكلية لتقديم المطالبات الأجنبية⁽⁹⁴⁾؛ '3' عواقب عدم تقديم المطالبة؛ '4' قواعد تقييم المطالبات؛ '5' معاملة المطالبات المعترض عليها؛ '6' أثر تقديم المطالبات وقبولها؛ '7' مراجعة القرارات المتعلقة بالمطالبات (مثل رفضها أو معاملتها معاملة خاصة)؛ '8' معاملة المطالبات اللاحقة لبدء الإجراءات؛ '9' معاملة المطالبات عند تحويل الإجراءات؛ '10' تراكم الفوائد وسدادها؛ '11' قواعد تقديم التعهدات المتعلقة بمعاملة المطالبات الأجنبية، بما في ذلك ما إذا كان ممثل الإعسار مأذوناً له أن يقدم تعهدات من هذا القبيل للدائنين الأجانب من أجل تجنب بدء إجراءات موازية، وإذا كان الأمر كذلك، الاشتراطات الشكلية، بما في ذلك شكل ولغة التعهدات، التي تقدم بموجبها التعهدات المتعلقة بالمطالبات وإجراءات التماس الموافقة على تلك التعهدات ومراجعتها وإنفاذها⁽⁹⁵⁾ (بموجب قانون إعسار مجموعات المنشآت، في حال تقديم تعهد من هذا القبيل والموافقة عليه، تعامل المطالبات المتأثرة وفقاً للمعاملة التي ستلقاها في إجراء مواز غير مستهل). 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، رهناً بهذه التعهدات المحتملة.
- 36- وقد 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. وقد تنطبق اتفاقيات دولية، مثل اتفاقية لاهاي بشأن إلغاء إلزامية المصادقة على الوثائق العمومية الأجنبية (5 تشرين الأول/أكتوبر 1961)، على تقديم المطالبات الأجنبية والتحقق منها وقبولها. وقد تنطبق قواعد خاصة على معاملة المطالبات العمومية (الأجنبية) والمطالبات المنبثقة عن قرارات التحكيم. وفي غالبية الدول، تنطبق اتفاقية نيويورك على معاملة قرارات التحكيم الأجنبية وغير المحلية⁽⁹⁶⁾.

(92) للاطلاع على وصف دور الدائنين ولجان الدائنين، بما في ذلك في الإشراف على المدين الممتلك وممثل الإعسار، انظر مثلاً التوصيات 126-136 من الدليل والشرح المصاحب لها.

(93) قد يكون بوسع الدائنين الاضطلاع بمهام معينة في إجراءات الإعسار (مثل المشاركة في اجتماعات الدائنين) بعد تقديم المطالبات، بينما تكون ممارسة مهام أخرى (مثل الموافقة على خطة لإعادة التنظيم) مشروطة بالتحقق من المطالبات وقبولها. انظر التوصيات من 169 إلى 184 من الدليل والشرح المصاحب لها.

(94) انظر المادتين 13 و14 من قانون الإعسار غير الحدود والتعليق المصاحب لهما في الفقرات 118-126 من دليل الاشتراع والتفسير.

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

(96) يشمل مصطلح "غير محلية" قرارات التحكيم التي، وإن صدرت في دولة الإنفاذ، تعامل على أنها "أجنبية" بمقتضى قانونها بسبب وجود بعض العناصر الأجنبية في الإجراءات، مثل تطبيق القوانين الإجرائية لدولة أخرى. انظر دليل اتفاقية نيويورك، متاح على الرابط التالي:

<https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration>

37- ويرتبط هذا البند بالبند المتعلقة بمعاملة الدائنين المضمونين والمقاصة وكذلك بتنفيذ خطة إعادة التنظيم⁽⁹⁷⁾.

