

Distr.: Limited
4 September 2023
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الثالثة والستون
فيينا، 11-15 كانون الأول/ديسمبر 2023

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

2	أولاً- مقدمة
2	ثانياً- مشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها
2	الفصل الأول- أحكام عامة
2	ألف- الغرض والأهداف
5	باء- نطاق انطباق الأحكام التشريعية
10	جيم- التعاريف
12	دال- أولوية الالتزامات الدولية
12	هاء- الاستثناء المتعلق بالنظام العام
14	واو- التفسير
14	الفصل الثاني- القانون المنطبق في إجراءات الإعسار الداخلية المتعلقة بمدين واحد
14	ألف- القاعدة التكميلية: قانون دولة محكمة الإعسار
30	باء- الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار
41	الفصل الثالث- القانون المنطبق في إجراءات الاعتراف عبر الحدود
	الفصل الرابع- القانون المنطبق في الإجراءات المترامنة المتعلقة بنفس المدين أو بمدينين مختلفين ينتمون إلى نفس مجموعة المنشآت
43	



أولاً - مقدمة

- 1- يوفر جدول الأعمال المؤقت للدورة الثالثة والستين للفريق العامل (A/CN.9/WG.V/WP.188) 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، في دورته الثانية والستين (نيويورك، 17-20 نيسان/أبريل 2023)، إلى الأمانة أن تتقح مشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها على نحو يعكس المداولات التي جرت في تلك الدورة.
- 2- وتورد الأمانة مشاريع الأحكام التشريعية المنقحة والشروح المصاحبة لها في الفصل الثاني أدناه. وتشير الحواشي المكتوبة بخط سميك الملحقة بمشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها إلى مصادر أحدث التنقيحات. ومن المعتمد الإبقاء على الحواشي الأخرى المصاحبة لهذه المواد في النص النهائي حسب الاقتضاء تبعاً لشكله النهائي. وقد أُوردت، قبل مشاريع القواعد، المسائل المعروضة على الفريق العامل لكي ينظر فيها. ومع أن الفريق العامل اتفق على المضي قدماً في عمله بالاستناد إلى افتراض عملي مؤداه أن النص سيتخذ شكل قانون نموذجي⁽²⁾، فقد احتفظت الأمانة مؤقتاً بإحالات إلى الأحكام التشريعية على أساس أنه سيستعاض عنها في الوقت المناسب بإحالات تلائم الشكل المتفق عليه للصك. وسيلزم إجراء تنقيحات أخرى في النص بكامله تبعاً لشكله النهائي وأوجه ارتباطه بنصوص الأونسيترال الأخرى في مجال قانون الإعسار.

ثانياً - مشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها

الفصل الأول: أحكام عامة

ألف - الغرض والأهداف

- 3- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في مشروع هذا الحكم التشريعي وشرحه، اللذين نقحا لتجسيد مداولاته في دورته الثانية والستين. ولم يقرر الفريق العامل بعد ما إذا كان سيبقي على الإشارة إلى "المفاضلة التعسفية للمحاكم". وكان قد اقترح في دورته الثانية والستين الاستعاضة عن كلمة "التعسفية" بكلمة "المجحفة"⁽³⁾. وأضيف ذلك الاقتراح بين معقوفتين لكي ينظر فيه الفريق العامل.

1- مشروع حكم تشريعي

الديباجة

الغرض من هذه الأحكام التشريعية هو توفير قواعد واضحة لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وآثارها ("القانون المنطبق")، بما في ذلك الإجراءات المترابطة المتعلقة بمدين واحد أو بأعضاء في مجموعة منشآت، بغية تحقيق الأهداف الرئيسية لإجراءات إعسار تتسم بالفعالية والكفاءة، بما يشمل اليقين القانوني وإمكانية التنبؤ، والتقليل من خطر المفاضلة [التعسفية]⁽⁴⁾ [المجحفة]⁽⁵⁾ بين المحاكم وغير ذلك من الأفعال الضارة بالدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة.

(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) A/CN.9/1133، الفقرة 29 (ب).

(4) A/CN.9/1126، الفقرة 58.

(5) A/CN.9/1133، الفقرة 29 (ب).

- 1- تنص الأحكام التشريعية على قواعد لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وآثارها ("القانون المنطبق"). وهي تهدف إلى تحقيق الوضوح في هذا الصدد، وخصوصاً فيما يتعلق بإجراءات الإعسار التي تشمل موجودات أو أطرافاً كائنة في دول مختلفة.
- 2- ومن المستصوب توخي الوضوح بشأن تلك المسائل لأسباب مختلفة. ومن المقبول عموماً في مختلف الدول أن يكون قانون المكان، الذي تبدأ فيه إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار)، هو القانون الذي يحكم في الأحوال العادية الجوانب الإجرائية لإجراءات الإعسار، مثل بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها. إلا أن معايير مختلفة تستخدم لتحديد القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على أنواع معينة من الموجودات والحقوق والمطالبات (مثل الحقوق العينية وحقوق المقاصة). ففي بعض الدول توجد استثناءات من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار في تلك الحالات، بينما قد لا يتطرق القانون في دول أخرى إلى تلك المسائل أو قد لا يتناولها إلا جزئياً. ومن شأن هذا التنوع في عدد تلك الاستثناءات ونطاقها، أو عدم وجود أي قواعد بشأن تلك المسائل، مما يترك للمحاكم تحديد القانون المنطبق على أساس كل حالة على حدة، أن 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 منهم لقواعد خاصة به لتحديد القانون المنطبق. وقد تكون الإجراءات المتزامنة مزيجا ما مؤلفاً من إجراء أجنبي رئيسي (يمكن أن يصبح أحدها إجراء التخطيط بمقتضى قانون الأونسيتال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت)⁽⁶⁾ (قانون إعسار مجموعات المنشآت)، 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))⁽⁷⁾. وقد يصبح بعض تلك الإجراءات موضوع إجراء اعتراف في دول أخرى قد يستهل أو لا يستهل 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 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 المتوازية توضيح القانون المنطبق أو التنسيق في تطبيق عدة قوانين منطبقة.
- 4- ولا تتناول نصوص الأونسيتال السابقة المتعلقة بالإعسار تلك المسائل صراحة⁽⁸⁾. وهي لا تيسر إلا بقدر ما الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار المتعلقة بالإجراء الأجنبي الرئيسي وإنفاذها عبر الحدود.

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

(7) منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2014. وهو متاح على الرابط الخاص بقانون الأونسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (1997) | لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

(8) A/CN.9/1133، الفقرة 29 (أ).

- 5- والغرض الرئيسي من هذه الأحكام التشريعية هو سد تلك الثغرات بتوفير قواعد بسيطة وواضحة لتناول مسألة القانون المنطبق يمكن للدول أن تدرجها في قانونها الداخلي. وتقوم الأحكام التشريعية بذلك عن طريق ما يلي: (أ) إرساء قاعدة عامة مفادها أن قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) 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 منطبعة، في الإجراءات المترابطة المتعلقة بمدين واحد أو بأعضاء في مجموعة منشآت⁽⁹⁾.
- 6- وقد 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 يعزز ذلك بدوره 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 عبر الحدود؛ (د) التجارة والاستثمار.
- 7- وإضافة إلى ذلك، يمكن للدول، بالتقيد بالأحكام التشريعية، أن تقلل من مخاطر المفاضلة [التعسفية] [المجحفة] بين المحاكم وغير ذلك من الأفعال الضارة بالدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة. وسوف تقرر المحاكم ما يعتبر "تعسفياً" [مجحفاً] في كل حالة على حدة. وتحديد المحكمة المثلى لمباشرة الإجراءات، بما في ذلك إجراءات إعادة الهيكلة أو إعادة التنظيم، مسعى مقبول عموماً في مختلف الدول. بيد أن الاختيار الذي يتم على حساب عموم الدائنين أو لأغراض أخرى غير سليمة (مثل التهريب من الالتزامات أو المسؤوليات، وحماية الموجودات من آثار قانون الإعسار المنطبق في الحالة المعنية) يعتبر عادة [تعسفياً] [مجحفاً].
- 8- وتهدف الأحكام التشريعية إلى تحقيق توازن مناسب بين الاعتبارات المتنافسة التي قد تنطوي عليها إجراءات الإعسار. فعلى سبيل المثال، قد يكون من المسوغ، في إطار مراعاة الكفاءة، أن تطبق المحكمة في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، قانون دولتها (قانون دولة محكمة الإعسار) على جميع المسائل الناشئة في إجراءات الإعسار، وذلك لأن تلك المحكمة هي الأقدر على تفسير قانونها وتطبيقه؛ وحيثما تطبق المحكمة قانوناً أجنبياً، قد تواجه الحاجة إلى التعرف على محتوى ذلك القانون الآخر وتفسيره والتعامل مع فئات قانونية أجنبية قد تكون غير معروفة لنظامها القانوني. غير أن اعتبارات أخرى، مثل ضرورة تطبيق النظام الصحيح لعقود العمل وعلاقات العمل، قد تفوق في وزنها اعتبارات الكفاءة وتتطلب تطبيق القانون الأجنبي.
- 9- ويقتصر نطاق الأحكام التشريعية على قواعد تحديد القانون المنطبق ولا ينسحب على القواعد المتعلقة بتحديد القانون المنطبق على البت في صحة ونفاذ الحقوق أو المطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار، إذ يظل من اللازم تحديد ذلك القانون من خلال قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها عموماً (في سياق تنازع القوانين) (المشار إليها من الآن فصاعداً باسم "قواعد القانون الدولي الخاص") لدى الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار أو في دولة المحكمة الأخرى التي يمكن أن تستهل فيها إجراءات متصلة بالإعسار (مثل الفصل في المطالبات أو الإبطال). ولا تحل إجراءات الإعسار وأحكام القانون المنطبق محل قواعد القانون الدولي الخاص تلك المعمول بها عموماً، ولكنها قد تحدث آثاراً على الحقوق الصحيحة والنافذة السابقة لبدء الإجراءات، وذلك مثلاً بتعليق أو إنهاء الحق في بدء إجراءات تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم أبرمه المدين مع دائنيه قبل بدء إجراءات الإعسار؛ وحق الدائن في مقاصة مطالباته حيال المدين؛ والحقوق الناشئة عن المعاملات التي أبطلت في إجراءات الإعسار؛ وحقوق الإنفاذ⁽¹⁰⁾.

(9) المرجع نفسه، الفقرة 28.

(10) المرجع نفسه، الفقرة 29 (أ).

باء - نطاق انطباق الأحكام التشريعية

4- لعل الفريق العامل يود أن ينظر في مشروع هذا الحكم التشريعي وشرحه، اللذين نقحا لتجسيد مداولاته في دورته الثانية والسنتين. ولعل الفريق العامل يود أن يذكر أنه كان قد دُعي في تلك الدورة، بعد الرجوع إلى تعريف "إجراءات الإعسار" الوارد في مشاريع مبادئ اليونيدرو بشأن الموجودات الرقمية والقانون الخاص بصيغتها آنذاك⁽¹¹⁾، إلى النظر فيما إذا كان من الضروري أن تنطبق الأحكام التشريعية أيضا على إجراءات إعادة الهيكلة التي قد لا يشملها تعريف الأونسيترال لـ "إجراءات الإعسار"⁽¹²⁾. ولعله يود أيضا أن يذكر أن اقتراحا قد قُدم في إطاره بأن يضيف في الشرح، في قائمة بالإجراءات المشمولة بتعريف الأونسيترال لإجراءات الإعسار، إشارة إلى مصطلح "حزم الإجراءات المعدة مسبقا" مع شرح له⁽¹³⁾. ولعله يود أن يذكر كذلك الاقتراح الذي قُدم في نفس الدورة بإدراج الكيانات المستبعدة من نطاق انطباق الأحكام التشريعية، إما في نص الحكم المتعلق بالنطاق نفسه أو في الشرح المصاحب له (بالإشارة مثلا إلى مؤسسات التأمين وإعادة التأمين والمؤسسات المصرفية والكيانات العاملة بمقتضى القانون العام وغيرها)⁽¹⁴⁾. ولم ينظر الفريق العامل في تلك النقاط في تلك الدورة وربما يود النظر فيها في دورته الثالثة والسنتين.

5- وفيما يتعلق بالنقطة الأولى، لعل الفريق العامل يود أن يستذكر مداولاته التي أدت إلى إدخال تعديلات على دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود لعام 1997 واعتماد الأونسيترال في عام 2013 الصيغة المنقحة للدليل، التي أطلق عليها اسم دليل الاشتراع والتفسير. وفي ذلك الوقت، ناقش الفريق العامل، في جملة أمور، الإجراءات المختلطة والسوابق القضائية المتصلة بقانون الإعسار عبر الحدود فيما يتعلق بتعريف "الإجراء الأجنبي"⁽¹⁵⁾. ونتيجة لتلك المناقشات، عُززت القائمة التراكمية للمقتضيات، التي حددتها الأونسيترال من أجل اعتبار الإجراء إجراء أجنبيا، وخصوصا المقتضيات المتعلقة بالضائقة المالية للمدين (الإعسار الفعلي أو الوشيك) وسيطرة المحكمة على موجودات المدين وشؤونه (الحاضرة أو السابقة أو المحتملة) أو الإشراف عليها⁽¹⁶⁾. ويستند التعليق على تعريف "إجراءات الإعسار"، الذي يرد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها (قانون الاعتراف والإنفاذ)⁽¹⁷⁾ وقانون إعسار مجموعات المنشآت⁽¹⁸⁾، إلى التعليق على تعريف "الإجراءات الأجنبية" الوارد في

(11) تغيرت الإشارات إلى "إجراءات الإعسار" في ذلك النص، منذ ذلك الحين، إلى إشارات إلى "الإجراءات المتصلة بالإعسار" المعرفة في المبادئ، التي اعتمدها مجلس إدارة اليونيدرو في دورته 102 (روما، 10-12 أيار/مايو 2023)، على أنها "إجراءات قضائية أو إدارية جماعية، تشمل الإجراءات المؤقتة، وينطبق في إطارها واحد على الأقل من الشروط التالية على موجودات المدين وشؤونه لأغراض إعادة التنظيم أو التصفية: (أ) أن تكون خاضعة لمراقبة أو إشراف محكمة أو هيئة مختصة أخرى؛ (ب) أن تكون قدرة المدين على إدارتها أو التصرف فيها محدودة بموجب القانون؛ (ج) أن تكون قدرة دائني المدين على الإنفاذ بشأنها محدودة بموجب القانون" (المبدأ 2 (6)). والمبادئ المعتمدة متاحة في الموقع التالي: www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/04/C.D.-102-6-Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law.pdf.

(12) A/CN.9/1133، الفقرتان 25 و 29 (و).

(13) المرجع نفسه، الفقرة 29 (ه).

(14) المرجع نفسه، الفقرة 29 (ج).

(15) انظر، مثلا، الفقرة 15 من الوثيقة A/CN.9/738.

(16) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 48-51 و 65-78.

(17) منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2019. وهو متاح على الرابط التالي: <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/mlj>.

(18) انظر دليل اشتراع قانون الاعتراف والإنفاذ، الفقرتين 48 و 49، ودليل اشتراع قانون إعسار مجموعات المنشآت، الفقرة 40.

دليل الاشتراع والتفسير ويحيل إليه⁽¹⁹⁾. وفيما يتعلق بمصطلح "حزم الإجراءات المعدة مسبقاً"، لعل الفريق العامل يود أن يذكر أن مصطلح "إعادة التنظيم" بصيغته المستخدمة في نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار يشمل بيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة، كما هو مذكور في مشروع الشرح التالي. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت إجراءات إعادة التنظيم المعجلة⁽²⁰⁾ تشمل بالتالي أنواعاً مختلفة من حزم الإجراءات المعدة مسبقاً⁽²¹⁾. وفيما يتعلق بالفقرة 3 من مشروع الحكم التشريعي، لعل الفريق العامل يود أن يتفق على صياغتها التي ستثري مضمون الشرح المصاحب⁽²²⁾.

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 ونيّاذ الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار. وتحدد قواعد القانون الدولي الخاص لدى الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، أو دولة محكمة أخرى ذات صلة القانون المنطبق على صحة ونيّاذ الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار. وباستثناء ما تنص عليه هذه الأحكام التشريعية، لا تحل هذه الأحكام التشريعية محل تلك القواعد.
- 3- [لا تنطبق الأحكام التشريعية على الإجراءات المتعلقة بالمؤسسات المالية ومؤسسات التأمين وإعادة التأمين وكذلك الكيانات العاملة بموجب القانون العام].

(19) للاطلاع على المداوات ذات الصلة التي جرت في الفريق العامل عند إعداد هذين القانونين النموذجيين، انظر مثلاً الفقرة 113 من الوثيقة A/CN.9/937؛ والقرارات 121 و122 و127-129 و131 و132 من الوثيقة A/CN.9/966؛ والفقرة 37 من الوثيقة A/CN.9/972.

(20) انظر التوصيات من 160 إلى 168 من الدليل والتعليق المصاحب لها.

(21) السمة المشتركة لهذه الإجراءات هي أن الترتيبات المتعلقة بالمنشأة المعسرة أو المتعثرة يجري التفاوض بشأنها فيما بين المهتمين والمعنيين وتوضع موضع التنفيذ قبل بدء إجراءات الإعسار، مثل بيع المنشأة (أو أجزاء منها) كمنشأة عاملة إلى مشترٍ محدد مسبقاً. وتعرض نتائج هذه الترتيبات على المحكمة لإقرارها. وإذا أقرتها المحكمة، تجري عملية تصفية أو إعادة تنظيم معجلة فيما يتعلق بالمدين.

(22) لم يكن بوسع الأمانة صوغ شرح في هذه المرحلة لأن الفريق العامل لم يتفق بعد على ما إذا كان (أ) القصد من الأحكام التشريعية هو أن تنطبق على أي إجراءات إعسار دون استثناء؛ أو (ب) أن المتوخى من الأحكام التشريعية هو الانطباق على جميع إجراءات الإعسار، مع الاعتراف في الوقت نفسه بأن من الممكن للدول أن تستبعد من نطاق انطباق الحكم التشريعي بعض الإجراءات، مثل الإجراءات المتعلقة بالمؤسسات المالية ومؤسسات التأمين وإعادة التأمين، وكذلك الكيانات العاملة بمقتضى القانون العام، ولكن لا يُشجّع على هذه الاستبعادات؛ أو (ج) أن المتوخى من الأحكام التشريعية هو الانطباق على جميع إجراءات الإعسار، مع الاعتراف في الوقت نفسه بأن من الممكن للدول أن تستبعد من نطاق انطباق الحكم التشريعي بعض الإجراءات، مثل الإجراءات المتعلقة بالمؤسسات المالية ومؤسسات التأمين وإعادة التأمين، وكذلك الكيانات العاملة بمقتضى القانون العام، ويُشجّع على هذه الاستبعادات؛ أو (د) أن المتوخى بوضوح من الأحكام التشريعية ألا تنطبق على إجراءات الإعسار المتعلقة ببعض الكيانات، مثل المؤسسات المالية ومؤسسات التأمين وإعادة التأمين، وكذلك الكيانات العاملة بمقتضى القانون العام (وقد تجسد النهج الأخير في المشروع بناء على الاقتراحات التي قدمت في دورة الفريق العامل الثانية والستين).