(س) ترتيب المطالبات

38- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار 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. وحيثما يتوخى إنزال المرتبة، ينظم قانون دولة محكمة الإعسار شروط إنزال المرتبة وحدوده. وحيثما تكون التعهدات المتعلقة بترتيب المطالبات الأجنبية مسموحاً بها لتجنب بدء إجراءات موازية⁽⁹⁸⁾، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار الاشتراطات الشكلية، بما في ذلك شكل ولغة التعهدات، التي تقدم بموجبها التعهدات المتعلقة بالمطالبات وإجراءات التماس الموافقة على تلك التعهدات ومراجعتها وإنفاذها. وبموجب قانون إعسار مجموعات المنشآت، حيثما تُقدّم تعهدات من هذا القبيل ويوافق عليها، تعامل المطالبات المتأثرة وفقاً للمعاملة التي ستلتقها في إجراء مواز غير مستهل. وبصرف النظر عن استثناء عقود العمل وعلاقات العمل من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار في هذه الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار مرتبة المطالبات العمالية، رهنا بهذه التعهدات المحتملة.

39- 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⁽⁹⁹⁾؛ وقانون الضرائب؛ وقانون المعاملات المضمونة؛ وقانون المسؤولية التقصيرية. وقد تنطبق قواعد خاصة على تحديد مرتبة المطالبات العمومية (الأجنبية).

40- وقد تنشأ صعوبات في تحقيق الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على ترتيب أولوية المطالبات عبر الحدود، ولا سيما فيما يتعلق بالمطالبات العمومية⁽¹⁰⁰⁾.

[بالرجوع إلى الفقرة 84 من شرح التوصيات من 30 إلى 34 من الدليل، أجل الفريق العامل النظر فيما 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" الواردين في ذلك الشرح غير واضحين ويحتاجان إلى مزيد من التوضيح.]

(ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار

41- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار 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 التي 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 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. وهو يحدد أيضاً القواعد المتعلقة بالتمويل من أطراف ثالثة.

(97) عادة ما تتناول الخطة معاملة مطالبات الدائنين وقد تنص أيضاً على القانون المنطبق.

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

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

(100) انظر المادة 13 (2) من قانون الإعسار عبر الحدود والشرح المصاحب لها.

42- ويرتبط هذا البند بالبند الأخرى المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، خصوصاً البنود (ز) المتعلق بالإبطال، و(ح) المتعلق بمعاملة العقود، و(ن) المتعلق بمعاملة المطالبات. فعلى سبيل المثال، تشمل التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار تكاليف ونفقات مشاركة ممثل الإعسار في مختلف الإجراءات التي تمس حوزة الإعسار، مثل إجراءات التقاضي أو التحكيم فيما يخص المطالبات المتنازع عليها أو إجراءات الإبطال.

(ف) توزيع العائدات

43- بموجب الأحكام التشريعية، يضع قانون دولة محكمة الإعسار قواعد من أجل توزيع العائدات قد تختلف بالنسبة للتصفية وإعادة التنظيم، وقواعد من أجل الخطوات التي يتعين اتخاذها إذا تبين تعذر القيام بأي توزيع⁽¹⁰¹⁾.

44- ويرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً بالبند الأخرى المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، خصوصاً البندين (ن) المتعلق بمعاملة المطالبات و(س) المتعلق بترتيب المطالبات. وإذا كان تقديم التعهدات المتعلقة بمعاملة المطالبات الأجنبية من أجل تجنب بدء إجراءات موازية مسموحاً به بموجب قانون دولة محكمة الإعسار⁽¹⁰²⁾، تعامل المطالبات المتأثرة وفقاً للمعاملة التي ستلقاها في إجراء مواز غير مستهل، بما في ذلك فيما يتعلق بتوزيع العائدات.

(ص) إقفال الإجراءات

45- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار طريقة اختتام الإجراءات وإقفالها، والشروط المسبقة للإقفال، والإجراءات الواجب اتباعها، وما إذا كان تحويل الإجراءات يمثل إقفالاً رسمياً للإجراءات الجارية 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

46- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: '1' الشروط العامة لإبراء الذمة، بما في ذلك الديون التي لا يمكن إبراء الذمة منها؛ '2' الإجراءات والشروط المسبقة لإبراء الذمة، التي قد تختلف باختلاف أنواع الإجراءات (التصفية أو إعادة التنظيم أو الإجراءات الموحدة أو المبسطة)؛ '3' تاريخ بدء نفاذ إبراء الذمة⁽¹⁰³⁾؛ '4' معايير رفض إبراء الذمة وإلغاء إبراء الذمة الممنوح.

47- [وقد تنشأ صعوبات بشأن الاعتراف عبر الحدود بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على قرار إبراء الذمة المحكوم بقانون آخر وإنفاذ تلك الآثار عبر الحدود]⁽¹⁰⁴⁾.

(101) تنطبق أحكام قانون العقود العام، وبالتالي القواعد الواقعة خارج نطاق هذه الأحكام التشريعية، على توزيع العائدات في إجراءات إعادة التنظيم إذا أقيمت الإجراءات بعد الموافقة على خطة إعادة التنظيم (أو إقرارها عند الاقتضاء) وجرى توزيع العائدات وفقاً لقواعد التوزيع الواردة في خطة إعادة التنظيم.

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

(103) يراد بالإشارة إلى "آثارها" في فاتحة الحكم التشريعي استيعاب كلتا الحالتين، عندما يمنح إبراء الذمة أثناء إجراءات الإعسار وبعد إقفالها (A/CN.9/1126، الفقرة 74).

(104) المرجع نفسه.

(ر) الإجراءات ذات الصلة (الناجمة عن إجراءات الإعسار أو المرتبطة بها ارتباطاً جوهرياً)⁽¹⁰⁵⁾

48- البند (ر) حكم جامع يراد به أن يشمل الدعاوى غير المذكورة تحديداً في قائمة دولة محكمة الإعسار التي تنتج، رغم كل شيء، عن إجراءات إعسار أو ترتبط ارتباطاً جوهرياً بإجراءات إعسار. ومن الأمثلة على ذلك: '1' التعديلات المتصلة بالإعسار التي تؤدي إلى معاملة خاصة للمطالبات المقدمة من الأشخاص ذوي الصلة أو المطالبات المقدمة ضدهم؛ '2' الإجراءات المستندة إلى قانون الإعسار لمساءلة المديرين عن أفعالهم التي سببت الإعسار أو أسهمت فيه⁽¹⁰⁶⁾.

49- وفيما يتعلق بالدعاوى المرفوعة ضد المديرين، ومقارنة بآثار إجراءات الإعسار على التزامات المديرين ومسؤولياتهم التي تنشأ أثناء إجراءات الإعسار المشمولة بالبند (ك)، والتي يحكمها دائماً قانون دولة محكمة الإعسار، لا تتوخى الأحكام التشريعية أن تخضع آثار إجراءات الإعسار على جميع التزامات المديرين ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار، لقانون دولة محكمة الإعسار. وفي غالبية الحالات، سيظل القانون المنطبق على علاقات المدين بموجب قانون الشركات (قانون الشركات⁽¹⁰⁷⁾) منطبقاً عليها بصرف النظر عن بدء إجراءات الإعسار. ويراد بالبند (ر) أن يتناول أسباباً محدودة جداً قد تنشأ مسؤولية على المديرين وأسباباً لرفع دعاوى على المديرين عند بدء إجراءات الإعسار بمقتضى قانون الإعسار. وتشمل هذه الأسباب، في ولايات قضائية عديدة، التعامل التجاري غير المشروع والإخلال بواجب تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار. وفيما عدا تلك الحالات القليلة جداً التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقانون الإعسار وإجراءات الإعسار، سيكون من غير المناسب أن تُخضع التزامات المديرين ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار للأثر الرجعي لقانون دولة محكمة الإعسار.