2- مشروع الشرح

معلومات عامة

- 1- يرتبط نطاق انطباق الأحكام التشريعية بمفهوم "إجراءات الإعسار" (23) و"بدء إجراءات الإعسار" (24). وتحدد نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار قائمة تراكمية بالمتطلبات التي يجب على أي إجراء استيفائها لكي يعتبر "إجراء إعسار"، على النحو التالي: (أ) أن يكون إجراء جماعيا (قضايا أو إداريا) (25)؛ (ب) أن يتم وفقا لقانون يتصل بالإعسار (بما يشمل قانون الشركات) (26)؛ (ج) أن يخضع لمراقبة محكمة أو لإشرافها (بما يشمل المدين المتملك) (27)؛ (د) أن يتعلق بمدين (شخص طبيعي أو اعتباري) يعاني من ضائقة مالية شديدة أو معسر (28)؛ (هـ) أن يهدف إلى تصفية ذلك الكيان المدين أو إعادة تنظيمه ككيان تجاري (29).
- 2- وتشمل "إجراءات الإعسار" بمقتضى نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار ما يلي: (أ) "التصفية" المعرفة بأنها إجراءات لبيع الموجودات والتصرف فيها من أجل التوزيع على الدائنين وفقا لقانون الإعسار (30)؛ (ب) "إعادة التنظيم" المعرفة بأنها عملية يمكن بها لمنشأة المدين أن تسترد عافيتها المالية وقدرتها على البقاء وأن تواصل عملها، باستخدام وسائل شتى يمكن أن تشمل الإغفاء من الديون، وإعادة جدولة الديون، وتحويل الديون إلى أسهم في رأس المال، وبيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة (31)؛ (ج) "إجراءات إعادة التنظيم المعجلة" التي تجمع بين مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وقبول خطة تنص على إجراءات معجلة تُسَرِّع بمقتضى قانون الإعسار لكي تقرها المحكمة (32)؛ (د) إجراءات إعسار مبسطة (33)؛ (هـ) الإجراءات المؤقتة وعمليات إعادة الهيكلة وأي إجراءات أخرى يمكن أن تتأكد المحكمة في كل حالة على حدة من أنها تفي بقائمة المتطلبات التراكمية المذكورة أعلاه (34).

- (23) المصطلحان (ق) و(ش) في المسرد الوارد في دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ("الدليل" و"المسرد")، اللذان يتعين قراءتهما معا وكذلك بالاقتران مع التوضيح المقدم في الفقرة 2 من الجزء الأول من الدليل؛ ودليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها (دليل اشتراخ قانون الاعتراف والإنفاذ)، الفقرات 22 و48 و49؛ ودليل اشتراخ وتفسير قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (دليل الاشتراخ والتفسير)، الفقرات 48-51 و65-80.
- (24) التوصيات 14-29 و292-309 من الدليل. ويقصد بتعبير "بدء إجراءات [الإعسار]" تاريخ البدء الفعلي لإجراءات الإعسار، سواء خُدد بموجب قانون أم قرار قضائي (المسرد، المصطلح (ج)).
- (25) دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرات 69-72.
- (26) دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرة 73.
- (27) التوصية 112 من الدليل، ودليل الاشتراخ والتفسير، الفقرات 71 و74-76 و86.
- (28) دليل الاشتراخ 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 حاليا أو مستقبلا عاجزا عموما عن سداد ديونه لدى استحقاقها أو أن تتجاوز التزاماته المالية قيمة موجوداته. وفي الوقت نفسه، 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 (الدائنين) بطلب لبدء إجراءات الإعسار، تكون معايير البدء كما يلي: أن يكون المدين عاجزا عموما عن سداد ديونه لدى استحقاقها أو أن تتجاوز التزاماته المالية قيمة موجوداته.
- (29) دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرتان 77 و78.
- (30) مسرد المصطلحات، المصطلح (ث).
- (31) مسرد المصطلحات، المصطلح (ك ك).
- (32) انظر النص المتعلق بالغرض من الأحكام التشريعية الذي يسبق التوصية 160 من الدليل؛ ودليل الاشتراخ والتفسير، الفقرة 75.
- (33) الدليل، الجزء الخامس.
- (34) فيما يتعلق بالإجراءات المؤقتة، انظر دليل الاشتراخ والتفسير، الفقرتين 79 و80. وفيما يتعلق بإجراءات إعادة الهيكلة، انظر نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، الفقرة 11، في إطار المادة 2.

3- وأي إجراءات أخرى لا تقي بالمتطلبات المبينة أعلاه تقع خارج نطاق تطبيق الأحكام التشريعية. فعلى سبيل المثال، تستبعد من نطاقها إجراءات تحصيل الديون أو إجراءات الحراسة القضائية، التي يبدأها دائن معين أو مجموعة معينة من الدائنين، أو إجراءات تجميع الموجودات في إجراءات للتصفية أو الحفاظ على الموجودات، إذا كانت لا تتضمن أيضا أحكاما لمعالجة مطالبات الدائنين الآخرين⁽³⁵⁾. وتستبعد أيضا الإجراءات القضائية أو الإدارية المتخذة بشأن كيان موسر التي لا تسعى إلى إعادة هيكلة شؤونه المالية بل إلى إلغاء صفته القانونية⁽³⁶⁾. وتخرج أيضا من نطاق الأحكام التشريعية تدابير أو ترتيبات التسوية المالية المتخذة بين المدين وبعض دائنيه على أساس تعاقدى بحث فيما يتعلق ببعض الديون، حيثما لا تقضي المفاوضات إلى بدء إجراءات إعسار تجرى بمقتضى قانون الإعسار⁽³⁷⁾. وبالإضافة إلى ذلك، تستبعد أيضا الإجراءات المعدةة لغرض واحد هو منع تبديد الموجودات وإهدارها، بدلا من تصفية حوزة الإعسار أو إعادة تنظيمها، وكذلك الإجراءات المعدةة لمنع إلحاق الضرر بالمستثمرين وليس بجميع الدائنين⁽³⁸⁾.

الفقرة 1

4- تنص الأحكام التشريعية على قواعد لتحديد القانون المنطبق. ويحكم ذلك القانون ما يلي: (أ) الجوانب المتعلقة بالولاية القضائية والأهلية والجوانب الإجرائية لإجراءات الإعسار؛ (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 المشمولة بالبند (أ) بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها، مثل: معايير بدء الإجراءات المنطبقة؛ واشتراطات وإجراءات الإشعار ببدء إجراءات الإعسار ومحتوى الإشعارات؛ وأسباب وإجراءات رفض الطلب أو رفض الإجراءات والعواقب المترتبة على ذلك؛ ونوع الإجراء الذي يجب أن يبدأ؛ وتحويل الإجراءات؛ ومتطلبات وآليات الإشراف والموافقة؛ وإجراءات تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها. وإجراءات تسييل الموجودات وتوزيع العائدات. وإجراءات إقفال إجراءات الإعسار.

6- ومن أمثلة المسائل التي تشملها الفقرة (ب) ما يلي: الوضع النسبي للمطالبات إزاء بعضها البعض (أي المراتب والأولويات)؛ والإبطال؛ والقيود والتعديلات التي يمكن أن تخضع لها الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات من أجل تحقيق الأهداف الجماعية لإجراءات الإعسار (مثل وقف الإجراءات⁽³⁹⁾ أو إنزال المرتبة).

7- ومن أمثلة المسائل التي يشملها البند (ج) ما يلي: الحقوق والمطالبات الناشئة عن استخدام موجودات حوزة الإعسار والتصرف فيها والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات وتصرفات ممثل الإعسار؛ والطعون في جدول التصفية أو خطة إعادة التنظيم أو إبراء الذمة من الديون؛ وتحديد النفقات الإدارية والإذن بها.

(35) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 69.

(36) دليل الاشتراع، الفقرة 22؛ ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرتان 48 و 73.

(37) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 78.

(38) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 77.

(39) "وقف الإجراءات": هو تدبير يمنع بدء الإجراءات القضائية أو الإدارية أو الإجراءات الفردية الأخرى المتعلقة بموجودات المدين أو حقوقه أو التزاماته أو مسؤولياته أو يعلق مواصلة تلك الإجراءات مؤقتا، بما في ذلك الدعاوى الرامية إلى جعل مصالح ضمانية نافذة تجاه الأطراف الثالثة أو إنفاذ مصلحة ضمانية؛ وهو يمنع الحجز على موجودات حوزة الإعسار، وإنهاء أي عقد مع المدين، ونقل ملكية أي موجودات أو حقوق تابعة لحوزة الإعسار أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى (مسرد المصطلحات، المصطلح (ص ص)). وهذا يشمل الحق في بدء إجراءات التحكيم وإنفاذ قرار التحكيم.

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 قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها عموما لدى دولتها، بما في ذلك أي اتفاقيات دولية أو اتفاقات أخرى نافذة بالنسبة لتلك الدولة. وهذا النهج مجسد في التوصية 30 من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ("الدليل")⁽⁴⁰⁾. فعلى سبيل المثال، جرت العادة على أن يحدّد القانون الذي يحكم العقد ما إذا كانت هناك مطالبة تعاقدية حيال المدين، ومقدار تلك المطالبة؛ كما أن قانون الدولة التي بها موجودات غير منقولة سيحدد ما إذا كانت هناك مثلا مصلحة ضمانية في تلك الموجودات قد أنشئت. ولا تحل هذه الأحكام التشريعية محل قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها عموما والقانون الواجب التطبيق الناتج عن تطبيق تلك القواعد.

9- ولا تضع الأحكام التشريعية أيضا قواعد لتحديد أماكن الموجودات، فتلك القواعد هي جزء من قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها عموما، ويمكن أن توجد في صكوك دولية أخرى⁽⁴¹⁾.

10- وبالمثل، فإن الأحكام التشريعية لا تضع قواعد للولاية القضائية. وعلى الرغم من أن قواعد الولاية القضائية تتصل بالقانون المنطبق، وخصوصا الاعتراف بآثار ذلك القانون وإنفاذها عبر الحدود، فإن نصوصا أخرى تتناول تلك القواعد⁽⁴²⁾. فعلى سبيل المثال، يوصي الدليل بأن يحدد قانون الإعسار المدينين الذين تربطهم بالدولة صلات تكفي لأن يخضعوا لقانون الإعسار لديها، ويوصي على وجه التحديد بأن تشمل الأسباب، التي يمكن أن يخضع المدين على أساسها لقانون الإعسار في تلك الدولة، أن يكون مركز مصالحه الرئيسية قائما فيها أو تكون له مؤسسة فيها⁽⁴³⁾.

11- وبالمثل، لا تضع الأحكام التشريعية قواعد لتوزيع الموجودات بين الإجراءات المتزامنة. وقد تتناول صكوك دولية أخرى تلك الجوانب.

12- ومع ذلك، تحدث إجراءات الإعسار أثارا على الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات (للاطلاع على أمثلة على تلك الآثار، انظر الفقرة 6 أعلاه)⁽⁴⁴⁾. ووفقا لهذه الأحكام التشريعية، يحدد القانون المنطبق تلك الآثار، مما يعني أن قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها عموما لا تنطبق على تلك المسائل.

الفقرة 3

أُصاغ لاحقا. انظر الفقرة 5 قبل مشروع الحكم التشريعي].

(40) متاح على الرابط التالي: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.

(41) على سبيل المثال، المادتان 90 و91 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة.

(42) على سبيل المثال، المادة 14 (ز) من قانون الاعتراف والإنفاذ، والفقرات 110-115 من دليل الاشتراع.

(43) انظر التوصية 10 والتعليق المصاحب لها. وتشير حاشية على تلك التوصية إلى استخدام أسس أخرى في بعض الدول، مثل وجود الموجودات، ولكن الدليل لا يوصي بها.

(44) للاطلاع على أمثلة لصكوك الأونسيترال وغيرها من الصكوك الدولية التي تعترف بآثار إجراءات الإعسار على الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات، انظر مثلا التوصيتين 3 و88 من الدليل؛ والتوصية 223 من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة والتعليق على المادة 94 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة؛ والمادة 14-2 من اتفاقية اليونيدرو بشأن القواعد الموضوعية المتعلقة بالأوراق المالية المودعة لدى وسيط.

جيم - التعاريف

6- رغم التساؤلات التي أثارت حول مدى استصواب استخدام المصطلحات اللاتينية في النص، فقد ساد الرأي المحبذ للاستمرار في استخدامها⁽⁴⁵⁾. ولم تبد أي تعليقات فيما يتعلق بتعريف "قانون دولة محكمة الإعسار" نفسه، ولكن قدم اقتراح بشأن مشروع الشرح المصاحب له يدعو بالأخص إلى حذف الأمثلة (د) و(هـ) و(و)⁽⁴⁶⁾. ولم ينظر الفريق العامل في هذا الاقتراح. وقد استنسخت الأمانة في الأقسام التالية التعريف نفسه دون تغيير وأبقت على الأمثلة (د) و(هـ) و(و) بين معقوفتين ريثما يتفق الفريق العامل على تلك النقطة. وفي ضوء المداولات التي جرت في الدورة الثانية والستين للفريق العامل، أضافت الأمانة مصطلحي "قانون موقع المال" و"قانون الشركات". وهما محصوران بين معقوفتين لكي يواصل الفريق العامل النظر فيهما. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي توسيع نطاق شرح مصطلح "قانون موقع المال" المأخوذ من الدليل⁽⁴⁷⁾ بالإشارة إلى قانون الدولة التي يُحتفظ تحت سلطتها بالسجل الذي سجلت فيه الموجودات. ونظرا لوجود عدد من المسائل المتعلقة فيما يتصل باحتمال إدراج استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن إجراءات التحكيم الجارية (انظر أدناه)، لم تقترح الأمانة تعريفا لمصطلح "قانون دولة التحكيم" في هذه المرحلة. (انظر الفقرة 12 أدناه للاطلاع على مصطلح إضافي يحتمل إدراجه في قسم التعاريف).

1- مشروع حكم تشريعي

التعاريف

لأغراض هذه الأحكام التشريعية:

- (أ) يقصد بتعبير "قانون دولة محكمة الإعسار" قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار؛
- (ب) [يقصد بتعبير "قانون موقع المال" قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات؛]
- (ج) [يقصد بتعبير "قانون الشركات" قانون الدولة الذي يحكم الشؤون الداخلية للمدين].

2- مشروع الشرح

قانون دولة محكمة الإعسار

1- "قانون دولة محكمة الإعسار" هو قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار. وينبغي التوسع في تفسيره، لأغراض الأحكام التشريعية، ليشمل قانون الإعسار في دولة بدء إجراءات الإعسار وكذلك أحكام قوانينها غير المتعلقة بالإعسار التي لها صلة بحالات الإعسار. وسوف تُقِيم الصلة بين أحكام القوانين غير المتعلقة بالإعسار وحالات الإعسار في كل حالة على حدة، ولكن الأمثلة المعتادة لأحكام القوانين غير المتعلقة بالإعسار التي تتصل بحالات الإعسار تشمل ما يلي: (أ) القانون الذي يتناول التزامات المديرين ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار في سياق إجراءات الإعسار؛ (ب) القانون الذي يتناول إجراءات إعادة هيكلة الديون في الإجراءات السابقة للإعسار؛ (ج) قانون المعاملات المضمونة الذي يمكن أن يتناول، ضمن جملة أمور أخرى 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 فرادى منظمي المشاريع؛ (هـ) قانون العمل الذي يتناول حقوق العمال، وكيفية معاملة مطالباتهم وترتيب

(45) A/CN.9/1133، الفقرة 29 (ح).

(46) المرجع نفسه، الفقرة 29 (ز).

(47) مسرد المصطلحات، المصطلح (ذ).

أولويتها، ويعالج حالات التسريح في حال الإعسار؛ (و) التشريعات الضريبية وتشريعات الضمان الاجتماعي التي تعالج الديون العمومية وترتيب أولويتها؛] (ز) قانون الاستثمار الأجنبي الذي قد يفرض قيوداً على الملكية الأجنبية لبعض الموجودات أو عمل المستثمرين الأجانب في قطاعات معينة من الاقتصاد (الأمر الذي قد يكون وثيق الصلة بهذا الموضوع، على سبيل المثال في حالة تحويل الديون إلى أسهم في رأس المال أو بيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة).

2- وعندما يذعن قانون دولة محكمة الإعسار لقانون دولة أخرى، ينبغي فهم هذا الإذعان على أنه يعني فحسب الإذعان للقانون الداخلي الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعد القانون الدولي الخاص لدى تلك الدولة، أي أن الإحالة (renvoi) إلى تلك القواعد غير متوخاة. ويتماشى ذلك مع النهج المتبعة في النصوص الدولية الأخرى⁽⁴⁸⁾. وهو يهدف إلى تعزيز اليقين بشأن القانون المنطبق. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الإشارة إلى قانون دولة أجنبية لن تشمل القانون العام لتلك الدولة، أي القانون المتعلق بممارستها لسلطاتها السيادية. ومع ذلك، فإن قانون دولة محكمة الإعسار قد يتناول معاملة المطالبات العمومية الأجنبية وترتيب أولويتها (مثل المطالبات المتعلقة بالضرائب والضمان الاجتماعي)⁽⁴⁹⁾. ولا تشمل الإشارة إلى قانون دولة أجنبية قانونها 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.

قانون موقع المال

3- يقصد بتعبير "قانون موقع المال" قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات؛ وترد الإشارات إلى "قانون موقع المال" في مختلف الأحكام التشريعية والشرح المصاحبة لها في سياق استثناء محتمل من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن أنواع معينة من الممتلكات، مثل العقارات، والحقوق العينية، مثل الحقوق الضمانية.]

قانون الشركات

4- [يقصد بتعبير "قانون الشركات" قانون الدولة (المتعلق بالشركات أو المؤسسات أو الشراكات أو رابطات الأعمال التجارية) الذي يحكم تكوين الكيانات التجارية وتشغيلها وحلها وشؤون حوكمتها الداخلية، مثل حقوق المؤسسين والمالكين والتزاماتهم ومسؤولياتهم وتبعاتهم (مثلاً فيما يتعلق برأس المال التأسيسي)، وصنع القرارات واتخاذها (مثل مجالس الإدارة واجتماعات المساهمين) وآليات حل المشاكل في إطار الحوكمة الداخلية (مثل المنازعات بين المساهمين والإدارة). ويمكن تنظيم هذه الجوانب بأشكال مختلفة تبعاً لنوع الكيان التجاري (مثل الشراكات، أو الشركات المساهمة المقفلة أو المفتوحة).

5- ولا يوجد نهج موحد لتحديد قانون الشركات. وتتبع بعض الدول نهج "مكان التأسيس"، بينما تتبع دول أخرى نهج "المقر الحقيقي"، على أن فهم المصطلح الأخير ليس موحدًا أيضاً. وفي إطار نهج "التأسيس"، ينطبق قانون الدولة التي تُنشأ أو تُؤسس فيها الشركة على جميع جوانب حوكمة تلك الشركة؛ أما في إطار نهج "المقر الحقيقي"، فإن قانون البلد الذي يوجد فيه مقر الشركة "الحقيقي" (أي مركز إدارتها والتحكم فيها) هو الذي يحكم تلك المسائل. ورغم التشابه مع العوامل المتصلة بتحديد مركز المصالح الرئيسية والارتباط بها

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

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

(انظر مشروع شرح البند (ر) المتعلق بقانون دولة محكمة الإعسار أدناه)⁽⁵⁰⁾، فهناك عوامل ربط مختلفة مستخدمة لتحديد قانون الشركات لا تتصل اتصالاً مباشراً بهذه الأحكام التشريعية. ويستخدم هذا المصطلح في الأحكام التشريعية لمجرد التعبير عن مبدأ مفاده أن تطبيق قانون الشركات على شؤون الحوكمة الداخلية للمدين سيظل غير متأثر ببداية إجراءات الإعسار باستثناء جوانب محدودة جداً من التزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار التي تنشأ بموجب قانون الإعسار بعد بدء إجراءات الإعسار.]