50- فعلى سبيل المثال، قد يواجه المديرون في بعض الولايات القضائية مسؤولية جنائية لعدم بدء إجراءات الإعسار في غضون الفترة المحددة في القانون بعد وقوع أحداث معينة. وفي ولايات قضائية أخرى، لا يجوز تطبيق شرط من هذا القبيل، بل يجوز تشجيع المديرين على الدخول في مفاوضات خارج المحكمة لإعادة هيكلة الديون. ويضمن التفسير المحدود للبند (ر) في سياق تطبيقه على المديرين، أن يكون المديرون في المجموعة الثانية في مأمن من أي مسؤولية والتزامات غير متوقعة من شأنها أن تنطبق على المديرين في المجموعة الأولى ويتوقعونها. وقد تختلف مخاطر التعرض لمثل هذه المسؤولية والتزامات غير المتوقعة تبعاً لما إذا كانت إجراءات الإعسار: '1' بدأت في مكان مركز المصالح الرئيسية الذي هو نفس مكان تسجيل الكيان المدين أو تأسيسه أو "مقره الحقيقي"؛ '2' بدأت في مكان مركز المصالح الرئيسية الذي يختلف عن مكان تسجيل الكيان المدين أو تأسيسه أو "مقره الحقيقي"؛ '3' بدأت في مكان مؤسسة المدين؛ '4' بدأت في مكان موجودات المدين. وتكون المخاطر أكبر حين يبدأ إجراءات الإعسار دائنون في ولاية قضائية غير مركز المصالح الرئيسية. وفي حالات أخرى، قد يكون التقييم الذي يُجرى فيما يخص قانون الشركات مماثلاً لتقييم مركز المصالح الرئيسية، ليكون بذلك قانون الشركات في الأغلب هو نفسه قانون دولة محكمة الإعسار.

(105) المرجع نفسه، الفقرة 52.

(106) المرجع نفسه، الفقرتان 50 و 73.

(107) لا يوجد فهم موحد لقانون الشركات. وتتبع بعض الولايات القضائية نهج "مكان التأسيس"، بينما تتبع ولايات قضائية أخرى نهج "المقر الحقيقي"، على أن فهم المصطلح الأخير ليس موحداً أيضاً. وبموجب نهج "التأسيس"، ينطبق قانون الولاية القضائية التي تنشأ أو تؤسس فيها الشركة على جميع جوانب حوكمة تلك الشركة؛ وبموجب نهج "المقر الحقيقي"، يحكم تلك المسائل قانون البلد الذي يوجد فيه مقر الشركة "الحقيقي" (أي مركز إدارتها والتحكم فيها).

51- وإضافة إلى ذلك، إذا اتبع قانون دولة محكمة الإعسار التفسير الواسع لتعبير "المديرين"، على النحو الموصى به مثلاً في الجزء الرابع من الدليل⁽¹⁰⁸⁾، قد تنطبق مجموعة مختلفة من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام ومن سبل الانتصاف وآليات الإنفاذ، بما في ذلك إسقاط الأهلية، تبعاً للأشخاص الذين يتبين أنهم يسيطرون سيطرة فعلية على أعمال المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار. وقد لا يُخضع بعض المديرين (مثل جهات الإقراض المؤسسية) لقانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي.

حاء - الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار

1- عقود العمل وعلاقات العمل

11- اتفق الفريق العامل على تنقيح مشروع الحكم التشريعي على النحو المبين أدناه. ونقح مشروع الشرح لجسد تلك التغييرات⁽¹⁰⁹⁾.

(أ) مشروع حكم تشريعي

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على عقود العمل وعلاقات العمل

يحكم القانون المنطبق على عقود العمل وعلاقات العمل الآثار المترتبة على إجراءات الإعسار في تلك العقود والعلاقات⁽¹¹⁰⁾.

(ب) مشروع الشرح

1- وفقاً لهذا الحكم التشريعي، يحكم القانون المنطبق على عقود العمل وعلاقات العمل آثار إجراءات الإعسار على تلك العقود والعلاقات. والقصد من الإشارة إلى ذلك القانون هو شمول قانون العمل وقانون الإعسار وأي قانون آخر قد يكون ذا صلة بعقود العمل أو علاقات العمل.