دال - أولوية الالتزامات الدولية

7- اتفق الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، على ضرورة إدراج حكم بشأن أولوية الالتزامات الدولية ما لم يتخذ النص النهائي شكل ملحق لقوانين الأونسيتال النموذجية بشأن الإعسار التي تتضمن ذلك الحكم أصلاً⁽⁵¹⁾. ولاحظ الفريق العامل، في دورته الثانية والستين، أن الأمانة رأت أن من السابق لأوانه صوغ حكم وشرح مصاحب له بشأن هذه المسألة، نظراً لأن القرار المتعلق بشكل النص النهائي لم يبت فيه بعد. وإذا دعت الحاجة إلى إدراجه، يمكن أن يستند الحكم والشرح المصاحب له إلى المادة 3 من كل من قانون الإعسار عبر الحدود وقانون الاعتراف والإنفاذ وقانون إعسار مجموعات المنشآت والتعليق المصاحب لها. وحسبما اقترح في إطار الفريق العامل، يمكن توسيع نطاق شرح ذلك الحكم بإيراد إحالات إلى المعاهدات والصكوك الدولية الأخرى التي تتناول تنازع القوانين في إجراءات الإعسار، مثل بروتوكول المسائل التي تخص معدات الطائرات الملحق باتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، 2001) ("بروتوكول معدات الطائرات")⁽⁵²⁾ واللائحة رقم 2015/848 (EU) الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 20 أيار/مايو 2015 بشأن إجراءات الإعسار (الصيغة المنقحة) (لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة)⁽⁵³⁾.

هاء - الاستثناء المتعلق بالنظام العام

8- لم تتغير صيغة مشروع الحكم التشريعي تغيراً جوهرياً عما كانت عليه في الدورة الثانية والستين للفريق العامل. وهي ترد بين معقوفتين لكي يواصل الفريق العامل النظر فيها في ضوء الآراء التي أبديت في تلك الدورة⁽⁵⁴⁾. ونقح الشرح المصاحب للحكم بناء على التعليقات التي أبديت في الدورة الثانية والستين للفريق العامل. والاستثناء المتعلق بالنظام العام، بصيغته الحالية، متصل بالفصل الثاني من مشروع النص (القانون المنطبق في إجراءات الإعسار الداخلية المتعلقة بمدين واحد) ويمكن إدراجه فيه بدلاً من الفصل الأول. وبناء على نتائج نظر الفريق العامل في المسائل العابرة للحدود (انظر الفصلين الثالث والرابع أدناه)، يمكن استكمال الاستثناء المتعلق بالنظام العام هذا باستثناء متعلق بالنظام العام ينطبق في السياقات العابرة للحدود (ما لم تُعتبر أحكام الاستثناء المتعلق بالنظام العام في قانون الإعسار عبر الحدود وقانون الاعتراف والإنفاذ وقانون إعسار مجموعات المنشآت كافية في ذلك السياق تبعاً للشكل النهائي للنص).

(50) انظر، مثلاً، الفقرات 145-147 من دليل الاشتراع والتفسير.

(51) A/CN.9/1126، الفقرة 54.

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

(53) هذه اللائحة ملزمة وواجبة التطبيق 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 لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة اللائحة الصادرة عن المجلس بتاريخ 29 أيار/مايو 2000 بشأن إجراءات الإعسار (EC) No. 1346/2000، التي استندت بدورها إلى اتفاقية إجراءات الإعسار (التي أبرمت في بروكسل في 23 تشرين الثاني/نوفمبر 1995) ولم تدخل حيز النفاذ بعد. وتتضمن المواد من 7 إلى 18 من لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة قواعد بشأن القانون المنطبق في إجراءات الإعسار.

(54) A/CN.9/1133، الفقرة 29 (ي).

1- مشروع حكم تشريعي

الاستثناء المتعلق بالنظام العام

[لا] يجوز للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون المحدد وفقا لهذه الأحكام التشريعية [لا]⁽⁵⁵⁾ إذا كانت آثار تطبيقه تتعارض بوضوح⁽⁵⁶⁾ مع النظام العام لدولة المحكمة.⁽⁵⁷⁾

2- مشروع الشرح

1- تتضمن الأحكام التشريعية استثناء متعلقا بالنظام العام يهدف إلى السماح للمحاكم بعدم تطبيق القانون المنطبق في الحالة المعنية، إذا كان تطبيقه يتعارض بوضوح مع النظام العام لدولة المحكمة.

2- ولما كان مفهوم النظام العام يستند إلى القانون الوطني وقد يختلف من دولة إلى أخرى، فلن يحاول النص 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. وتجيد 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 لدولة المحكمة. وينبغي اتباع نفس التفسير الضيق والتقييدي لهذا الاستثناء بصرف النظر عن نوع الإجراء (تصفية كان أم إعادة تنظيم).

3- ويتعين تقييم الآثار المترتبة على تطبيق القانون، الذي يُعين بموجب هذه الأحكام التشريعية، على النظام العام في كل حالة بعينها. ووفقا للتفسير والتطبيق الضيقين والتقييديين المعتمدين لهذا الحكم التشريعي، يمكن توقع الاستظهار بالاستثناء المتعلق بالنظام العام حيثما انتهكت القاعدة الأجنبية ذات الصلة، عند تطبيقها على وقائع القضية، أمن دولة المحكمة أو سيادتها أو أدت إلى نتيجة تحيد جذريا عن مفاهيم تلك الدولة للعدالة الأساسية بحيث يخل تطبيقها إخلالا لا يمكن التسامح معه بالقيم الأساسية لتلك الدولة. ويمكن أن يكون هذا هو الحال، على سبيل المثال، عندما يترتب على تطبيق القانون الذي تعينه هذه الأحكام التشريعية إضفاء الشرعية الفعلية على مخططات أو ممارسات غير مشروعة (على سبيل المثال، التهرب من القوانين والالتزامات الواجبة التطبيق إلزاميا، مثل المسؤوليات البيئية وحقوق الإنسان وغيرها من المسؤوليات الاجتماعية، أو استخدام القانون لتحقيق أهداف ذات دوافع سياسية).

4- وسوف يعالج القانون الداخلي لدولة المحكمة نتائج عدم تطبيق القانون، الذي كان واجب التطبيق في الحالة المعنية، لأسباب متعلقة بالنظام العام. وتبعا لعوامل الربط بالحالة، يمكن تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار أو قانون آخر بدلا من القانون الذي امتنع عن تطبيقه⁽⁵⁸⁾.

(55) المرجع نفسه. ردا على الاقتراحات الداعية إلى حذف صيغة القصر في مشروع الحكم الخاص بالاستثناء المتعلق بالنظام العام، قدم اقتراح بديل، في الدورة الثانية والستين للفريق العامل، للاحتفاظ بها، أو بالحكم بأكمله، بين معقوفتين لمواصلة النظر فيهما. وأعرب عن شكوك في وجود ما يبرر وضع مجموعتين من المعايير بمستويات مختلفة من الصرامة من أجل استثناء متعلق بالنظام العام في سياقات الاعتراف بالإعسار داخليا وعبر الحدود.

(56) اقترح حذف كلمة "بوضوح" من مشروع الحكم التشريعي في الدورة الحادية والستين للفريق العامل، لكن الرأي السائد ذهب إلى الإبقاء عليها (A/CN.9/1126، الفقرة 66).

(57) A/CN.9/1133، الفقرة 29 (ي). انظر الحاشية 55 أعلاه.

(58) A/CN.9/1133، الفقرة 29 (ك).

واو - التفسير

9- اتفق الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، على ضرورة إدراج حكم بشأن التفسير ما لم يتخذ النص النهائي شكل ملحق لقوانين الأونسيترال النموذجية بشأن الإعسار التي تتضمن ذلك الحكم أصلاً.⁽⁵⁹⁾ ولاحظ الفريق العامل، في دورته الثانية والستين، أن الأمانة رأت أن من السابق لأوانه صوغ حكم وشرح مصاحب له بشأن هذه المسألة، نظراً لأن القرار المتعلق بشكل النص النهائي لم يبت فيه بعد. وإذا دعت الحاجة إلى إدراجه، يمكن أن يستند الحكم والشرح المصاحب له إلى المادة 8 من قانون الإعسار عبر الحدود وقانون الاعتراف والإنفاذ والمادة 7 من قانون إعسار مجموعات المنشآت والشرح المصاحب لهاتين المادتين. ووفقاً للاقتراح الوارد 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، وخصوصاً أن تطبيق الأحكام التشريعية قد يؤدي إلى تطبيق قوانين أجنبية، ومن ثم، سيلزم تحديد تلك القوانين والتحقق منها والتعامل مع ثقافات ونظم ومفاهيم قانونية أجنبية. وقد يشتد الميل في تلك الحالات إلى الرجوع إلى المفاهيم والقواعد المحلية. وهو ما ينبغي تجنبه من أجل توحيد تفسير وتطبيق الأحكام التشريعية. ومن المتوقع أن تسوى وفقاً 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.

الفصل الثاني - القانون المنطبق في إجراءات الإعسار الداخلية المتعلقة

بمدين واحد

ألف - القاعدة التكميلية: قانون دولة محكمة الإعسار

10- تُفح مشروع الحكم التشريعي والشرح المصاحب له بناء على الآراء التي أعرب عنها أثناء الدورة الثانية والستين للفريق العامل. وقد أُبقي على أجزاء من مشروع التعليق تشير إلى الصعوبات المتعلقة بالاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار وإنفاذها عبر الحدود في مشروع الشرح أدناه بين معقوفتين لمواصلة النظر في تحديد المكان المناسب لها تبعاً لنتيجة نظر الفريق العامل في الجوانب العابرة للحدود (انظر الفصلين الثالث والرابع أدناه). ويمكن حذف تلك الأجزاء من الفصل الثاني واستخدامها لصياغة شرح موحد للجوانب العابرة للحدود، أو يمكن الاحتفاظ بها في الفصل الثاني مع إحالات مرجعية مناسبة إلى أجزاء النص الأخرى التي تعالج تلك الصعوبات.

11- وقد اقترح، أثناء الدورة الثانية والستين للفريق العامل، إضافة تعبير "بطلان الأفعال" في البند (ز)⁽⁶⁰⁾. ولعل الفريق العامل يود الاتفاق على صيغة ذلك البند، مع ملاحظة أن الصيغة الحالية مأخوذة من التوصية 31 من الدليل. ولعله يود أن يستذكر في هذا الشأن أن تعبير "(أحكام) الإبطال" مُعرّف في الدليل على أنه يعني أحكام قانون الإعسار التي تسمح بإلغاء ما يحدث قبل إجراءات الإعسار من معاملات تخص نقل ملكية الموجودات أو التعهد بالتزامات أو جعل تلك المعاملات عديمة الأثر على نحو آخر، واسترداد أي موجودات نقلت ملكيتها أو استرداد قيمتها، خدمة لمصلحة الدائنين الجماعية⁽⁶¹⁾. ولعل الفريق العامل يود أيضاً أن يستذكر أن المادة 23 من قانون الإعسار عبر الحدود تشير في السياق نفسه إلى الدعاوى الرامية إلى إبطال الأفعال الضارة بالدائنين أو جعلها عديمة الأثر على نحو آخر. ويمكن إدراج تعبير "الإبطال" حسب تعريفه الوارد في الدليل أو بالصيغة التي عدله بها الفريق العامل لأغراض هذا المشروع في قسم التعاريف من الأحكام التشريعية واستخدامه على نحو متسق في النص بأكمله توخياً للتبسيط.

(59) [A/CN.9/1126](#)، الفقرة 55.

(60) [A/CN.9/1133](#)، الفقرة 30.

(61) مسرد المصطلحات، المصطلح (ج)؛ وكذلك الدليل، الجزء الخامس، القسم الثاني، المصطلح (أ).

12- وأضيفت فقرة جديدة إلى مشروع الحكم التشريعي تحت رقم 2 لتمكين محكمة مكان التقاضي، عند الاقتضاء، من تطبيق قانون دولة أخرى على أساس كل حالة على حدة. وهذا الحكم المقترح يختلف عن الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار المنطبقة عموماً والمتوخاة في مشاريع الأحكام التشريعية المتعلقة بعقود العمل ونظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي. وقد صيغ الحكم المتعلق بتطبيق قوانين الدول الأخرى في حالات محددة على أساس المسائل التي أثّرت بصفة متكررة في الدورات السابقة للفريق العامل، وخصوصاً فيما يتعلق بما يلي: (أ) الإبطال⁽⁶²⁾؛ (ب) العقود المتعلقة بالملكات غير المنقولة⁽⁶³⁾؛ (ج) معاملة الدائنين المضمونين (أو الحقوق العينية بوجه أعم)⁽⁶⁴⁾ (انظر البنود (ز) و(ح) و(ي))، على التوالي، في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار). وقد تخفف إضافة ذلك الحكم من الحاجة إلى صوغ استثناءات أو بدائل منفصلة من أجل كل بند أثّرت بشأنه تلك المسائل. ولم يُصغ أي شرح مصاحب لذلك الحكم المقترح حديثاً ريثما ينظر فيه الفريق العامل. ويمكن للشرح وحده أو الحكم التشريعي نفسه أيضاً أن يوضح الظروف التي قد تكون فيها حاجة إلى الخروج عن قانون دولة محكمة الإعسار، ومنها على سبيل المثال: (أ) عندما يلزم ضمان الاعتراف بآثار إجراءات الإعسار الداخلية وإنفاذها عبر الحدود في الدول التي توجد فيها الملكات غير المنقولة. وفي تلك الحالات، يجوز لمحكمة مكان التقاضي أن تقرر تطبيق قانون موقع المال؛ (ب) التقليل إلى أدنى حد من بدء الإجراءات الموازية بسبب من بينها تيسير معاملة المطالبات، التي يمكن بشكل آخر أن يقدمها دائن في إجراءات إعسار في دولة أخرى، في إجراءات الإعسار الداخلية. وفي تلك الحالات، يجوز لمحكمة مكان التقاضي أن تأذن لممثل الإعسار المعين محلياً بإعطاء تعهدات للدائنين الأجانب على غرار التعهدات المتوخاة في المواد من 28 إلى 32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت؛ (ج) توفير قدر أكبر من اليقين القانوني في مجالي التجارة والاستثمار، وخصوصاً فيما يتعلق بالحقوق العينية للدائنين أو الأطراف الثالثة فيما يتعلق بالموجودات الملموسة أو غير الملموسة، المنقولة أو غير المنقولة الموجودة في دولة أخرى وقت استهلال الإجراءات. وفي تلك الحالات، يمكن تطبيق قانون الإعسار في دولة أخرى (حيث توجد الموجودات مثلاً) ليحكم آثار إجراءات الإعسار على تلك الحقوق.

13- واستمع الفريق العامل، في دورته الحادية والستين، إلى رأي مفاده أن هناك مسائل محددة تنشأ عن إعسار الأفراد ستحتاج إلى معالجة في المشروع⁽⁶⁵⁾. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في هذا الأمر أيضاً.

1- مشروع حكم تشريعي

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

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

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

(62) A/CN.9/1133، الفقرات 30-36؛ A/CN.9/1126، الفقرة 43؛ A/CN.9/1094، الفقرات 76-78.

(63) A/CN.9/1133، الفقرة 42 (أ). A/CN.9/1126، الفقرة 49.

(64) A/CN.9/1133، الفقرات 37-41؛ وA/CN.9/1126، الفقرات 45-48؛ وA/CN.9/1094، الفقرة 79؛ وA/CN.9/1088، الفقرة 65 (ج).

(65) A/CN.9/1126، الفقرة 72.

(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 باختلاف الطرف الذي يطلب البدء؛

(ج) تشكيل حوزة الإعسار ونطاقها؛

(د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، بما في ذلك تطبيق أي أمر بوقف الإجراءات، وتحديد نطاق هذا الوقف ومدته وتعديله وإنهائه في حال تطبيقه؛

(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؛

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

(ط) معاملة المقاصة؛

(ي) معاملة الدائنين المضمونين؛

(ك) حقوق المدين والتزاماته؛

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه؛

(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين؛

(ن) معاملة المطالبات؛

(س) ترتيب أولوية المطالبات؛

(ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار؛

(ف) توزيع العائدات؛

(ص) إقفال الإجراءات؛

(ق) إبراء الذمة؛

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

[2- ليس في الفقرة 1 من هذا الحكم التشريعي ما يمنع الدولة من أن تأذن لمحاكمها أو تلزمها بتحديد آثار إجراءات الإعسار الداخلية على حقوق والتزامات الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة، بما فيها المدين، في تلك الإجراءات، على أساس كل حالة على حدة وفقاً لقانون دولة أخرى حيثما كان تطبيق ذلك القانون الآخر ضرورياً من أجل تحقيق أي مما يلي: (أ) الإدارة العادلة والناجعة لتلك الإجراءات؛ (ب) حماية الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة، بما فيها المدين، في تلك الإجراءات؛ (ج) حماية قيمة حوزة الإعسار وتعظيمها؛ (د) الاعتراف بآثار تلك الإجراءات وإنفاذها عبر الحدود].

لوقد تنشأ بوجه خاص الحاجة إلى تطبيق قانون دولة أخرى على آثار إجراءات الإعسار الداخلية على حقوق والتزامات الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة، بما فيها المدين، في ذلك الإجراء في الأحوال التالية:

(أ) عندما يقدم الطرف المقابل في معاملة موضوع إبطال ما يثبت أن قانون إحدى الدول المنطبق على تلك المعاملة لا يسمح بإبطالها في الحالة ذات الصلة. وفي تلك الحالة [يجوز] [ينبغي] [يجب] أن

يطبق ذلك القانون الآخر إلا إذا لم تكن له علاقة جوهرية بالأطراف أو بالمعاملة ولا يوجد أساس معقول آخر لتطبيقه على المعاملة؛

(ب) عندما يتعلق الأمر بمعاملات متصلة بممتلكات غير منقولة موجودة في دولة أخرى. وفي تلك الحالة، [يجوز] [ينبغي] [يجب] أن يطبق [قانون الإعسار لتلك الدولة] [قانون موقع المال]؛

(ج) عندما تكون الحقوق العينية للدائنين أو الأطراف الثالثة في [موجودات المدين] [موجودات حوزة الإعسار] [موجودات المدين التي ينبغي أن تنتمي لحوزة الإعسار] موجودة في دولة أخرى وقت بدء إجراءات الإعسار. وفي تلك الحالة، [يجوز] [ينبغي] [يجب] أن يطبق [قانون الإعسار لتلك الدولة] [قانون موقع المال]؛

(د) عندما يتعلق الأمر بسفن أو طائرات أو موجودات أخرى خاضعة للتسجيل. وفي تلك الحالة [يجوز] [ينبغي] [يجب] أن يطبق قانون الدولة التي يُحتفظ تحت سلطتها بالسجل الذي سجلت فيه الموجودات؛

(هـ) عندما يتعلق الأمر بحق الدائنين بموجب القانون، الذي ينطبق على مطالبة المدين، في المطالبة بمقاصة مطالباتهم مقابل مطالبات المدين. وفي تلك الحالة [يجوز] [ينبغي] [يجب] أن يطبق ذلك القانون الآخر إلا إذا لم تكن له علاقة جوهرية بالأطراف أو بالمطالبة ولا يوجد أساس معقول آخر لتطبيق ذلك القانون على تلك المطالبة.]

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.

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)⁽⁶⁶⁾؛ (ب) جميع الحقوق والالتزامات والمطالبات اللاحقة لبدء الإجراءات، أي الحقوق والالتزامات والمطالبات الناشئة عن إجراءات الإعسار، مثل المطالبات المقدمة ضد ممثل الإعسار أو المتعلقة 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. ومثال ذلك أن المصلحة الضمانية، التي تكون نافذة وقابلة للإنفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار، ينبغي أن يُعترف بنفاذها وقابليتها للإنفاذ في إجراءات الإعسار، بموجب التوصية 4 من الدليل، ومع هذا، يجوز وقف إنفاذ الحقوق الضمانية بموجب قانون دولة محكمة الإعسار ما لم، وإلى أن، تمنح المحكمة إعفاء من هذا الوقف (التوصيات 46-51 من الدليل). ويضاف إلى ذلك أن أي مصلحة ضمانية سارية وواجبة الإنفاذ بموجب قانون

(66) بعض المسائل التي تعتبر إجرائية في بعض الدول (مثل المقاصة أو مدة التقادم) قد تعتبر موضوعية في دول أخرى. وتحدد المحاكم هذا وفقاً لقوانين دولها، مثل قانون دولة محكمة الإعسار في إجراءات الإعسار.

آخر غير قانون الإعسار يمكن، بموجب التوصية 88 من الدليل، أن تخضع لأحكام الإبطال 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 أيضا 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).

(أ) تحديد المدينين الذين يجوز أن يخضعوا لإجراءات الإعسار

4- بموجب الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار الأهلية والولاية القضائية والمسائل ذات الصلة، مثل تحديد المدينين الذين لهم صلة بالدولة تكفي لكي يخضعوا لقانونها الخاص بالإعسار وتحديد نظام الإعسار (على سبيل المثال النظام الاعتيادي أو المبسط) الذي ينبغي أن يطبق على المدين تبعاً للقطاع الاقتصادي الذي يعمل فيه المدين أو حجم أعماله أو مستوى مديونيته أو غير ذلك من المعايير.

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

5- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار معايير بدء الإجراءات (سواء كانت معيار الميزانية العمومية أم معيار التدفق النقدي أم كليهما أم شيئاً مختلفاً عنهما أم بالإضافة إليهما). ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً 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 أيضاً تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار؛ '3' الخطوات الإجرائية وسائر المتطلبات التي سوف يتعين على مقدم طلب بدء الإجراءات الوفاء بها (على سبيل المثال، لا يمكن، في بعض الدول، أن يبدأ إجراءات الإعسار إلا عدد معين من الدائنين أو الدائنين الذين لديهم قيمة معينة من المطالبات). ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً معايير رفض الطلبات وإلغاء الإجراءات، ويضع قواعد الإشعار بالطلبات المقدمة وببدء 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 أيضاً معاملة الموجودات اللاحقة لبدء الإجراءات (مثل الموجودات المقتناة بعد بدء إجراءات الإعسار والموجودات المستردة عن طريق دعاوى الإبطال أو غيرها من الإجراءات).

7- ويجوز أن تطبق في سياق هذا البند أحكام القوانين غير المتصلة بالإعسار في الدولة التي تبدأ فيها 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 (ملكية أو تعاقدية)، وتحديد المالكين وسائر حقوق الملكية وكذلك معاملة الموجودات المرهونة، والموجودات المملوكة لأطراف ثالثة، والموجودات ذات الملكية المشتركة، والموجودات الأجنبية.

8- ويرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً ببند آخر في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، وهو معاملة الدائنين المضمونين لأن الموجودات المرهونة قد تُجعل أو لا تُجعل جزءاً من حوزة الإعسار. وعلاوة على ذلك، يرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً 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 أن تُدار تلك الموجودات في إطارها في حال وجود إجراءات موازية.

(د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، بما في ذلك تطبيق أي وقف للإجراءات، وتحديد نطاق هذا الوقف ومدته وتعديله وإنهائه في حال تطبيقه

9- بموجب الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار جميع المسائل المتصلة بتدابير حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، بما في ذلك التدابير المؤقتة والتدابير المتخذة عند بدء إجراءات الإعسار (مثل وقف الإجراءات، أو نظام التتبع الكلية أو المحدودة للمدين، أو نظام المدين المتملك). وتشمل تلك المسائل أنواعاً من التدابير التي يمكن فرضها وشروطاً لفرض تلك التدابير وتحديد مدتها ونطاقها، إلى جانب تحديد 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 وأوامر وقف إجراءات الإنفاذ التي يتخذها الدائنون المضمونون فيما يتعلق بالضمانات الرهنية أو إعمال الحقوق العينية في الموجودات الأخرى الكائنة في دول أجنبية. ويمكن للقوانين الداخلية التي تشترع قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار التي تنص على الاعتراف بالإجراءات الأجنبية والاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها أن تخفف من تلك الصعوبات إلى حد ما. 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)، بل يعني ربط الإجراء الأجنبي المعترف به بالنتائج التي يتوخاها قانون الدولة التي تعترف به⁽⁶⁷⁾، ونطاق الوقف وغيره من أشكال الانتصاف أو مدته أو تعديله أو تعليقه أو إنهائه في الدولة المعترفة، على سبيل المثال، هي أمور تحددها أحكام قوانين تلك الدولة، وليس قانون دولة محكمة الإعسار⁽⁶⁸⁾. 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⁽⁶⁹⁾. 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، فإن من المبادئ الأساسية لنصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار أن سبل الانتصاف، التي تعتبر ضرورية لتسيير إجراءات الإعسار عبر الحدود على نحو منظم وعادل، ينبغي أن تتاح لمساعدة الإجراءات الأجنبية، سواء بشكل مؤقت أو نتيجة للاعتراف بها⁽⁷⁰⁾. ويجوز أن تشمل سبل الانتصاف المتاحة بمقتضى المواد 19 إلى 21 أو المساعدة الإضافية بمقتضى المادة 7 من قانون الإعسار عبر الحدود الإعلان

(67) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 194.

(68) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 38.

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

(70) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 35.

لقانون محكمة الإعسار، [حسب المنصوص عليه في الفصل الثالث من هذا النص،] بشأن أمور منها نطاق وقف الإجراءات ومدته وتعديله وإنهاؤه، إذا كان القانون الداخلي للدولة المعترفة ينص على ذلك (انظر المادتين 20 و21 (1) (ز) من قانون الإعسار عبر الحدود). ويخضع هذا الإذعان الممكن لتدابير الحماية المعتادة، بما في ذلك الاستثناء المتعلق بالنظام العام والحماية الكافية لمصالح الدائنين وسائر الأشخاص ذوي المصلحة، بمن فيهم المدين (المواد 6 و21 و22 من قانون الإعسار عبر الحدود).

12- وتضع نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار ضمانات إضافية، مثل جواز رفض الاعتراف أو الإنفاذ أو رفض تقديم سبيل انتصاف معين إذا كان من شأن تلك الأمور عرقلة إدارة إجراءات إعسار المدين، وخصوصا الإجراء الأجنبي الرئيسي بصور مختلفة، بما في ذلك التعارض مع أمر بوقف الإجراءات أو أمر آخر سبق الاعتراف به أو إنفاذه في الدولة المتلقية أو يمكن الاعتراف به وإنفاذه فيها. وعادة ما ينشأ التعارض مع الأمر بوقف الإجراءات، مثلا، عندما يسمح هذا الأمر ببدء أو مواصلة دعاوى منفردة بقدر ما يلزم للحفاظ على مطالبة ما، دون أن يسمح بالاعتراف بأي حكم قضائي مترتب عليها أو بإنفاذه في وقت لاحق. وقد ينشأ أيضا عندما لا يسمح ذلك الأمر بالوقف ببدء أو مواصلة تلك الدعاوى المنفردة وتكون الدعاوى المفضية إلى الحكم القضائي قد استُهلكت بعد صدور الأمر بالوقف (وبالتالي يحتمل أن تشكل انتهاكا للأمر بالوقف)⁽⁷¹⁾.

13- وتتوخى نصوص دولية أخرى، مثل بروتوكول المسائل التي تخص معدات الطائرات الملحق باتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، 2001) ("بروتوكول معدات الطائرات")⁽⁷²⁾، 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 التتبع 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 لبدئها، 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 أحكام قوانين غير متصلة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، على استخدام الموجودات والتصرف فيها، على النحو التالي مثلا: 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 مسموحا به، وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الشروط المحددة لذلك؛ ويجوز أن ينطبق قانون المعاملات المضمونة على استخدام الموجودات المرهونة والتصرف فيها وطرائق بيعها؛ وقد يتناول القانون البيئي وغيره من القوانين شروط التخلي عن الموجودات (مثل الموجودات التي تشكل خطرا على البيئة أو على صحة الناس وسلامتهم) ويحدد من قد يحق له المطالبة بالموجودات المتخلى 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

(71) دليل الاشتراع، الفقرة 107.

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

ملاحظة أن التعبير الأخير لا يُفهم بطريقة موحدة في جميع الدول. وكما لوحظ أعلاه في سياق حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، يتوقع من الدول أن تتعاون وتتسق فيما بينها في قضايا الإعسار عبر الحدود إلى أقصى حد ممكن، بما يشمل التعاون والتنسيق في إدارة موجودات المدين وشؤونه والإشراف عليها.]

(و) اقتراح خطة لإعادة التنظيم والموافقة عليها وإقرارها وتنفيذها

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

18- وقد تنطبق أحكام قوانين غير متعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، على ما يلي مثلاً: '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⁽⁷³⁾.

(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 المعفاة من الإبطال؛ '2' معايير الإبطال، بما في ذلك العناصر التي يتعين إثباتها والدفع ذات الصلة؛ '3' طول فترة الاشتباه ومتى يبدأ سريانها بأثر رجعي؛ '4' الأشخاص المؤهلين لبدء دعوى الإبطال وتحت أي شروط؛ '5' مصادر تغطية نفقات دعاوى الإبطال، بما في ذلك مدى جواز التمويل من طرف ثالث وشروط وضمانات توفير هذا التمويل؛ '6' آثار الإبطال؛ '7' مسؤولية الطرف المقابل في المعاملة القابلة للإبطال وسبل الانتصاف في حال عدم الامتثال؛ '8' مدى جواز الإبطال في حال تحويل الإجراءات، وإذا كان جائزاً، نطاق الإبطال والمعاملات التي يجوز إبطالها، وكذلك المعاملات المعفاة من الإبطال في مثل هذه الحالات.

20- وتتوخى الأحكام التشريعية وضع استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن إبطال المدفوعات أو المعاملات التي تُجرى في إطار نظام للمدفوعات أو التسويات أو في سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي. فالإبطال في تلك الحالات لا بد أن يخضع للقانون المنطبق على ذلك النظام أو تلك السوق. وعلى الرغم من أن هذه الأحكام التشريعية تنص على استثناء من قانون محكمة الإعسار بشأن عقود العمل، فإن ذلك الاستثناء لا يشمل بعض حالات الإبطال المتعلقة بعقود أو علاقات العمل، مثل إبطال حزم الأجور غير المعقولة التي يتم التفاوض عليها في إطار تعديل عقود العمل قبل بدء إجراءات الإعسار. وسيظل قانون دولة محكمة الإعسار هو القانون المنطبق في تلك الحالات. [ولكن إذا كانت الأحكام الغالبة لقانون العمل المنطبق في الحالة المعنية لا تسمح بإبطال الإجراءات المتعلقة بعقود العمل أو علاقات العمل عموماً أو في الحالة ذات الصلة، فإن إنفاذ آثار الإبطال بمقتضى قانون دولة محكمة الإعسار عبر الحدود قد يكون إشكالياً.]

(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 التزاماتها بموجبها بعد (المشار إليها في الدليل بتعبير "العقود المتواصلة")، ولا سيما صلاحيات ممثل الإعسار في تقرير مواصلة تنفيذ تلك العقود أو

(73) يجوز أن تنطبق أحكام قانون العقود العام، ومن ثم قواعد خارج نطاق هذه الأحكام التشريعية، على تنفيذ خطة إعادة التنظيم في الدول التي تنص على إقفال إجراءات الإعسار بعد الموافقة على الخطة (أو إقرارها عند الاقتضاء).

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، وماهية صلاحيات ممثل الإعسار بشأن إعادة تفعيل العقود، التي أنهيت قبل بدء إجراءات الإعسار مباشرة لتجنب تطبيق تلك الأحكام الغالبة لقانون الإعسار، إذا كان قانون الإعسار يُجِبُّ تلك الشروط؛ '4' الاستثناءات من صلاحيات ممثل الإعسار الواردة في الفقرتين '2' و'3' السابقتين؛ '5' معاملة العقود اللاحقة لبدء الإجراءات؛ '6' معاملة اتفاقات التحكيم.

22- ويمكن لأحكام القوانين غير متعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار والاتفاقيات الدولية، أن تنطبق، مثلاً، على توصيف العقود وحساب الأضرار ومعاملة العقود الحكومية واتفاقات التحكيم. فعلى سبيل المثال، سيتم تناول مسائل التحكيم التجاري الدولي في غالبية الدول بموجب اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)⁽⁷⁴⁾ ("اتفاقية نيويورك") التي تلزم، ضمن أمور أخرى، محاكم الدول الأطراف بأن تجعل اتفاقات التحكيم ذات مفعول تام وأن تحرم الأطراف من سبل اللجوء إلى المحكمة إخلالاً باتفاقهم على إحالة المسائل موضع الخلاف إلى هيئة تحكيم (المادة الثانية).

23- وبموجب الأحكام التشريعية، تدرج في نطاق الاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار أنواع معينة من العقود (المبرمة مثلاً في إطار نظام للمدفوعات والتسويات أو في إطار سوق مالية) وبعض جوانب عقود العمل (مثل رفضها أو مواصلتها).

(ط) معاملة المقاصة

24- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما إذا كانت المقاصة مسموحاً بها في إجراءات الإعسار، وإذا سُمح بها، يحدد الالتزامات التي يسمح بالمقاصة بشأنها والشروط التي يُسَمَحُ بالمقاصة بموجبها، ولا سيما ما يلي: '1' ما إذا كان السماح بالمقاصة قاصراً على الالتزامات المالية السابقة لبدء إجراءات الإعسار، التي تستحق قبل بدء تلك الإجراءات، أم يشمل أيضاً الالتزامات التي تستحق بعد بدءها؛ '2' ما إذا كانت الالتزامات الخاضعة للمقاصة يجب أن تنشأ بموجب عقد واحد أم يمكن أن تنشأ بموجب عقود متعددة (أي لا تكون بالضرورة متبادلة أو متصلة)؛ '3' ما إذا كان أمر الوقف يطبق على ممارسة حقوق المقاصة أو أنه يفَعَل تلقائياً عند بدء إجراءات الإعسار؛ '4' كيفية معاملة الدائنين الذين لديهم مطالبات للمقاصة (كدائنين مضمونين أو غير ذلك مثلاً). ويحكم قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً معاملة المقاصة المتعلقة بالمطالبات الناشئة بعد بدء إجراءات الإعسار،

25- ويشير البند (ط) 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 نقل ذلك المعنى وأيضاً تبين أن قانون دولة محكمة الإعسار يحكم معاملة المقاصة في إجراءات الإعسار بصرف النظر عن القانون الذي يحكم صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات المتعلقة بالمقاصة 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؛ والبند (ز) بشأن الإبطال؛ والبند (ح) بشأن معاملة العقود؛ والبند (ن) بشأن معاملة المطالبات. [وهو مرتبط أيضاً باستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن القانون الذي يحكم آثار إجراءات

(74) United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, p. 3. وهي متاحة أيضاً على الرابط الخاص باتفاقية الاعتراف بقرارات

التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958) ("اتفاقية نيويورك") - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين والإبطال في نظم المدفوعات أو التسويات أو في الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي. وبمقتضى ذلك الاستثناء، يحكم القانون المنطبق على تلك النظم والأسواق آثار إجراءات الإعسار على الحقوق والتزامات المتعلقة بالمقاصة في تلك النظم والأسواق. [قد يلزم توسيع نطاق هذا الجزء تبعاً لنتائج مناقشات الفريق العامل حول استثناء مقترح من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن المعاوضة الإقفالية خارج نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي. انظر القسم ذي الصلة أدناه.]

(ي) معاملة الدائنين المضمونين

27- بموجب الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار معاملة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار⁽⁷⁵⁾. والقصد من استخدام كلمة "معاملة" في البند هو تبيان أن قانون دولة محكمة الإعسار لا يحكم إلا آثار إجراءات الإعسار على حقوق الدائنين المضمونين والتزاماتهم في إجراءات الإعسار، مثل تبيان ما إذا كان يُشترط على الدائنين المضمونين أن يقدموا مطالبات في إطار إجراءات الإعسار⁽⁷⁶⁾. ولا يقصد من هذا البند الإشارة إلى القانون المنطبق على صحة ونفاذ المصالح الضمانية القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار⁽⁷⁷⁾، الذي سيظل من اللازم تحديده وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها عموماً لدى الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار⁽⁷⁸⁾. ولا يستبعد بدء إجراءات الإعسار تلك القواعد⁽⁷⁹⁾.

28- وبالإضافة إلى المسائل المشار إليها أعلاه، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار تطبيق أوامر وقف دعاوى الإنفاذ التي يرفعها الدائنون المضمونون. وحماية الدائنين المضمونين من تناقص قيمة الموجودات المرهونة إذا طُبِّقت عليها أوامر وقف من هذا القبيل؛ وإبطال المصالح الضمانية؛ وترتيب أولوية المطالبات المضمونة؛ ومعاملة الدائنين المضمونين والموجودات المرهونة في سياق التمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ ومن ثم، يرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً ببند أخرى مدرجة في القائمة، منها ما يلي: البند (ج) بشأن تشكيل حوزة الإعسار ونطاقها؛ والبند (د) بشأن حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها؛ والبند (هـ) بشأن استخدام الموجودات والتصرف فيها؛ والبند (ن) بشأن معاملة المطالبات؛ والبند (س) بشأن ترتيب أولوية المطالبات.

29- وقد تنشأ صعوبات فيما يتعلق بالاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على الدائنين المضمونين وإنفاذها عبر الحدود بسبب اعتبارات النظام العام التي ينطوي عليها تصميم النظام الداخلي للإقراض المضمون، بما في ذلك معاملة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار. وقد يساور الدول القلق من أن إقحام قانون

(75) يتماشى هذا مع نصوص الأونسيترال في مجال المعاملات المضمونة (انظر التوصية 223 والفصل العاشر، الفقرات 80-82، من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة والتعليق على المادة 94 في دليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (الفقرة 500) الذي يتضمن إحالة مرجعية إلى التوصية 223 من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة والتوصية 31 من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار.

(76) يمكن استثناء الدائنين المضمونين من شرط تقديم المطالبات في إجراءات الإعسار بمقتضى قوانين الإعسار التي لا تدرج الموجودات المرهونة في حوزة الإعسار وتسمح للدائنين المضمونين بإنفاذ مصالحهم بحرية في الموجودات المرهونة. ولا يجوز تطبيق هذا الاستثناء إلا بالقدر اللازم لاستيفاء مطالبات الدائن المضمون من قيمة بيع الموجودات المرهونة. وإذا كانت قيمة الموجودات المرهونة أقل من قيمة مطالبات الدائن المضمون، جاز إلزام الدائن بتقديم مطالبة بشأن الجزء غير المضمون بوصفه دائناً غير مضمون عادياً. أما إذا كانت قيمة بيع الموجودات المرهونة أكثر من مقدار مطالبات الدائن المضمون، فيتوقع من الدائن المضمون أن يساهم بالفارق في حوزة الإعسار.

(77) يقصد بتعبير "المصلحة الضمانية" حق في موجودات لضمان سداد التزام أو أكثر أو الوفاء به على نحو آخر (مسرد المصطلحات، المصطلح (عع)).

(78) توجد قواعد من هذا القبيل، على سبيل المثال، في المواد 84-100 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (2016). ويمكن الاطلاع على التعليق عليها في دليل اشتراخ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (2017).

(79) انظر المادة 94 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة والتوصية 223 من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة.