2- ولا يشمل الاستثناء الوارد في هذا الحكم معاملة المطالبات العمالية ولا ترتيب أولويتها. ويظل قانون دولة محكمة الإعسار (إذا كان مختلفاً عن القانون المنطبق على عقد العمل أو علاقة العمل، فيشار إليه فيما يلي باسم "قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي") منطبقاً على تلك المطالبات وترتيب أولويتها. وينطبق الشيء نفسه على توصيف العقد أو علاقة العمل بأنه عقد عمل أو بأنها علاقة عمل وعلى إبطال عقود العمل أو أي أجزاء منها (مثل حزم الأجور غير المعقولة الناشئة عن تعديل عقود العمل أو علاقات العمل بين المديرين وكبار الموظفين التنفيذيين أو غيرهم من المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار). إلا أنه عندما يأذن قانون دولة محكمة الإعسار بتقديم تعهدات فيما يتعلق بالمطالبات العمالية الأجنبية من أجل تجنب فتح إجراءات موازية (انظر شرح البنود (ن) و(س) و(ف) من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار أعلاه)، يمكن معاملة المطالبات العمالية المتأثرة وفقاً للمعاملة التي ستتلقاها في إجراء مواز غير مستهل.

3- والأساس المنطقي للاستثناء من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار الوارد في الحكم التشريعي هو أن عقود العمل وعلاقات العمل تثير العديد من الاعتبارات على مستوى السياسات الاجتماعية والاقتصادية. ولهذا السبب،

(108) تشمل أي شخص يمارس سيطرة فعلية على الكيان المديرين (مثل المديرين بحكم الواقع، والمديرين المستترين، وحملة الأسهم، والمقرضين، وغيرهم) (التوصية 258 والشرح المصاحب لها).

(109) A/CN.9/1126، الفقرات 75-79.

(110) وافق الفريق العامل في دورته الحادية والستين على هذه الصيغة (المرجع نفسه، الفقرة 79).

عادة ما تضع الدول نظاما خاصا لمعالجة المسائل الناشئة عن عقود العمل وعلاقات العمل في حالة الإعسار. ففي بعض قوانين الإعسار، تولّى للحفاظ على استمرارية العاملين في وظائفهم أولوية على الأهداف الأخرى لإجراءات الإعسار، مثل زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد ممكن لصالح جميع الدائنين. ويتضح ذلك في 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⁽¹¹¹⁾، يمكن أن تحمي العمال من الفصل التعسفي والتمييز؛ وتوفر شبكة أمان مالي لهم؛ وتقرض قيودا تحد من عمليات رفض عقود العمل أو تعديلها⁽¹¹²⁾ وشروطا لتنفيذ عمليات تسريح العمال (بما في ذلك توجيه إشعار مسبق إلى سلطات الدولة ذات الصلة)؛ 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 بمعاملة عقود العمل وعلاقات العمل في إجراءات الإعسار. ويتزايد ذلك الخطر إذا كانت آثار إجراءات الإعسار على تلك المسائل يحكمها 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، وقد يظلون غير مطلعين على الخطط المتصلة بوضعهم الوظيفي ولا مدركين لها. ويمكن استخدام إجراءات الإعسار لتقيض 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 الحكم التشريعي قد يزيل المرونة التي قد تكون مستصوبة وضرورية لمواصلة تشغيل المنشأة والحفاظ على العمالة وضمان الرواتب، خصوصا في إعادة التنظيم. وقد يعرقل ذلك النهج أيضا من الكفاءة في تسيير وإدارة إجراءات الإعسار عندما يكون لدى المدين عمال تنطبق عليهم ترتيبات مختلفة بشأن معاملة عقود العمل أو علاقات العمل. وستنشأ حاجة 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 عقود العمل أو علاقات العمل. وقد تنشأ هذه الحاجة أيضا حيثما توجد حرية في اختيار القانون المنطبق على عقود العمل أو علاقات 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 القانون المختار. وقد تختلف هذه الضمانات من ولاية قضائية إلى أخرى (على سبيل المثال، فيما يتعلق ببند عدم المنافسة). وهي تنص عادة على أن شرط اختيار القانون لا يجوز أن يفرض على 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.

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

(112) انظر التوصية 71 من الدليل والشرح المصاحب لها.