أجنبي في تلك المسائل يمكن أن يستحدث عاملاً مزعماً للاستقرار قد يؤدي إلى اختلال تدابير حماية المصالح الضمانية المحلية وتناقص قيمة تلك المصالح وزيادة التكاليف الداخلية للتمويل. وقد يؤدي نقل مركز المصالح الرئيسية، إذا أحدث تغييراً جذرياً غير متوقع في اللحظة الأخيرة في وضع الدائن المضمون، إلى تفاقم تلك الشواغل. ومن ثم، فإن وجود تأكيدات كافية بتوفير حماية وافية لمصالح الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار الداخلية قد يكون بالتالي أمراً ضرورياً للاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على الدائنين المضمونين وإنفاذها عبر الحدود. [انظر الفصل الثالث من هذا النص]]

(ك) حقوق المدين والتزاماته

30- سبقت الإشارة أعلاه إلى أن قانون دولة محكمة الإعسار سيحدد، بموجب الأحكام التشريعية، مسألة ما إذا كان العمل سيتم بنظام المدين المتملك أم بنظام التحية الكلية أو المحدودة للمدين. وهو يحكم أيضاً حقوق الكيان المدين والتزاماته، بما يشمل مديره، في كل نظام من هذين النظامين وفي حالة الإعسار المحددة، وكذلك شروط تحويل نظام إلى نظام آخر.

31- ويرتبط هذا البند بالبند الأخرى المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، وخصوصاً 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.

32- ويمكن لأحكام القوانين غير المتعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، أن تنطبق على هذا البند، وخصوصاً إذا كان المدين شخصاً طبيعياً (ففي هذه الحالة يمكن أن تتناول صكوك حقوق الإنسان مسألة تحديد مدى القيود التي يجوز أن تفرض على حرية تنقل المدين، ونطاق الإفصاح عن مراسلاته الخاصة، وغير ذلك من جوانب حماية البيانات الشخصية). وقد يكون هناك أيضاً تفاعل وثيق بين قانون الإعسار وقانون الإجراءات المدنية والجنائية، مثلاً فيما يتعلق بأوامر الإفصاح والفحص والتفتيش والضبط. وفي سياق الإعسار عبر الحدود، يمكن أن تنطبق اتفاقية لاهي المتعلقة بتبليغ الوثائق القضائية وغير القضائية إلى الخارج في المسائل المدنية والتجارية المؤرخة 15 تشرين الثاني/نوفمبر 1965 واتفاقية لاهي المتعلقة بالحصول على الأدلة خارج البلد في المسائل المدنية أو التجارية المؤرخة 18 آذار/مارس 1970.

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه

33- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: الحالات التي يجب فيها تعيين ممثل الإعسار؛ آليات اختيار ممثل الإعسار وتعيينه وعزله واستبداله، بما في ذلك ممثل الإعسار المعين على أساس مؤقت؛ طريقة لحساب أتعابه لقاء خدماته؛ دور المحكمة والدائنين في الإشراف على عمله؛ مسؤولية ممثل الإعسار. وفيما يتعلق بالنقطة الأخيرة، يجوز أن تنطبق أحكام القوانين غير المتعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، خاصة إذا كان ممثل الإعسار خاضعاً 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 الحالات المحددة، وقد تشمل سلطة تمثيل الإجراءات عبر الحدود (المادة 5 من قانون الإعسار عبر الحدود) أو التصرف في دولة أخرى بشأن حكم قضائي متعلق بالإعسار صادر في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار (المادة 5 من قانون الاعتراف والإنفاذ)، والتعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب والتواصل مع تلك المحاكم وأولئك الممثلين 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).

[34]- ويستفيد ممثل الإعسار، في الدول التي اشترعت الأحكام ذات الصلة من قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار، من إمكانية الوصول المعجل والمباشر إلى المحاكم الأجنبية دون الحاجة إلى استيفاء شروط رسمية من قبيل استصدار تراخيص أو استيفاء إجراءات قنصلية، ودون الحاجة إلى أن يخضع نفسه أو الإجراء الأجنبي للولاية القضائية للمحكمة الأجنبية لأي غرض غير تقديم الطلبات (انظر المادتين 9 و10 من قانون الإعسار عبر الحدود)⁽⁸⁰⁾. وسيكون بوسع ممثل الإعسار طلب المساعدة بمقتضى قوانين الدولة المشترعة⁽⁸¹⁾ وبدء إجراءات الإعسار إذا استوفيت الشروط الداخلية لبدء تلك الإجراءات (المادة 11 من قانون الإعسار عبر الحدود)⁽⁸²⁾. ويمكن للممثل الأجنبي أن يطلب الحصول على تدابير مؤقتة للانتصاف عند تقديم طلب الاعتراف بالإجراء الأجنبي (المادة 19 من قانون الإعسار عبر الحدود). وعند الاعتراف بالإجراء الأجنبي، يجوز له أن يطلب تمديد تدابير الانتصاف تلك أو منحه تدابير انتصاف إضافية، وسيكون بوسعه أيضا تقديم التماسات أو طلبات أو مذكرات بشأن مسائل من قبيل حماية موجودات المدين أو تسهيلها أو توزيعها أو التعاون بصدد الإجراء الأجنبي (انظر المادة 12 من قانون الإعسار عبر الحدود). ويجوز له أيضا أن يطلب تدابير انتصاف من أجل بدء دعاوى بمقتضى قانون الدولة المعترفة لإبطال الأفعال الضارة بالدائنين أو إبطال مفعولها بطريقة أخرى (المادة 23 من قانون الإعسار عبر الحدود) وللتدخل في الدعاوى التي يرفعها المدين أو تُرفع ضده (المادة 24 من قانون الإعسار عبر الحدود). ومع هذا، فإن تلك الأحكام تقتصر على منح ممثل الإعسار الصفة اللازمة للقيام بذلك دون أن تعطيه أي صلاحيات أو حقوق محددة أو أن تحكم مصير الإجراءات التي سيقدر ممثل الإعسار القيام بها⁽⁸³⁾. وستتوقف هذه المسائل على القانون الأجنبي والمحاكم الأجنبية (انظر على سبيل المثال المادتين 5 من قانون الإعسار عبر الحدود ومن قانون الاعتراف والإنفاذ). فعلى سبيل المثال، إذا تقدم ممثل الإعسار بطلب للحصول على تدبير انتصاف، فإن المحكمة في الدولة المعترفة هي التي ستقرر التدبير الذي يتعين منحه، وسيخضع ممثل الإعسار لما قد تحدده المحكمة من شروط بشأن تدبير الانتصاف الممنوح والقانون الداخلي للدولة المعترفة (انظر مثلا المواد 19 و21 و22 من قانون الإعسار عبر الحدود). ويمكن للمحاكم منح أنواع مختلفة من تدابير الانتصاف بما لا يقتصر على التدابير المتاحة لممثل الإعسار المحلي بمقتضى قوانينها.

35- 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 أطرافا فيها، والتي قد تفرض قيودا 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 إقليم الدولة المعترفة، واستخدام التدابير القسرية (مثلا للحصول على الأدلة أو الوصول إلى الدفاتر التجارية أو سجلات المدين). ومع هذا، فإن قانون دولة محكمة الإعسار يعتبر في بعض الدول مصدر صلاحيات الممثل الأجنبي التي يتم الاعتراف بها وتنفيذها وإنفاذها من خلال قوانين الدولة المعترفة حتى وإن كانت بعض تلك الصلاحيات غير مألوفة لقانون الدولة المعترفة أو كانت أحكامه لا تنطبق لها، ما دامت تلك الصلاحيات غير محظورة بموجب القانون الداخلي وما دامت هناك حماية كافية مكفولة للدائنين وسائر الأشخاص ذوي المصلحة. ومن

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

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

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

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

ثم، يذعن القانون الداخلي في تلك الدول إذعانا فعليا لقانون دولة محكمة الإعسار فيما يتعلق بواجبات ممثل الإعسار ومهامه رهنا بالضمانات المعتادة. [انظر الفصل الثالث.]]

(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين

36- يحكم قانون دولة محكمة الإعسار آليات ومستويات مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار، ولا سيما تحديد ما إذا كانت ستعقد اجتماعات للدائنين أو ستُنشأ لجنة لهم، وإذا كان الأمر كذلك، فمتى ستعقد تلك الاجتماعات أو ستُنشأ تلك اللجنة وما هو دور تلك الهيئات 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.

37- ويرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا بالبندين السابقين اللذين يتناولان حقوق المدين والتزاماته وواجبات ممثل الإعسار ومهامه⁽⁸⁴⁾. وهو مرتبط أيضا بالبند التالي (معالجة المطالبات)⁽⁸⁵⁾.

(ن) معاملة المطالبات

38- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: '1' الدائنين الذين يتعين عليهم تقديم مطالبات، وأنواع المطالبات التي ينبغي تقديمها، والمطالبات المستبعدة، 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⁽⁸⁶⁾؛ '3' عواقب عدم تقديم مطالبة؛ '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 مأذونا له أن يقدم تعهدات من هذا القبيل للدائنين الأجانب من أجل تجنب بدء إجراءات موازية، وإذا كان الأمر كذلك، الاشتراطات الشكلية، بما في ذلك الأشكال واللغات التي تقدم بموجبها التعهدات المتعلقة بالمطالبات، وإجراءات التماس الموافقة على تلك التعهدات ومراجعتها وإنفاذها⁽⁸⁷⁾. 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، وينظم التعهدات المحتملة بشأنها.

39- وقد تنطبق أيضا أحكام القوانين غير المتعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، مثل تطبيق قانون المعاملات المضمونة على معاملة مطالبات الدائنين المضمونين. وبالإضافة إلى ذلك، قد يتقاطع القانون الجنائي مع قانون الإعسار فيما يتعلق بمعاملة المطالبات الزائفة. وقد تنطبق اتفاقيات دولية،

(84) للاطلاع على وصف دور الدائنين ولجان الدائنين، بما في ذلك دورهما في الإشراف على المدين الممتلك وممثل الإعسار، انظر مثلا التوصيات 126-136 من الدليل والتعليق عليها.

(85) قد يكون بوسع الدائنين الاضطلاع بمهام معينة في إجراءات الإعسار (مثل المشاركة في اجتماعات الدائنين) بعد تقديم المطالبات، بينما تكون ممارسة بعض مهامهم الأخرى (مثل الموافقة على خطة لإعادة التنظيم) مشروطة بالتحقق من المطالبات وقبولها. انظر مثلا التوصيات 169-184 من الدليل والتعليق عليها.

(86) انظر المادتين 13 و14 من قانون الإعسار عبر الحدود والتعليق عليها في الفقرات 118-126 من دليل الاشتراع والتفسير.

(87) انظر، على سبيل المثال، المواد 28-32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت والمادة 36 من لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة.

مثل اتفاقية لاهاي بشأن إلغاء إلزامية المصادقة على الوثائق العمومية الأجنبية "أبوستيل" (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 الداخلية⁽⁸⁸⁾.

40- ويرتبط هذا البند بالبند المتعلقة بمعاملة الدائنين المضمونين والمقاصة وكذلك بتنفيذ خطة إعادة التنظيم⁽⁸⁹⁾. وعلى وجه الخصوص، قد تؤثر منظورات الاعتراف بآثار إجراءات الإعسار وإنفاذها عبر الحدود على معاملة مطالبات فئات معينة من الدائنين، مثل العمال أو الدائنين المضمونين. [وقد تنشأ صعوبات في تحقيق الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على معاملة المطالبات عبر الحدود، ولا سيما فيما يتعلق بالمطالبات العمومية⁽⁹⁰⁾].

(س) ترتيب أولوية المطالبات

41- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ترتيب 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. ويحدد أيضا قواعد لتحقيق التكافؤ الوظيفي بين المطالبات الداخلية والأجنبية وعواقب عدم تحقيق هذا التكافؤ⁽⁹¹⁾. وحيثما تُؤخي إنزال المرتبة، ينظم قانون دولة محكمة الإعسار شروط إنزال المرتبة وحدوده. وحيثما سُمح بإعطاء تعهدات بشأن ترتيب أولوية المطالبات الأجنبية تجنباً لبدء إجراءات موازية⁽⁹²⁾، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار الاشتراطات الشكلية، بما في ذلك الأشكال واللغات، التي يمكن بها تقديم التعهدات المتعلقة بالمطالبات وإجراءات التماس الموافقة على تلك التعهدات ومراجعتها وإنفاذها. 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 ترتيب أولوية المطالبات العمالية وينظم التعهدات المحتملة بشأنها.

42- ويمكن أن تنطبق أحكام قوانين غير متعلقة بالإعسار في الدولة، التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، على أولوية المطالبات في إجراءات الإعسار عموماً وفي أي إجراء إعسار معين على وجه التحديد، بما في ذلك أحكام قانون العمل (التي قد تشمل اتفاقيات العمل الدولية بالنسبة للدول الأطراف في تلك الاتفاقيات)⁽⁹³⁾ وقانون الضرائب وقانون المعاملات المضمونة وقانون المسؤولية التقصيرية. وقد تنطبق قواعد خاصة على تحديد أولوية المطالبات العمومية (الأجنبية). وعلى وجه الخصوص، قد تؤثر منظورات الاعتراف بآثار

(88) يشمل مصطلح "غير الداخلية" 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، المتاح عبر الرابط التالي: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration>.

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

(90) انظر المادة 13 (2) من قانون الإعسار عبر الحدود والتعليق عليها. و A/CN.9/1133، الفقرة 42 (ز)، الجملة الأخيرة.

(91) أما الاختبار الواجب تطبيقه في هذا الشأن، كما يشير الدليل، فهو تحديد ما إذا كانت المطالبات الداخلية والأجنبية، من حيث مضامينها ووظائفها الأساسية، متطابقة سويًا بحيث يمكن اعتبارها "متعاوضة وظيفيًا". وإذا كان الرد بالإيجاب، فتعتبر المطالبات الداخلية والأجنبية متكافئة وتحظى بنفس المعاملة ذاتها في إجراءات الإعسار. أما في حال تعذر إثبات هذا التكافؤ، فإن المطالبة تُعامل عموماً كمطالبة عادية. وتشمل المعايير المستخدمة عادة لتقييم التكافؤ الوظيفي للمطالبات مصدر الالتزام وطبيعة الدائنين والمصلحة الأساسية التي تبرر المعاملة التفضيلية للمطالبة. A/CN.9/1133، الفقرة 42 (و).

(92) انظر، على سبيل المثال، المواد 28-32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت والمادة 36 من لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة.

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

إجراءات الإعسار وإنفاذها عبر الحدود على ترتيب أولوية مطالبات فئات معينة من الدائنين، مثل العمال أو الدائنين المضمونين. [وقد تنشأ صعوبات في تحقيق الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار على ترتيب أولوية المطالبات عبر الحدود، ولا سيما فيما يتعلق بالمطالبات العمومية.]⁽⁹⁴⁾

(ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار

43- 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.

44- ويرتبط هذا البند بالبند الأخرى المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار. فعلى سبيل المثال، تشمل التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار تكاليف ونفقات مشاركة ممثل الإعسار في مختلف الإجراءات التي تمس حوزة الإعسار، مثل الدعاوى القضائية أو إجراءات التحكيم فيما يخص المطالبات المعترض عليها أو إجراءات الإبطال.

(ف) توزيع العائدات

45- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار قواعد توزيع العائدات، التي قد تكون مختلفة بالنسبة للتصفية وإعادة التنظيم.⁽⁹⁵⁾

46- ويرتبط هذا البند ارتباطاً وثيقاً بالبند الأخرى المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، خصوصاً البند (ن) المتعلق بمعاملة المطالبات والبند (س) المتعلق بترتيب أولوية المطالبات. وإذا كان قانون دولة محكمة الإعسار يسمح بتقديم تعهدات بشأن معاملة المطالبات الأجنبية منعا لبدء إجراءات موازية⁽⁹⁶⁾، تعامل المطالبات المتأثرة وفقاً للمعاملة التي ستتلقاها في إجراء مواز غير مستهل، بما في ذلك الجوانب المتعلقة بتوزيع العائدات.

(ص) إقفال الإجراءات

47- 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

(94) انظر المادة 13 (2) من قانون الإعسار عبر الحدود والتعليق عليها.

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

(96) انظر، على سبيل المثال، المواد 28-32 من قانون إعسار مجموعات المنشآت والمادة 36 من لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة.

الجاري تحويلها. ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار الطرف الذي يمكنه أن يطلب إقفال الإجراءات؛ وما إذا كان ينبغي إشهار الطلب وقرار الإقفال؛ وما إذا كان يمكن الاستماع إلى رأي الدائنين بشأن الطلب.

(ق) إبراء الذمة

48- 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 العادية أو المبسطة)؛ '3' تاريخ بدء نفاذ إبراء الذمة⁽⁹⁷⁾؛ '4' معايير رفض إبراء الذمة وإلغاء إبراء الذمة الممنوح⁽⁹⁸⁾.

(ر) الإجراءات ذات الصلة (النتيجة عن إجراءات الإعسار أو المرتبطة بها ارتباطا جوهريا)

49- البند (ر) حكم جامع يراد به أن يشمل الإجراءات غير المذكورة تحديدا في قائمة دولة محكمة الإعسار التي تنتج، رغم كل شيء، عن إجراءات إعسار أو ترتبط ارتباطا جوهريا 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 المتخذة استنادا إلى قانون الإعسار لمساءلة المديرين عن أفعالهم التي سببت الإعسار أو أسهمت فيه.

50- وعلى عكس آثار إجراءات الإعسار على التزامات المديرين ومسؤولياتهم التي تنشأ أثناء إجراءات الإعسار المشمولة بالبند (ك)، والتي يحكمها دائما 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. ففي معظم الحالات، يظل قانون الشركات منطبقا عليها بصرف النظر عن بدء إجراءات الإعسار. ويراد بالبند (ر) أن يتناول الأسباب المحددة⁽⁹⁹⁾ التي قد تقضي إلى تحميل المديرين المسؤولية وتتسبب في رفع دعاوى ضدهم عند بدء إجراءات الإعسار بمقتضى قانون الإعسار. وتشمل هذه الأسباب، في دول عديدة، التعامل التجاري الجائر والإخلال بواجب تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار. وفيما عدا المسؤوليات والالتزامات في تلك الحالات القليلة جدا التي ترتبط ارتباطا وثيقا بقانون الإعسار وإجراءات الإعسار، سيكون من غير المناسب إخضاع التزامات المديرين ومسؤوليتهم في فترة الاقتراب من الإعسار بأثر رجعي لقانون دولة محكمة الإعسار.

51- فعلى سبيل المثال، قد يواجه المديرين في بعض الدول مسؤولية جنائية لعدم بدء إجراءات الإعسار في غضون الفترة المحددة في القانون بعد وقوع أحداث معينة. وفي دول 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 المديرين في المجموعة الثانية في مأمن من أي مسؤولية والتزامات غير متوقعة من المسؤوليات والالتزامات المنطبقة على المديرين في المجموعة الأولى والمتوقعة منهم. وقد تختلف مخاطر التعرض لمثل هذه المسؤولية والالتزامات 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

(97) يراد بالإشارة إلى "آثارها" في فاتحة الحكم التشريعي استيعاب كلتا الحالتين، عندما يُمنح إبراء الذمة أثناء إجراءات الإعسار وبعد إقفالها.

(98) حذفت الفقرة 47 الواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.187، A/CN.9/1133، الفقرة 42 (ط).

(99) A/CN.9/1133، الفقرة 42 (ي).

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 دولة لا يوجد بها 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.