6- بيد أنه بدون ذلك الاستثناء، يمكن لأثار إجراءات الإعسار على معاملة عقود العمل وعلاقات العمل 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، حيثما ينطبق، والقانون الذي كان من شأنه أن ينطبق إلزاميا في جميع الحالات. وقد يكون توحي مزيج من القوانين المنطبقة أو ترتيبها ترتيبا هرميا حلا آخر يحافظ على المرونة، ولكنه 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).

2- نظم المدفوعات أو التسويات، والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي

12- اتفق الفريق العامل في دورته الحادية والستين على إضافة عبارة "الخاضعة للتنظيم الرقابي" بعد عبارة "الأسواق المالية"، وحذف كلمة "فقط" من مشروع الحكم التشريعي الوارد في الفقرة 58 من الوثيقة [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#)⁽¹¹³⁾. ويجسد مشروع الحكم التشريعي ذلك الاتفاق.

13- وفي الدورة نفسها، طلب الفريق العامل إلى الأمانة أن تجسد في شرح مصاحب ما يلي: (أ) مضمون الفقرة 50 من الوثيقة [A/CN.9/WG.V/WP.179](#) التي تشرح النطاق المقصود للاستثناء؛ (ب) الاستثناءات الممكنة من ذلك الاستثناء؛ (ج) الجوانب المتعلقة بالموجودات الرقمية⁽¹¹⁴⁾. وقد أعد مشروع الشرح وفقا لذلك وسيوسع نطاقه في الوقت المناسب. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان الحكم التشريعي نفسه ينبغي أن يحدد نطاق الاستثناء على نحو أضيق في ضوء طائفة واسعة من النظم المستقلة والمؤتمتة في العالم الرقمي التي تستخدم لتنفيذ المدفوعات والتسويات عبر الإنترنت، والتي قد لا يقصد أن ينطبق عليها الاستثناء.

(أ) مشروع حكم تشريعي

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين، وعلى دعاوى الإبطال، في نظام للمدفوعات أو التسويات أو في سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي

تكون آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين في نظام للمدفوعات أو التسويات أو سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي محكومة بالقانون المنطبق على ذلك النظام أو تلك السوق. ويحكم ذلك القانون أيضا دعاوى الإبطال التي يجوز رفعها بشأن المدفوعات أو المعاملات التي تتم في إطار ذلك النظام أو تلك السوق.

(ب) مشروع الشرح

1- وفقا لهذا الحكم التشريعي، تكون آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين، وعلى دعاوى الإبطال، في نظام للمدفوعات أو التسويات أو في سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي، محكومة بالقانون المنطبق على ذلك النظام أو تلك السوق.

(113) [A/CN.9/1126](#)، الفقرة 53.

(114) المرجع نفسه.

2- والنظم والأسواق المراد شمولها بهذا الاستثناء نظم وأسواق متعددة الأطراف وشديدة التكامل بحيث يمكن أن 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⁽¹¹⁵⁾. وكثيرًا ما يشار إلى هذا التأثير التعاقبي بالمخاطرة النظمية⁽¹¹⁶⁾.

3- ويشير إدراج عبارة "خاضعة للتنظيم الرقابي" في الحكم التشريعي إلى أن هذا الاستثناء لا ينطبق، بالإضافة إلى نظم المدفوعات والتسويات، إلا على الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أي الأسواق التي ستخضع لإشراف السلطات التنظيمية أو رقابتها في الدولة التي يعمل السوق المعني بمقتضى قانونها. وتتمثل الوظيفة الرئيسية لهذه السلطات التنظيمية في حماية المصالح العامة. وكون تلك الأسواق خاضعة للتنظيم الرقابي يجعل تحديد هويتها وهوية المشاركين فيها أسهل في حالة الإفسار لأن الأسواق الخاضعة للتنظيم عادة ما تكون ملزمة بتسجيل نفسها وتحديد هوية المشاركين فيها. وقد تيسر اشتراطات التسجيل وتحديد الهوية المذكورة تضيق نطاق الحالات التي ينبغي أن ينطبق عليها الاستثناء فيما يتعلق بالأسواق.