52- وإضافة إلى ذلك، إذا اتبع قانون دولة محكمة الإعسار التفسير الواسع لتعبير "المديرين"، على النحو الموصى به مثلاً في الجزء الرابع من الدليل⁽¹⁰⁰⁾، فقد 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 المدين في فترة الاقتراب من الإعسار. وقد لا يُخضع بعض المديرين (مثل جهات الإقراض المؤسسية) لقانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي.

باء - الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار

1- عقود العمل وعلاقات العمل

14- لم يبد الفريق العامل، في دورته الثانية والمستين، أي تعليقات على مشروع الحكم التشريعي، الذي كان قد وافق على صياغته في دورته الحادية والمستين⁽¹⁰¹⁾، والشرح المصاحب له. ونقحت الأمانة بعض جوانب مشروع الشرح.

(أ) مشروع حكم تشريعي

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على عقود العمل وعلاقات العمل

يحكم القانون المنطبق على عقود العمل وعلاقات العمل آثار إجراءات الإعسار على تلك العقود والعلاقات.

(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، حيث يظل قانون دولة محكمة الإعسار (الذي سيشار إليه فيما يلي باسم "قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي"، إذا كان مختلفاً عن القانون المنطبق على عقد العمل أو علاقة العمل) منطبقاً على هذين الجانبين. وينطبق هذا على توصيف العقد بأنه عقد عمل والعلاقة بأنها علاقة عمل وعلى دعاوى الإبطال المتعلقة بعقود العمل (مثل حزم الأجور غير المعقولة الناشئة عن تعديل عقود العمل أو علاقات العمل بين المدين 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 استهلال إجراءات موازية (انظر شرح

(100) يشمل أي شخص يمارس سيطرة فعلية على الكيان المدين (مثل المديرين بحكم الواقع، والمديرين المستترين، والمساهمين، والمقرضين، وغيرهم) (التوصية 258 والتعليق عليها).

(101) A/CN.9/1126، الفقرة 79.

البند (ن) و(س) و(ف) من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار أعلاه، يمكن معاملة المطالبات العمالية المتأثرة وفقا للمعاملة التي ستلتفها 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 الاقتصادية. ولهذا السبب، 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. ومما قد يدل على ذلك التركيز على بيع المنشأة كمنشأة عاملة مع نقل التزامات العمالة القائمة، بدلا من عمليات التصفية أو إعادة التنظيم التي يمكن فيها تغيير تلك الالتزامات أو إنهاؤها. ويمكن للأحكام الإلزامية للقانون، بما في ذلك الأحكام الواردة في المعاهدات الدولية، أن تحمي العمال من الفصل التعسفي والتمييز⁽¹⁰²⁾؛ وتوفر شبكة أمان مالي لهم؛ وتقرض قيودا تحد من عمليات رفض عقود العمل أو تعديلها⁽¹⁰³⁾ وشروطا لتنفيذ عمليات تسريح العمال (بما في ذلك توجيه إشعار مسبق إلى سلطات الدولة ذات الصلة)؛ وتضمن حقوق العمال في أن يكونوا على علم حق جميع 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 عدم اليقين أو التضارب فيما يتعلق بمعاملة عقود العمل وعلاقات العمل في إجراءات الإعسار. وبتزايد 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 وضروب الحماية الممنوحة لهم عندما يواجه رب العمل صعوبات مالية، وقد يظلون على غير علم ولا دراية بالخطط المتصلة بوضعهم الوظيفي. ويمكن استخدام إجراءات الإعسار لتقويض ضروب 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- وفي الوقت الذي اتفق فيه الفريق العامل على هذا الاستثناء، سلم بأن النهج المتبع في الحكم التشريعي قد يزيل المرونة التي يمكن أن تكون مستصوبة وضرورية لمواصلة تشغيل المنشأة والحفاظ على العمالة وضمان الرواتب، خصوصا في إعادة التنظيم. وإضافة إلى ذلك، قد يتعارض النهج المتبع في الحكم التشريعي مع الكفاءة في تسيير وإدارة إجراءات الإعسار، عندما تكون القوة العاملة لدى المدين خاضعة لنظم عمل مختلفة، بسبب الحاجة إلى تقييم تلك النظم المختلفة. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، إذا كان لدى المدين عمال في دول 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 على القانون المختار، التي قد تكون بالإكراه أو عن غير دراية. وقد تختلف هذه الضمانات من دولة

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

(103) انظر التوصية 71 من الدليل والتعليق عليها.

إلى أخرى (على سبيل المثال، فيما يتعلق ببنود عدم المنافسة). وهي تنص عادة على أن حرية اختيار القانون لا يجوز أن تقضي إلى حرمان العمال من الحماية التي توفرها لهم الأحكام التي لا يجوز الانتقاص منها بالاتفاق بمقتضى القانون الذي كان من الواجب، في حال غياب حرية الاختيار، أن ينطبق (ويشمل هذا لدى العديد من الدول أحكام معاهدات العمل الدولية الملزمة لها إلى جانب ضمانات دستورية) أو الذي كان سيتصل بشكل أكبر بعقد العمل أو علاقة العمل.

6- ومع ذلك، فبدون هذا الاستثناء، قد ينتهي الأمر بأن يحكم آثار إجراءات الإعسار على معاملة عقود العمل وعلاقات العمل قانون الدولة التي ليس لها أي علاقة بتلك العقود أو المعاملات أو تربطها بها علاقة بعيدة جدا (مثل قانون دولة مركز المصالح الرئيسية الواقع خارج مكان وجود جميع عمال المدين أو معظمهم). 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 على أية حال. وقد يكون توحي مزيج من القوانين المنطبقة أو ترتيبها ترتيبا هرميا حلا آخر يتيح ميزة المحافظة على المرونة، ولكنه قد يعوق أيضا تسيير إجراءات الإعسار وإدارتها بكفاءة، لأنه سيكون من المتوقع من المحاكم أن تقارن بين آثار تطبيق نظم عمل مختلفة. وعلى الرغم من أن النهج المتبع في الحكم التشريعي قد تشوبه نقیصة مماثلة، كما ذكر في الفقرة السابقة، فقد ذهب الرأي السائد في الفريق العامل إلى أن هذا النهج، من حيث التوازن، مفضل.

7- ومن شأن الاستثناء المتعلق بالنظام العام أن يسمح للمحكمة بأن تستبعد تطبيق أي قانون أجنبي يتعارض بشكل واضح مع النظام العام لدولتها (كأن يضيف مثلا شرعية فعلية على الرق الحديث، وما إلى ذلك). (انظر أعلاه) وستحدد القواعد الداخلية القانون الذي سيطبق بدلا من القانون المستبعد.

2- نظم المدفوعات والمقاصة والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي وغيرها من المرافق التجارية المتعددة الأطراف

15- نُفّح مشروع الحكم التشريعي وشرحه بناء على الآراء التي أبديت في الدورة الثانية والستين للفريق العامل⁽¹⁰⁴⁾، وكذلك مشاورات الخبراء واستعراض الصكوك ذات الصلة. واحتُفظ بالنطاق الضيق للاستثناء، على النحو الذي اقترح في الدورة الثانية والستين للفريق العامل. ويركز الاستثناء على نظم المدفوعات والمقاصة والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي وغيرها من المرافق التجارية المتعددة الأطراف. وكلها تشترك في السمات التالية: فهي منصات متعددة الأطراف تستخدمها أطراف متعددة، ليست بالضرورة معروفة لبعضها البعض، لأغراض عمليات المقاصة أو التسوية أو التسجيل المتعلقة بالمدفوعات أو الأوراق المالية أو المشتقات أو المعاملات المالية الأخرى. ويمكن أن تتم عمليات المقاصة أو التسوية أو التسجيل المتعددة الأطراف هذه من خلال تقنيات مختلفة، بما يشمل استخدام ترتيبات ثنائية يتوسط فيها طرف مقابل مركزي في تنفيذ المعاملات المتعددة الأطراف بصفته البائع لكل مشتر والمشتري لكل بائع. وللتيسير، تشير هذه المذكرة إليها مجتمعة باسم " الهياكل الأساسية للأسواق المالية".

16- والتنظيم الرقابي لهذه الهياكل الأساسية آخذ في التطور بسرعة لجملة عوامل، منها تأثير التطورات الرقمية. وتحاول التقنيات المقترحة أن تجسد حالة التنظيم الرقابي الحالية، وأن تظل محايدة من الناحية التكنولوجية وأن تتبع النهج الوظيفي. ويعني الحياد التكنولوجي أنه بغض النظر عن التكنولوجيا التي تستخدمها الهياكل الأساسية للأسواق المالية، فسوف تظل هذه الهياكل مشمولة بالاستثناء ما دامت تستوفي معايير تطبيقه عليها. أما النهج الوظيفي،

فيسوجب التركيز على الغرض من هذا الاستثناء في تفسيره وتطبيقه، وهو حماية المصالح العامة، والحد من المخاطر النظامية، وضمان حماية المشاركين، وسلامة الأسواق المالية، والاستقرار المالي.

17- وتقدم الأمانة شروحا للمصطلحات المستخدمة في الاستثناء في مسرد مصاحب. ولم يكن القصد من ذلك توفير مسرد كامل للمصطلحات ذات الصلة بالاستثناء، وإنما فقط المصطلحات التي تساعد على ترسيم نطاق الاستثناء. ولم تدرج شروح لهذه المصطلحات في الشرح المصاحب لأنها تتطور. وقد أدخلت تعديلات حديثة عليها لاستيعاب الممارسات السريعة التطور في مجال الهياكل الأساسية للأسواق المالية، مثل استخدام تقنيات السجلات الموزعة (distributed ledger). وبالإضافة إلى العناصر الجديدة في التعاريف الموجودة منذ فترة طويلة، ظهرت مصطلحات جديدة.

18- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في الربط بين الاستثناء المتوخى للهياكل الأساسية للأسواق المالية واستثناء آخر محتمل من تطبيق الأحكام التشريعية (انظر أعلاه). وقد يلزم توسيع مشروع الشرح وفقا لذلك. ولعل الفريق العامل يود أن يلاحظ أن المسائل الناشئة عن المقترح المقدم في دورته الثانية والسنتين بالنص على نفس الاستثناء لترتيبات المعاوضة الإقفالية المستخدمة في سياقات أخرى⁽¹⁰⁵⁾ قد عولجت على حدة في القسم 3 أدناه، دون مساس بقرار الفريق العامل بشأن معاملة ذلك الاقتراح ضمن هذا الاستثناء أو في استثناء منفصل.

(أ) مشروع حكم تشريعي

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق المشاركين والتزاماتهم وكذلك على دعاوى الإبطال في نظم المدفوعات [أو المقاصة] أو التسويات، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي [، أو غيرها من المرافق التجارية المتعددة الأطراف]

تكون آثار إجراءات الإعسار على حقوق المشاركين والتزاماتهم في نظم المدفوعات [أو المقاصة] أو التسويات، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي [، أو غيرها من المرافق التجارية المتعددة الأطراف] خاضعة للقانون المنطبق على تلك النظم أو الأسواق [أو المرافق]. ويحكم ذلك القانون أيضا إبطال المدفوعات أو المعاملات التي تتم في تلك النظم أو الأسواق [أو المرافق].

مسرد

هذه العبارة مأخوذة من التوصية 32 من الدليل. وهي بصيغتها الحالية فضفاضة ولا تشير إلى إجراءات إعسار أي فئة معينة من الأشخاص (كالمشاركين في الهياكل الأساسية للأسواق المالية أو غير ذلك).	آثار إجراءات الإعسار
هي حقوق والتزامات تنشأ عن القواعد والإجراءات والعقود ذات الصلة المباشرة بتشغيل الهياكل الأساسية للأسواق المالية (مثل آليات مراقبة المخاطر وتوفير السيولة) بغض النظر عما إذا كان مصدر تلك الحقوق والتزامات قانونيا أو تنظيميا أو تعاقديا. وسوف تشمل حقوق والتزامات المشاركين الناشئة عما يلي أو المتعلقة به: عمليات المعاوضة المتعلقة بالتسويات والمدفوعات، أو تحمل الالتزامات والوفاء بها، أو نهائية التحويلات، أو التجديد، أو العروض المفتوحة أو الترتيبات الملزمة الأخرى التي يصبح من خلالها طرف مقابل مركزي طرفا مقابلا في التداولات التجارية مع المشاركين في السوق، وتوفير الضمانات الرهنية	الحقوق والتزامات

لتغطية التعرضات الحالية والتعرضات المستقبلية المحتملة وتوفير أنواع مختلفة من الضمانات. ويمكن أن يشمل هذا التعبير أيضا الحقوق والالتزامات الناشئة عن نوع من العقود أو المتصلة به، وهو العقود التي تتصل مباشرة بالهياكل الأساسية للأسواق المالية وتبرم بين المشاركين في السوق أو النظام أو مشغل النظام أو السوق من جهة والأطراف الثالثة من جهة أخرى، ولا سيما فيما يتعلق بالمعاوضة، وإنفاذ ترتيبات الضمانات الرهنية، وترتيبات وضمانات دعم الائتمان، وكيفية معاملة الشروط المعروفة باسم "الشروط بحكم الفعل". وتظل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود وغيرها من المعاملات المرتبطة بالهياكل الأساسية للأسواق المالية، ولكنها لا تتصل مباشرة بعملياتها، محكومة بقانون دولة محكمة الإعسار. ولتوضيح ذلك، فيما يتعلق بنظام الدفع، إذا أمر الطرف ألف مصرفه بآء بتحويل أموال إلى حساب الطرف جيم المحتفظ به في المصرف دال، فإن الاستثناء لا ينطبق إلا على الحقوق والالتزامات الناشئة عن أمر تحويل الأموال ذلك بين الطرف ألف والطرف باء وبين الطرف باء والطرف دال وبين الطرف دال والطرف جيم، ولكن ليس على الحقوق والالتزامات الناشئة عن المعاملة الأساسية بين الطرفين ألف وجيم التي أدت إلى أمر تحويل الأموال ذلك، والتي ستخضع لقانون دولة محكمة الإعسار.	
المشاركون هم أشخاص '1' محددون ومعترف بهم على هذا النحو لدى أحد الهياكل الأساسية للأسواق المالية و'2' مسموح لهم بأن ينفذوا بشكل مباشر أو غير مباشر عمليات تحويل من خلال ذلك الهيكل. وهم يشملون في العادة مؤسسات الائتمان وشركات الاستثمار والسلطات العمومية والأطراف المقابلة المركزية ووكلاء التسوية والمقاصة ومشغلي الهياكل الأساسية للأسواق المالية. ووسع نطاق هذا المصطلح في الآونة الأخيرة ليشمل أشخاصا آخرين، منهم مثلا مشاركون غير مباشرين، وفي حال الهياكل الأساسية للأسواق المالية القائمة على تقنية السجلات الموزعة، مستثمرو التجزئة الذين قد يتعاملون مع الهياكل الأساسية للأسواق المالية مباشرة دون وسطاء.	المشاركون
مجموعة من الأدوات والإجراءات والقواعد لتحويل الأموال بين المشاركين. ويستند عادة إلى اتفاق بين المشاركين والمشغل، ويتم تحويل الأموال باستخدام هيكل أساسي تشغيلي متفق عليه. وهذا المصطلح بمعناه الضيق، يمكن أن يقتصر على الإشارة إلى نظم تحويل الأموال بين المصارف التي يكون فيها جميع المشاركين أو كلهم تقريبا مؤسسات ائتمانية والتي تيسر تداول الأموال في بلد ما أو في منطقة نقدية ما. أما بمعناه الأوسع، فهو قد يشير إلى أي ترتيبات رسمية لتحويل الأموال توضع، إما استنادا إلى عقد خاص أو تشريع، وتضم أعضاء متعددين ولها قواعد مشتركة وتقوم بعمليات موحدة، لنقل الالتزامات النقدية الناشئة بين المشاركين فيها أو مقاصتها أو معاوضتها أو تسويتها. وقد تكون نظم المدفوعات جزءا من الأسواق المالية أو قد تعمل بشكل منفصل وفقا لهيكل حوكمتها وقواعد تشغيلها.	نظام المدفوعات
مجموعة من القواعد والإجراءات التي تحدد المواقف النهائية للمشاركين قبل إجراء التسويات الخاصة بهم في إطار نظام للتسويات. وقد تكون نظم المقاصة جزءا من نظم التسويات أو قد تعمل بشكل منفصل وفقا لهيكل حوكمتها وقواعد تشغيلها.	نظام المقاصة
مجموعة من الأدوات والإجراءات والقواعد التي تمكن من تحويل الأموال أو الموجودات أو الأدوات المالية وفقا لقواعد محددة مسبقا. وتصبح عمليات التحويل نهائية (أي غير قابلة للإلغاء وغير مشروطة) في نظم التسويات. وقد تعمل نظم التسويات بشكل منفصل وفقا لهيكل	نظام التسويات

حوكمتها وقواعدها التشغيلية أو كجزء من طرف مقابل مركزي أو كجزء من سوق مالية أو جهة مركزية لإيداع الأوراق المالية.	
سوق متعددة الأطراف تعمل بانتظام بإذن من سلطة مختصة، وتتولى تشغيلها أو إدارتها جهة تشغيل، وينخرط بها العديد من المشتريين والبائعين في تداول المصالح في الأدوات المالية (مثل الأسهم والسندات والمشتقات والوحدات الاستثمارية) التي يُقبل تداولها في تلك السوق بموجب قواعد تلك السوق. وهي تعمل بموجب قوانين أو لوائح محددة وتخضع للرقابة أو الإشراف التحوطي من جانب السلطة المختصة. وقبل منح الإذن لجهة التشغيل وللشوق للعمل كسوق خاضعة للتنظيم الرقابي، يجب أن تقتنع هذه السلطة بأن جهة التشغيل والسوق ممثلتان للاشتراطات المنطقية. وتشمل أمثلة الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي أسواق البورصة والسندات والمشتقات. وعلى عكس نظم المدفوعات والمقاصة والتسويات، التي قد يعمل كل منها بشكل منفصل أو يشكل جزءا من النظام الآخر أو السوق المالية، تمثل السوق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي هيكلًا أساسيًا متكاملًا معقدًا لمقاصة وتسوية وتسجيل المدفوعات أو الأوراق المالية أو المشتقات أو المعاملات المالية الأخرى.	السوق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي
هي منصات إلكترونية تسهل التداول في أنواع مختلفة من الأدوات المالية. وقد تعمل كجزء من سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي أو بالإضافة إليها. وقد تخضع للتنظيم الرقابي أو لا تخضع له وتعمل بموجب قواعد للسلطة تقديرية أو بدون قواعد من هذا القبيل. والمرافق التي تعمل على أساس انعدام السلطة التقديرية لا تمارس سلطة تقديرية على تنفيذ عمليات التداول، فهي توفق بين الطلبات الواردة من مختلف المشاركين بناء على قواعد محددة مسبقًا. أما المرافق التي تعمل على أسس تخولها سلطة تقديرية، فيمكنها أن تمارس هذه السلطة على تنفيذ عمليات التداول. وهذا يسمح لها بالعمل كأطراف مقابلة في عمليات التداول وتوفير السيولة وتنفيذ أوامر الزبائن. وقد تتخصص المرافق التجارية المتعددة الأطراف في تداول أنواع معينة من الأدوات المالية (مثل الأدوات المالية السهمية (الأسهم والسندات) أو الأدوات المالية غير السهمية (بدلات الانبعاثات)).	المرافق التجارية المتعددة الأطراف
هو قانون الدولة الذي تختاره الهياكل الأساسية للأسواق المالية، فإن لم تختاره، يختاره المشاركون. وفي حال عدم اختيار قانون، يطبق عادة قانون مكان النظام أو السوق. وقد يُشترط اختيار قانون الدولة التي يوجد فيها المكتب الرئيسي لواحد على الأقل من المشاركين. وكثيرا ما تحدد الهياكل الأساسية للأسواق المالية القانون المنطبق على كل جانب من جوانب عملياتها في القواعد الحاكمة لأنشطتها. وقد تلزمها بعض القوانين المنطبقة بالقيام بذلك. وكاستراتيجية للتخفيف من المخاطر، كثيرا ما تكون الهياكل الأساسية للأسواق المالية ملزمة أيضا بتحديد وتحليل ما قد ينشأ من مسائل متعلقة بتنازع القوانين من أنشطتها وبوضع قواعد وإجراءات للتخفيف من مخاطر تنازع القوانين تلك. وتتحقق السلطة المختصة من صحة اختيار القانون. ولا تسمح الدول عادة بالاختيارات التعاقدية للقوانين التي تلتف حول النظام العام الأساسي لديها.	القانون المنطبق على نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسويات، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو المرافق التجارية المتعددة الأطراف.