4- وتُذكر "نظم المدفوعات والتسويات" منفصلة عن الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، وذلك لأن "نظم المدفوعات والتسويات"، وإن كانت تشكل جزءًا من الأسواق المالية وتمثل عنصرًا رئيسيًا في بنيتها التحتية، قد تعمل أيضًا بصورة مستقلة خارج أي سوق مالية. وخلافًا للأسواق المالية، لم تقيد نظم المدفوعات والتسويات بصفة "خاضعة للتنظيم الرقابي" في الحكم التشريعي. وهذا لأنها، خلافًا للأسواق المالية، نادرًا ما تخضع للتنظيم. إلا أنها مشمولة بالاستثناء لأن الكثير منها، وإن كانت غير خاضعة للتنظيم، يعتبر مهمًا نظاميًا. فقد يؤدي الفشل في أحد النظم إلى نتائج لا يمكن التنبؤ بها، بما في ذلك فشل السلسلة بصورة كبيرة تستلزم تدخل السلطات التنظيمية في نظم لا تخضع للتنظيم الرقابي في غير تلك الحالة، لحماية المصالح العامة.

5- والنظم والأسواق المشمولة بالاستثناء 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 إفسار متعلقة بمشارك واحد في النظام أو السوق في ولايات قضائية مختلفة، في حين أنه يوجد عادة مشاركون عديدون في أي نظام واحد أو سوق واحدة. لذلك، يعد تطبيق قانون واحد على جميع العمليات في نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي هو السبيل الوحيد لضمان اليقين القانوني اللازم لكفالة سلاسة وصحة عمليات نظم المدفوعات والتسويات المشمولة بالاستثناء.

6- وتعمل القطاعات التي ينطبق عليها هذا الاستثناء بموجب قواعد ومبادئ توجيهية واتفاقات موحدة تعزز تطبيق قانون النظام أو السوق على جميع الجوانب المتصلة بذلك النظام أو السوق، بما في ذلك آثار إجراءات الإفسار. وأي حياد عن تلك المعايير قد يؤدي إلى عواقب سلبية لن تنعكس فحسب على النظم أو الأسواق غير الممتثلة، بل أيضًا على مناخ الاستثمار العام في الولايات القضائية التي تعمل فيها.

7- وينطبق الاستثناء الوارد في الحكم التشريعي على النظم والأسواق الرقمية بقدر استيفائها للمعايير المبينة أعلاه. ولا ينطبق الاستثناء على [يصاغ لاحقًا لتجسيد نتائج مدولات الفريق العامل الإضافية بشأن تلك المسائل (انظر الفقرة 13 أعلاه التي تسبق مشاريع الأحكام)].

(115) A/CN.9/1094، الفقرة 87.

(116) A/CN.9/WG.V/WP.179، الفقرة 50 التي تشير إلى شرح التوصيات من 101 إلى 107 من الدليل (انظر على وجه الخصوص، الفقرة 213 من ذلك الشرح).

3- إجراءات التحكيم الجارية أو المعلقة

14- في الدورة الحادية والستين، ذهب الرأي السائد إلى النص على قانون دولة التحكيم باعتباره القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على إجراءات التحكيم الجارية أو المعلقة. وبناء على ذلك، يمكن أن يكون نص مشروع الحكم التشريعي كما يلي:

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على إجراءات التحكيم الجارية أو المعلقة
تخضع آثار إجراءات الإعسار على إجراءات التحكيم الجارية أو المعلقة لقانون دولة التحكيم.

15- ولاحظت بعض الوفود أن الفريق العامل لم ينظر، في تلك الدورة، إلا في جوانب التحكيم الواردة في المادة 18 من الصيغة المنقحة للائحة الإعسار الأوروبية التي نشأت منها القاعدة المذكورة أعلاه، فتوقعت أن الفريق العامل سيتناول أيضا، في دورته المقبلة، جوانب التقاضي من المادة 18⁽¹¹⁷⁾. وفي ضوء النظر المتوقع في تلك المسائل المترابطة في إطار الفريق العامل بشكل مجمل، رأت الأمانة أن من السابق لأوانه أن تصوغ شرحا لمشروع الحكم التشريعي.