(ب) مشروع الشرح

1- إن النظم والأسواق والمرافق (وتوليقاتها المختلفة) المراد شمولها بهذا الاستثناء هي هياكل أساسية للأسواق المالية يمكن من خلالها لأطراف متعددة من باعة ومشتري المصالح التجارية المتداولة في الصكوك المالية أن

تتفاعل. وعدم قدرة واحد أو أكثر من المشاركين في تلك الهياكل الأساسية للأسواق المالية على الأداء حسب المتوقع من شأنه أن يؤدي إلى عجز مشاركين آخرين عن الوفاء بالتزاماتهم عند استحقاقها للمشاركين الآخرين والأطراف الثالثة. وكثيراً ما يشار إلى تأثير "الدومينو" هذا باسم المخاطر النظامية.

2- وتواجه جميع الهياكل الأساسية للأسواق المالية مخاطر يمكن أن تربك عملياتها. وقد يكون مرجع هذا الارتباك عوامل داخلية تشوب تلك الهياكل الأساسية (مثل أعطال التشغيل أو القصور فيه أو عمليات الاحتيال) وعوامل خارجية، مثل إجراءات الإعسار. وقد تقضي هذه الارتباكات إلى خسائر ومشاكل في السيولة لدى الهياكل الأساسية للأسواق المالية وعدم فعالية التدابير التي تتخذها تلك الهياكل للحد من المخاطر التشغيلية والتصدي للمخاطر النظامية التي تتهددها. والغرض من هذا الاستثناء هو التقليل إلى أدنى حد من الارتباكات التي تتسبب فيها إجراءات الإعسار لعمليات الهياكل الأساسية للأسواق المالية. ومن خلال تحديد قانون وحيد يحكم آثار إجراءات الإعسار على الهياكل الأساسية للأسواق المالية (أي قانون النظام أو السوق [أو المرفق])، يساعد الاستثناء على جعل الارتباكات التي تسببها إجراءات الإعسار أكثر قابلية للتنبؤ ومن ثم أكثر قابلية للإدارة. وبدون هذا الاستثناء، وفي ضوء تعدد المشاركين في الهياكل الأساسية للأسواق المالية والأطراف الثالثة الذين قد تؤثر إجراءات إعسارهم على تلك الهياكل، يمكن تطبيق العديد من قوانين دول محاكم الإعسار غير المحددة وغير المؤكدة والتي لا يمكن التنبؤ بها، مما يجعل إدارة المخاطر التشغيلية لتلك الهياكل صعبة، إن لم تكن مستحيلة، مما يزيد من المخاطر النظامية. ولا يحدد الاستثناء الأشخاص الذين تخصصهم إجراءات الإعسار التي يشملها، مما يدعو إلى التوسع في تفسير المعنى المقصود ليشمل أي إجراء إعسار يؤثر تأثيراً مباشراً على العمليات في الهياكل الأساسية للأسواق المالية.

3- ويجب تفسير الاستثناء تفسيراً ضيقاً - بحيث يقتصر على حقوق المشاركين والتزاماتهم التي تنشأ عن قواعد وإجراءات وعقود محددة تحكم عمل الهياكل الأساسية للأسواق المالية أو تؤثر عليه. وفي الوقت نفسه، ينبغي تفسير الاستثناء وتطبيقه بمرونة من أجل تحقيق الغرض المنشود منه، وهو حماية المصالح العامة، واحتواء المخاطر النظامية، وضمان حماية المستثمرين وسلامة الأسواق المالية والاستقرار المالي. ومبادئ الحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي وعدم التمييز المعتادة مهمة لتفسير الاستثناء وتطبيقه على نحو يجعل من المتوخى تطبيقه على جميع الهياكل الأساسية للأسواق المالية بغض النظر عن التكنولوجيا التي تستخدمها في عملياتها ما دامت تلك الهياكل تقي بمعايير تطبيق الاستثناء.

4- ومن شأن الاستثناء المتعلق بالنظام العام أن يسمح للمحكمة بأن تستبعد تطبيق أي قانون أجنبي يتعارض بشكل واضح مع النظام العام لدولتها. والمتوقع أن ينص القانون الداخلي على قواعد لتحديد القانون الآخر الذي يمكن تطبيقه بدلاً من القانون المستبعد في حال الاستظهار بالاستثناء المتعلق بالنظام العام.

3- المعاوضة الإقفالية خارج نظم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي

19- أرجأ الفريق العامل النظر في مقترح يدعو إلى أن تكون ترتيبات المعاوضة الإقفالية خارج الهياكل الأساسية للأسواق المالية، الثنائية والمتعددة الأطراف على السواء، مشمولة باستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار مماثل للاستثناء المتوخى بشأن الهياكل الأساسية للأسواق المالية، أي أن القانون المنطبق على ترتيبات المعاوضة الإقفالية سيحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات الأطراف في تلك الترتيبات. وشملت أمثلة الحالات، التي قدمت في الفريق العامل والتي تنشأ فيها الحاجة إلى نفس الاستثناء، ولكن الاستثناء المتعلق بالهياكل الأساسية للأسواق المالية الواردة في القسم 2 أعلاه لا ينطبق عليها، عقود بيع الطاقة بالجملة، وعقود السلع الأساسية، والتداول المباشر للمشتقات المالية غير الموحدة، وهي حالات قد لا تصلح للمقاصة والتسوية من خلال الهياكل الأساسية للأسواق المالية.

20- وذهب الرأي الآخر في الفريق العامل إلى أن آثار إجراءات الإعسار على المعوضة الإقفالية في سياق المعاملة التجارية الثنائية التي يعرف فيها كل طرف الطرف الآخر ينبغي أن يشملها قانون دولة محكمة الإعسار (البند ط) بشأن المقاصة في قائمة قانون دولة الإعسار) لأن الطرفين سيكونان في وضع يسمح لهما بتحديد المخاطر الناشئة عن معاملتهما التجارية والتخفيف من حدتها. ولم تستبعد إمكانية الحاجة إلى تطبيق نفس الاستثناء في الحالات التي لا تكون فيها الأطراف معروفة لبعضها البعض والتي قد تنشأ فيها مخاطر نظامية أو مخاطر أخرى مماثلة. غير أنه اقترح النظر في هذه المسألة بمعزل عن الاستثناء الضيق المنصوص عليه في القسم 2 أعلاه.

21- ولعل الفريق العامل يود أن يواصل النظر في المقترح، وخصوصاً فيما إذا كانت هناك حاجة إلى استثناء إضافي من قانون دولة محكمة الإعسار للحالات المبينة أعلاه التي لا يشملها الاستثناء الوارد في القسم 2. ولعل الفريق العامل يود، عندما يستأنف النظر في هذا المقترح، ملاحظة أن ترتيبات المعوضة الإقفالية التجارية تختلف عن ترتيبات المعوضة المتعلقة بالتسويات أو المدفوعات التي ينطبق عليها الاستثناء الوارد في القسم 2 أعلاه من عدة جوانب. ومنها على وجه الخصوص أن تطبيق الاستثناء الوارد في القسم 2 أعلاه على ترتيبات المعوضة المتعلقة بالتسويات أو المدفوعات، تمليه الحاجة إلى حماية المصالح العامة، واحتواء المخاطر النظامية، وضمان حماية المستثمرين، وسلامة الأسواق المالية، والاستقرار المالي. أما ترتيبات المعوضة الإقفالية التجارية، فتستخدم في المقام الأول كأداة لإدارة الائتمانات الفردية للأطراف المقابلة أو لإدارة المخاطر التجارية. ويمكن استخدامها في جميع العلاقات التعاقدية المتبادلة التي يمكن التعبير عن قيمتها بمبلغ نقدي. بيد أنه أُشير إلى وجود بعض جوانب القصور في استخدامها (فيما يتعلق بالأطراف المؤهلة لاستخدامها والالتزامات المؤهلة للخضوع لها على السواء)، بالنظر إلى أن المعوضة الإقفالية تقضي إلى معاملة خاصة للطرف غير المقصر بالنسبة للدائنين العامين في حالة إعسار الطرف المقصر⁽¹⁰⁶⁾. وتشمل جوانب القصور تلك المخاطر النظامية، وعقود العلاقة الواحدة (أي التي يؤثر كل منها على الآخر)⁽¹⁰⁷⁾ وتقلب قيمة معاملات معينة، مما يعرض الأطراف لمخاطر سوقية وائتمانية كبيرة⁽¹⁰⁸⁾.

22- ولعل نهج التكافؤ الوظيفي والمبدأ العام بشأن عدم جواز أن يعامل القانون الحالات المماثلة معاملة مختلفة دون مبرر يوحيان بتطبيق نفس الاستثناء على حقوق والتزامات المشاركين في نظم وأسواق غير النظم والأسواق المراد أن يشملها الاستثناء الوارد في القسم 2 أعلاه عندما يواجه هؤلاء المشاركون نفس المخاطر لأن أطرافهم المقابلة متعددة وغير معروفة، ونتيجة لذلك، قد تنطبق قوانين دول محاكم إعسار متعددة ولا يمكن التنبؤ بها. وفي تلك الحالات، لا تتجح استراتيجيات تخفيف المخاطر التجارية التي تستخدم عادة عندما تكون الأطراف المقابلة معروفة لبعضها البعض، سواء في السياقات الثنائية أو المتعددة الأطراف (مثل شرط العناية الواجبة، والبنود التعاقدية). وقد يلزم أيضاً النظر في مخاطر احتمال امتداد الصعوبات المالية في تلك النظم والأسواق الأخرى إلى النظم والأسواق المشمولة بالاستثناء الوارد في القسم 2 أعلاه. وحيثما وجدت مخاطر نظامية مرتقعة، يمكن أن تنطبق على تلك النظم والأسواق الأخرى نفس الاعتبارات المتعلقة بحماية المصالح العامة والمستثمرين وسلامة الأسواق المالية والاستقرار المالي، ومن ثم تدابير الاحتواء الرامية إلى الحد من المخاطر النظامية.

23- ولما كانت الإشارة المحددة إلى المقاصة (البند ط) في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار قد وردت عندما نوقش الاقتراح في الفريق العامل، فمن الضروري توضيح أن البند ط) والشرح المصاحب له، بصيغتهما الحالية، قد

(106) انظر مبادئ اليونيدرو بشأن إعمال أحكام المعوضة الإقفالية، 2013، المبدأ 4 والشرح المصاحب له.

(107) هذا الملحق متأصل في صكوك المقايضة واتفاقات إعادة الشراء وإقراض الأوراق المالية واتفاقات الضمانات الرهنية لنقل الملكية. ويمكن أن يدرج تعاقدياً في أنواع أخرى من الاتفاقات من أجل التعامل مع عدد كبير من المعاملات على أساس جماعي، والسبب الرئيسي في هذا هو أن من الأنجع للأطراف أن ترصد وتدير تعرضها المتبادل للمخاطر على أساس تقييم شامل لجميع المعاملات الجارية فيما بينها.

(108) كثيراً ما يواجهها تجار الطاقة وشركات الطيران والشركات المماثلة.

يشملان أنواعا مختلفة من المقاصة تبعا لقانون دولة محكمة الإعسار. ويمكن أن يشملا المقاصة بموجب عقود متعددة (أي بمعنى ديون ليست بالضرورة متبادلة أو متصلة) وذات التزامات مستحقة وغير مستحقة.

24- وإذا قرر الفريق العامل إدراج استثناء لترتيبات المعالضة الإقفالية خارج الهياكل الأساسية للأسواق المالية، فلهذا يود أن يحدد نطاقه والقانون المنطبق وأي شروط وضمانات مصاحبة له. ومع مراعاة أن الاستثناء سيحل محل القاعدة التكميلية، أي انطباق قانون دولة محكمة الإعسار، وحيث إن قاعدة حرية الأطراف تدعز للقانون الذي يختاره الأطراف، فقد تكون هناك حاجة إلى قواعد خاصة تستخدم إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق أو إذا كان اختيارها قاصرا. ولا يحتمل أن تنشأ نفس الاعتبارات فيما يتعلق بالهياكل الأساسية للأسواق المالية حيث يكون اختيار القانون إما منظما أو موحدا، ويخضع على أي حال للمراقبة أو المراقبة أو الإشراف من جانب سلطة مختصة. وسوف تنقح مشاريع الأحكام التشريعية وشروحها لتجسد نتائج مداولات الفريق العامل بشأن هذه المسألة.

4- إجراءات التحكيم الجارية

(أ) مشروع حكم تشريعي

25- نظر الفريق العامل، في دورته الثانية والستين، في الاستثناء التالي من قانون دولة محكمة الإعسار: "يحكم قانون دولة التحكيم آثار إجراءات الإعسار على إجراءات التحكيم الجارية أو المعلقة". وقدمت الاقتراحات التالية: (أ) توضيح ماهية إجراءات التحكيم المشار إليها (داخلية أو خارجية أم كلا الأمرين، وتجري خارج الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار أو في إقليم تلك الدولة أم كلا الأمرين)؛ (ب) تضيق نطاق الاستثناء؛ (ج) الاقتصار على الإشارة إلى إجراءات التحكيم التي تهم حوزة الإعسار؛ (د) تحديد معنى مصطلح "قانون دولة التحكيم"⁽¹⁰⁹⁾.

26- وفي ضوء تلك التعليقات، يمكن إعادة صياغة الاستثناء على النحو التالي:

"يحكم قانون دولة التحكيم آثار إجراءات الإعسار على أي حدود لنطاق انطباق هذا الاستثناء قد يتفق عليها الفريق العامل" لإجراءات التحكيم الجارية بشأن حوزة الإعسار التي تدار في إطار إجراءات الإعسار تلك."

27- وفي ضوء المسائل المعلقة المتصلة بهذا الاستثناء، على النحو المبين أدناه، لم تكن الأمانة في وضع يسمح لها بصياغة شرح مصاحب. وتفهم الأمانة أنه لا توجد نية لأن يتناول الحكم التشريعي فقط نوعا معينا أو مكانا معينا من أنواع وأماكن التحكيم، وأنه يمكن مناقشة الآثار المترتبة على سيناريوهات مختلفة في شرح مصاحب (وعلى وجه الخصوص، احتمال تطابق قانون دولة محكمة الإعسار وقانون دولة التحكيم، مما يخفف من كثير من الشواغل التي أعرب عنها في الفريق العامل بشأن اقتراح إدراج استثناء إضافي من قاعدة قانون دولة محكمة الإعسار بشأن إجراءات التحكيم الجارية). ومع هذا، إذا اتفق الفريق العامل على قصر انطباق هذا الاستثناء على إجراءات التحكيم الأجنبية التي تجري خارج الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار، فيمكن توضيح تلك النقطة في الشرح. ويمكن أيضا توضيح هذه النقطة في مشروع الحكم التشريعي نفسه بأن تضاف في بداية الحكم أو نهايته عبارة "عندما تجري إجراءات التحكيم الأجنبية في إقليم دولة غير الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار".

28- ويجوز في الصيغة الإنكليزية للقواعد الاحتفاظ بمصطلح *lex arbitri* اللاتيني ("قانون دولة التحكيم") في الاستثناء إذا عرف المصطلح لأغراض المشروع بأنه قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم. ويمكن إضافة تعريف هذا المصطلح في قسم التعاريف أعلاه. وقد يكون من المفيد أن يوضح ذلك التعريف أو الشرح المصاحب له أن ذلك القانون لن يشمل قانون التحكيم فحسب، بل سيشمل أيضا قانون الإعسار في الدولة التي

يجري فيها التحكيم، وأن الإشارة إلى مكان التحكيم ينبغي أن تفهم على أنها إشارة إلى المكان القانوني للتحكيم، وليس إلى الموقع المكاني الجغرافي أو المكان الذي يمكن أن تتم فيه الإجراءات عبر الإنترنت⁽¹¹⁰⁾.

29- ولعل الفريق العامل يود، عند مواصلة النظر في المسألة، أن يلاحظ أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مكان التحكيم. فإذا لم تتفق الأطراف على مكان التحكيم، فعادة ما يتعين على هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم التي تدير التحكيم تحديد مكان التحكيم في بداية إجراءاته⁽¹¹¹⁾. ومكان التحكيم له أهمية عملية كبيرة لأنه يحدد عادة قانون التحكيم المنطبق الذي ينظم، ضمن جملة أمور، تعيين المحكمين وردهم وتسيير إجراءات التحكيم ويحدد الأسباب التي يمكن لأي طرف أن يلتمس بناء عليها المراجعة القضائية لقرار التحكيم أو إلغائه⁽¹¹²⁾. وبالإضافة إلى ذلك، يُعهد إلى محاكم الدولة التي بها مكان التحكيم بوظائف الإشراف على التحكيم والمساعدة فيه⁽¹¹³⁾.

30- ولعل الفريق العامل يود أيضا أن يستذكر مناقشته للعوامل التي تؤثر في اختيار مكان التحكيم. وقد تكون عوامل قانونية أو غير متصلة بالقانون، وتختلف الأهمية النسبية لهذه العوامل من حالة إلى أخرى. ومن أبرز العوامل القانونية ما يلي: '1' مدى ملاءمة قانون التحكيم في مكان التحكيم؛ '2' القوانين والاجتهادات القضائية والممارسات القائمة في مكان التحكيم فيما يتعلق بتدخل المحاكم في سير إجراءات التحكيم ونطاق المراجعة القضائية لقرارات التحكيم أو أسباب إلغاء تلك القرارات وأي متطلبات تأهيلية تتعلق بالمحكمين والتمثيل بالمحامين؛ '3' ما إذا كانت الدولة التي يتم فيها التحكيم، وبالتالي سيتم فيها إصدار قرار التحكيم، طرفاً في اتفاقية نيويورك أو في أي معاهدة أخرى متعددة الأطراف أو ثنائية بشأن إنفاذ قرارات التحكيم. ومتى كان من المتوقع عقد جلسات الاستماع في مكان التحكيم، يمكن أن تصبح عوامل أخرى مهمة في اختيار مكان التحكيم، بما في ذلك: '1' ملاءمة المكان للأطراف والمحكمين، بما في ذلك السفر إليه؛ '2' توافر خدمات الدعم وتكلفتها؛ '3' مكان الشيء موضوع المنازعة وقرب الأدلة؛ '4' أي قيود على التأهيل فيما يتعلق بالتمثيل بالمحامين⁽¹¹⁴⁾.

(ب) مسائل معلقة أخرى

31- لعل الفريق العامل يود أن يتفق على ما إذا كانت هناك حاجة إلى هذا الاستثناء، حيث أعرب عن آراء مختلفة بشأن هذه المسألة في دورته الثانية والستين كررت المواقف التي أعرب عنها من قبل في دوراته السابقة. وتتعلق المسائل المثارة بما يلي: '1' اليقين بشأن مصير اختيار الأطراف للتحكيم كآلية لتسوية منازعاتها عندما يصبح أحدها معسراً؛ '2' آثار ذلك الاختيار على الأطراف الأخرى ذات المصلحة في إجراءات الإعسار التي لم تشارك في هذا الاختيار عندما وقع؛ '3' التوقعات المشروعة بأن إجراءات الإعسار ستتدخل في ذلك الخيار، بسبب طبيعة تلك الإجراءات والحاجة إلى ضمان المساواة في معاملة الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة في إجراءات الإعسار، وأنه بمقتضى الإطار الدولي للإعسار عبر الحدود الذي تروج له الأونسيترال بهدف ضمان الإدارة المنظمة لإجراءات الإعسار تحت سيطرة إجراء واحد، ينبغي توقع أن يتدخل على هذا النحو قانون دولة محكمة الإعسار، التي بها مركز المصالح الرئيسية، على الأرجح؛ '4' قد لا يكون

(110) توضح أحكام قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (قانون التحكيم الدولي) (المادة 20) والمذكرة الإيضاحية له ("المذكرة الإيضاحية") (الفقرة 14) وملحوظات الأونسيترال عن تنظيم إجراءات التحكيم (2016) ("الملحوظات") (الفقرة 31) أن مكان التحكيم ليس بالضرورة المكان الذي تعقد فيه جلسات الاستماع أو الاجتماعات التي يمكن عقدها في مكان مختلف عن مكان التحكيم أو عن بعد، لكن هذه النصوص تسلم أيضاً بأن عقد جميع جلسات الاستماع خارج مكان التحكيم قد يخلق صعوبات في مرحلة المراجعة القضائية أو إلغاء قرار التحكيم أو تنفيذه.

(111) تحتوي قواعد التحكيم في بعض المؤسسات على قاعدة تكميلية تحدد مكان التحكيم لتطبيق عندما لا يختار الطرفان مكاناً معيناً.

(112) انظر الفقرة 14 من المذكرة الإيضاحية والفقرة 28 من الملحوظات.

(113) انظر المواد 11 و13 و14 و16 و27 و34 من قانون التحكيم الدولي والفقرة 14 من المذكرة الإيضاحية.

(114) انظر الفقرتين 29 و30 من الملحوظات.

للقواعد المعمول بها في مكان التحكيم بشأن آثار إجراءات الإعسار على إجراءات التحكيم الجارية صلة كبيرة بالأطراف أو معاملاتهم لأن مكان التحكيم كثيرا ما يختار لأسباب تتعلق بالملاءمة واليسر ووجود إطار تحكيم موات (انظر الفقرة 30 أعلاه)⁽¹¹⁵⁾.

32- وعلاوة على ذلك، لعل الفريق العامل يود أن يتفق على نطاق الاستثناء إذا أُريد إدراجه. وأشار في الفريق العامل إلى تسيير التحكيم كمثال على المسائل التي سيشملها الاستثناء. وفي حين أن القانون الذي يحكم وقف إجراءات التحكيم الجارية عند بدء إجراءات الإعسار كان حتى الآن محور مناقشة الاستثناء، فقد أعرب عن آراء مفادها أن مسائل أخرى، مثل القانون الذي سيحكم آثار إجراءات الإعسار على قدرة المدين على التحكيم، لا ينبغي إغفالها.

33- وإضافة إلى ذلك، أُعيد التأكيد، في الدورة الثانية والستين للفريق العامل، على أنه ينبغي النظر في القانون الذي سيحكم آثار إجراءات الإعسار على إجراءات التحكيم الجارية إلى جانب القانون الذي سيحكم آثار إجراءات الإعسار على الدعاوى القضائية الجارية، وأن تحديد قانونين مختلفين بحكم آثار إجراءات الإعسار على الدعاوى القضائية الجارية وإجراءات التحكيم الجارية لن يكون له ما يبرره⁽¹¹⁶⁾. وجرى التشكيك في ضرورة أن يحكم قانون مكان الدعوى القضائية الجارية آثار إجراءات الإعسار على تلك الدعوى، مثل وقف الإجراءات. وفي هذا السياق، أُشير إلى أن مسألة وقف الإجراءات قد أُدرجت بالفعل في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، وأن البنود الأخرى ذات الصلة في تلك القائمة هي: (ح) معاملة العقود؛ (ك) حقوق المدين والتزاماته؛ (ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه؛ (م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين؛ (ن) معاملة المطالبات؛ (ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار⁽¹¹⁷⁾.

34- ولعل الفريق العامل يود أن ينظر في المسائل المتعلقة بالمتصلة بالاستثناء. وسوف يُصاغ (من جديد) مشروع الحكم التشريعي والشرح المصاحب له وفقا لذلك. ويمكن أن يشير الشرح إلى ما يلي: '1' ليست كل الدول تتوخى وقف إجراءات التحكيم الجارية، فمنها من تتوخى وقف إنفاذ قرارات التحكيم؛ '2' قد تنشأ صعوبات عملية من إنفاذ وقف إجراءات التحكيم الجارية بسبب الاستقلالية النسبية لإجراءات التحكيم الأجنبية عن النظام القانوني للدولة التي تجري فيها الإجراءات؛ '3' في بعض الدول، تكون قرارات التحكيم الناشئة عن إجراءات التحكيم التي استمرت في تحد لأمر بالوقف أو القواعد الأخرى التي يفرضها قانون دولة محكمة الإعسار (مثل تحية المدين عن تشغيل المنشأة مع عدم أهليته لتمثيل حوزة الإعسار في إجراءات التحكيم) باطلة، بينما يجوز الاعتراف بها وإنفاذها في دول أخرى⁽¹¹⁸⁾؛ '4' توجد أسباب محدودة في معظم الدول لإلغاء أو رفض الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبي أو إنفاذه؛ '5' قد لا تنشأ الحاجة إلى الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه، على سبيل المثال عندما ينفذ قرار التحكيم طوعا، مما يزيد من مخاطر تنفيذ قرار التحكيم لصالح الشخص الخطأ (مثل المدين المنحى)، الأمر الذي يستلزم اتخاذ إجراء لاحق للتعقب والاسترداد، مما يحبط الأهداف الرامية إلى توفير إجراءات فعالة وكفؤة للإعسار⁽¹¹⁹⁾.

(115) انظر أيضا الفقرة 50 من المذكرة الإيضاحية.

(116) انظر المادة 18 من لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة التي تغطي كلا الأمرين.

(117) A/CN.9/1133، الفقرات 47-53.

(118) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 180.

(119) انظر المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك والمادتين 34 و36 من قانون التحكيم الدولي.

الفصل الثالث - القانون المنطبق في إجراءات الاعتراف والإنفاذ عبر الحدود

35- وافق الفريق العامل، في دورته التاسعة والخمسين، على النهج المقترح للمشروع في الفقرة 2 من الوثيقة [A/CN.9/WG.V/WP.176](#)، وخصوصا التركيز أولا على قانون دولة محكمة الإعسار والاستثناءات منه في سياق سيناريو بسيط - إجراء إعسار يتعلق بمدين واحد - وتناول أي مسائل أخرى تتعلق بالقانون المنطبق في إجراءات الإعسار (مثل المسائل الناشئة من الاعتراف بالإجراءات الأجنبية وإنفاذها عبر الحدود وتنسيق إجراءات الإعسار المتزامنة فيما يتعلق بنفس المدين أو أعضاء مختلفين ينتمون إلى نفس مجموعة المنشآت) في مراحل لاحقة⁽¹²⁰⁾.

36- ولضمان إجراء مناقشة متسقة وشاملة، رُئي في الدورة الستين للفريق العامل أن الوقت قد حان لطرح مسائل الإعسار عبر الحدود للمناقشة⁽¹²¹⁾.

37- وفيما يتعلق بالاعتراف عبر الحدود بآثار قانون دولة محكمة الإعسار، رُئي في الدورة الحادية والستين للفريق العامل أنه سيكون من غير المناسب فرض آثار قانون دولة محكمة الإعسار، بما في ذلك الآثار المتعلقة بوقف الإجراءات، خارج الإقليم المعني على الصعيد العالمي. وقدم اقتراح بإدراج استثناء من قاعدة قانون دولة محكمة الإعسار يحيل الأمر إلى قانون الدولة المعترفة فيما يتعلق بالانتصاف الذي يمنح للإجراءات الأجنبية. وردا على ذلك، أُشير إلى أن عدة أحكام في قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار تعطي صدارة لقانون دولة محكمة الإعسار في الإجراء الرئيسي مقابل الإجراءات غير الرئيسية. واقتراح أن يهدف المشروع الحالي إلى توضيح ذلك الإطار واستكمال وتوسيع نطاقه، بدلا من الحيد عنه، وذلك مثلا بمنح المحكمة المعترفة سلطة تقديرية لإحالة الأمر إلى قانون دولة محكمة الإعسار في الإجراء الرئيسي كما فعلت بعض المحاكم بالفعل. وأشير إلى أن لائحة الإعسار الأوروبية المنقحة تتوخى أثارا عابرة للحدود الوطنية لقانون دولة محكمة الإعسار في الإجراء الرئيسي، باستثناء بعض المسائل. وأشير إلى رأي مفاده أن قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار تحاول تحقيق نتائج مماثلة ولكن بطريقة مختلفة، ورُئي في ضوء هذا الرأي أن من الضروري إيجاد حل يستوعب مختلف نظم الاعتراف⁽¹²²⁾.

38- واستمع الفريق العامل في دورته الثانية والستين إلى مقترحات تدعو إلى تنقيح مشروع النص المتعلق بالقانون المنطبق في إجراءات الإعسار الوارد في الوثيقة [A/CN.9/WG.V/WP.187](#) لضمان أن يتناول بشكل شامل مسألة القانون المنطبق أيضا في سياق الاعتراف عبر الحدود بمقتضى قوانين الأونسيترال النموذجية للإعسار⁽¹²³⁾. وأشير إلى الحاجة إلى إدخال تعديلات تبعا لذلك في مشروع النص بأكمله. واقتراح على وجه التحديد النظر في الحاجة إلى إضافة استثناء بشأن النظام العام في سياق الاعتراف عبر الحدود وإدراج إشارة إلى المبادئ الأساسية للعدالة الإجرائية على غرار قانون الاعتراف والإنفاذ⁽¹²⁴⁾.

39- ولعل الفريق العامل يود أن يتفق على كيفية صياغة الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها وأن يقدم إلى الأمانة إرشادات في هذا الشأن. فعلى سبيل المثال، هل ينبغي أن تنص على الاعتراف بالآثار العابرة للحدود الوطنية لقانون دولة محكمة الإعسار الطالبة، وخصوصا فيما يتعلق بنطاق الوقف والتعليق أو تعديلها أو إنهاؤها (مثلا بموجب المادة 20 (2) من قانون الإعسار عبر الحدود)، وسبل الانتصاف الأخرى والإبطال

(120) [A/CN.9/1088](#)، الفقرة 56.

(121) [A/CN.9/1094](#)، الفقرة 99.

(122) [A/CN.9/1126](#)، الفقرات 69-71.

(123) [A/CN.9/1133](#)، الفقرة 27.

(124) المرجع نفسه، الفقرة 29 (ي).

وواجبات ممثل الإعسار ومهامه، أم ينبغي لها أن تأذن للمحكمة المتلقية بالاعتراف بالآثار العابرة للحدود الوطنية لقانون دولة محكمة الإعسار الطالبة على تلك المسائل على أساس كل حالة على حدة في ظل ظروف معينة (مثلا بموجب المادتين 19 و 21 من قانون الإعسار عبر الحدود) أو تنص على كلا الأمرين؟ وهل ينبغي توخي تدابير مماثلة في سياقات أخرى (مثلا بموجب المادتين 7 و 27 من قانون الإعسار عبر الحدود)؟ وإضافة إلى الاستثناء المتعلق بالنظام العام الذي اقترح في دورة الفريق العامل الثانية والمستين (انظر الفقرة السابقة)، ما هي الضمانات الأخرى التي ستطبق (مثل توفير الحماية الكافية للدائنين)؟

40- ولعل الفريق العامل يود أن يناقش بشيء من التفصيل النهج المختلفة الممكنة والشروط والضمانات المصاحبة لها، ومنها على سبيل المثال، ما إذا كان هذا الاعتراف سيقصر توحيه على الإجراءات الأجنبية الرئيسية⁽¹²⁵⁾ أو سيمتد أيضا، حسب الاقتضاء وربما بموجب شروط إضافية، إلى إجراءات أخرى (أي الإجراءات الأجنبية غير الرئيسية أو الإجراءات المحلية المتعلقة بالموجودات)⁽¹²⁶⁾. ولعل الفريق العامل يود أيضا، في ضوء مناقشاته خلال دورته الثانية والمستين⁽¹²⁷⁾ أن يناقش أيضا ما إذا كانت هناك حاجة على وجه الخصوص إلى ضمانات إضافية للدائنين المضمونين، وإذا كان الأمر كذلك، ما إذا كان من الممكن إدراج شرط يلزم المحكمة المتلقية بالتأكد من أن قانون دولة محكمة الإعسار: (أ) يعترف بأن المصلحة الضمانية النافذة والبالغة للإنفاذ بمقتضى قانون غير قانون الإعسار نافذة وقابلة للإنفاذ في إجراءات الإعسار أيضا؛ (ب) لا يطبق سوى وقف قصير الأجل على الدائنين المضمونين في إجراءات التصفية؛ (ج) يخول الدائن المضمون، بناء على طلب يقدم إلى المحكمة، الحق في حماية قيمة الموجودات التي له فيها مصلحة ضمانية (يمكن أن تشمل تدابير الحماية المناسبة تقديم مدفوعات نقدية من حوزة الإعسار وتوفير مصالح ضمانية إضافية)؛ (د) يتوخى الإعفاء من الوقف بناء على طلب مقدم من دائن مضمون إلى المحكمة لأسباب مثل أن الموجودات المرهونة ليست ضرورية لإعادة تنظيم منشأة المدين أو بيعها في المستقبل، أو أن قيمة الموجودات المرهونة آخذة في التناقص نتيجة لبدء إجراءات الإعسار وأن الدائن المضمون غير محمي من ذلك التناقص في القيمة، أو عدم الموافقة على خطة إعادة التنظيم في غضون أي حدود زمنية واجبة التطبيق⁽¹²⁸⁾.

41- ويمكن اعتبار التعهدات من النوع المتوخى في قانون إعسار مجموعات المنشآت، التي نوقشت فيما يتعلق بعدة بنود مدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار أعلاه، مهمة في هذا الشأن أيضا. فبموجب قانون إعسار مجموعات المنشآت، تعامل المطالبات المتأثرة وفقا للمعاملة التي ستلقاها في إجراء مواز غير مستهل في حال تقديم تعهد من هذا القبيل والموافقة عليه من جانب المحكمة الطالبة. وإعطاء تعهد من هذا القبيل، مثلا بشأن معاملة مطالبات الدائنين الأجانب وترتيب أولويتها في إجراءات الإعسار الداخلية، قد يعطي تأكيدات للدولة المتلقية بأن دائنيها المحليين سيحصلون على نفس المعاملة التي سيحصلون عليها في الإجراءات المحلية أو معاملة مماثلة لها، مما يخفف من الصعوبات المحتملة في الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار الطالبة وإنفاذها، ويتجنب استهلال إجراءات موازية في الدولة المتلقية لغرض حماية المصالح المحلية.

(125) انظر، في هذا السياق، النهج المتبع في بروتوكول الطائرت، المذكور في الفقرة 7 أعلاه والفقرة 13 من مشروع شرح البند (د) المتعلق بقانون دولة محكمة الإعسار.

(126) على سبيل المثال، لا يعطي قانون الاعتراف والإنفاذ صدارة للإجراءات الأجنبية الرئيسية والأحكام القضائية الناشئة عن تلك الإجراءات. فالمادة 14 (هـ) من قانون الاعتراف والإنفاذ تتوخى مثلا 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 بموجب قانون الاعتراف والإنفاذ. وقد تكون هناك أيضا حالات لا يجوز فيها أبدا استهلال إجراءات رئيسية أجنبية. انظر مثلا على هذه الحالة في القضية 2064 ضمن مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال (كلاوت).

(127) A/CN.9/1133، الفقرات 37-41.

(128) انظر التوصيات 4 و 49-51 و 317 و 318 من الدليل.

42- ويمكن للدولة المعترفة، من خلال اعترافها بالآثار العابرة للحدود الوطنية لقانون دولة محكمة الإعسار، أن تعترف بانطباق قانون غير قانون الدولة الطالبة، حسبما يمكن أن تطبقه المحكمة الطالبة. وكما هو متوخى في الأحكام المقترحة حديثاً للفصل الثاني من مشروع النص، يمكن أن يكون ذلك القانون الآخر هو قانون موقع المال، أو قانون الدولة التي يحتفظ بالسجل تحت سلطتها، أو أي قانون آخر له صلة أكبر بالمسألة المطروحة من قانون الدولة الطالبة. وقد يتبين أن ذلك القانون الآخر هو قانون الدولة المتلقية.

الفصل الرابع - القانون المنطبق في الإجراءات المترتبة المتعلقة بنفس المدين أو بمدينين مختلفين ينتمون إلى نفس مجموعة المنشآت

43- لم يناقش الفريق العامل بعد النهج اللازمة لتحديد القانون المنطبق في الإجراءات المترتبة المتعلقة بمدين واحد أو بأعضاء في مجموعة منشآت أو لتنسيق تطبيق عدة قوانين منطبقة في تلك الإجراءات المترتبة. ولعله يود أن يأخذ في الاعتبار عند القيام بذلك الآراء التي أعرب عنها في دوراته السابقة، ومنها ما يلي: (أ) أنه لا ينبغي للمشروع أن يتناول هذه المسائل في سياق إعسار مجموعة المنشآت⁽¹²⁹⁾؛ (ب) أنه لا ينبغي إنشاء تسلسل هرمي صارم بين الإجراءات المترتبة حتى لا يعوق قدرة المحاكم وممثلي الإعسار على التعاون عن طريق ممارسة سلطتهم التقديرية بمقتضى الأحكام ذات الصلة بشأن التعاون والتنسيق ولأسباب أخرى (مثل عدم جواز استهلال إجراء أجنبي رئيسي)⁽¹³⁰⁾؛ (ج) أن قانون الإعسار عبر الحدود يعطي، في أحكامه المتعلقة بالانتصاف⁽¹³¹⁾ وآثار الاعتراف⁽¹³²⁾ والنطاق المحدود للإجراءات المحلية بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي⁽¹³³⁾، صدارة معينة للإجراءات الأجنبية الرئيسية⁽¹³⁴⁾؛ (د) أن قانون إعسار مجموعات المنشآت يتوخى، في سياق إعسار مجموعات المنشآت، مراعاة إجراءات التخطيط، رهنا باستثناءات وضمانات معينة، مثل تقديم تعهد بشأن معاملة المطالبات الأجنبية⁽¹³⁵⁾. ومن بين المسائل الأخرى، التي حددت للمناقشة، معاملة الأحكام القضائية غير المتسقة الناشئة عن الإجراءات المترتبة والمسائل المتعلقة باختلاط الموجودات والسيطرة في سياق مجموعة المنشآت. ورئي أيضاً أن المادتين 29 و30 من قانون الإعسار عبر الحدود تثيران مسائل ذات صلة بتحديد القانون المنطبق في الإجراءات المترتبة أو بالتنسيق في تطبيق عدة قوانين منطبقة في تلك الإجراءات.

(129) A/CN.9/1133، الفقرة 28.

(130) A/CN.9/1126، الفقرة 56.

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

(132) المادة 20 من قانون الإعسار عبر الحدود.

(133) المادة 28 من قانون الإعسار عبر الحدود.

(134) انظر، على سبيل المثال، الفقرات 1 و21 و31 و44 و132 و133 و144 و175 و193 و202 من دليل الاشتراع والتفسير.

(135) A/CN.9/1094، الفقرة 97.