

Distr.: Limited
12 September 2024
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار)
الدورة الخامسة والستون
فيينا، 16-20 كانون الأول/ديسمبر 2024

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار

مذكرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة

2	أولاً- مقدمة.....
2	ثانياً- مشاريع الأحكام التشريعية والشرح المصاحب لها.....
2	الفصل الأول- أحكام عامة.....
2	ألف- الغرض والأهداف.....
4	باء- نطاق انطباق الأحكام التشريعية.....
8	جيم- التعاريف.....
11	دال- أولوية الالتزامات الدولية.....
11	هاء- التفسير.....
11	الفصل الثاني- القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وآثارها.....
12	ألف- القانون الرئيسي: قانون دولة محكمة الإعسار.....
29	باء- الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار.....
29	1- عقود وعلاقات العمل.....
	2- نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية، والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، ومرافق التداول
31	المتعدد الأطراف الأخرى.....
	3- المعايضة الإقفالية [بموجب العقود المالية المؤهلة] خارج نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية،
35	أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى.....
38	جيم- الاستثناء المرتكز إلى النظام العام.....
39	الفصل الثالث- الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار والقوانين الأخرى التي تطبقها المحكمة الأجنبية.....



أولاً - مقدمة

1- يوفر جدول الأعمال المؤقت لدورة الفريق العامل الخامسة والستين (A/CN.9/WG.V/WP.195) معلومات أساسية عن المشروع المتعلق بالقانون المنطبق في إجراءات الإعسار الذي أحالته اللجنة إلى الفريق العامل في دورتها الرابعة والخمسين، في عام 2021⁽¹⁾. وهو يشير إلى أن الفريق العامل نظر، في دورته الرابعة والستين (نيويورك، 13-17 أيار/مايو 2024)، في مشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها الواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.194، واتفق على تنقيح بعض أجزاء ذلك النص وعلى ضرورة مواصلة النظر في أجزاء أخرى من النص.

2- وتورد الأمانة صيغة منقحة من مشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها في الفصل الثاني من هذه المذكرة. وتشير الحواشي الواردة بخط سميك والملحقة بمشاريع الأحكام التشريعية والشروح المصاحبة لها إلى مصادر أحدث التنقيحات والمسائل التي لم يبت فيها بعد. ومن المقرر الإبقاء على الحواشي الأخرى المصاحبة لهذه المواد في النص النهائي، حسبما وحينما يقتضي الأمر، تبعاً لشكله النهائي.

3- وفي دورة الفريق العامل الثالثة والستين، أشير إلى أن الفريق العامل لم يتفق بعد على الشكل النهائي للنص المتعلق بهذا الموضوع⁽²⁾. وأشير أيضاً إلى أن الفريق العامل كان قد اتفق، في دورة سابقة، على مباشرة عمله بالاستناد إلى افتراض عملي مؤداه أن النص سيأخذ شكل قانون نموذجي⁽³⁾. وتواصل الأمانة مؤقّتا الإشارة في هذه المذكرة إلى "الأحكام التشريعية"، على أن يكون مفهوماً أنه سيستعاض عنها في الوقت المناسب بإشارات مناسبة للشكل الذي يُتفق عليه للصك. وسيلزم إجراء تنقيحات أخرى في النص بكامله تبعاً لشكله النهائي وأوجه ارتباطه بنصوص الأونسيترال الأخرى في مجال قانون الإعسار. ولعل الفريق العامل يود أن يبت في هذه المسائل في دورته الخامسة والستين.

ثانياً - مشاريع الأحكام التشريعية والشرح المصاحب لها

الفصل الأول - أحكام عامة

ألف - الغرض والأهداف

1- مشروع حكم تشريعي

الديباجة

الغرض من هذه الأحكام التشريعية هو توفير قواعد إرشادية واضحة لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقالتها وأثارها، في إجراءات منها الاعتراف ومنح التدابير الانتصافية وتلك المتعلقة بمجموعات المنشآت، بغية تحقيق الأهداف الرئيسية وهي إجراءات إعسار تتسم بالفعالية والكفاءة، بما يشمل اليقين القانوني وإمكانية التنبؤ.

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

(2) المرجع نفسه، الفقرة 41.

(3) A/CN.9/1126، الفقرة 80.

1- تتضمن الأحكام التشريعية قواعد إرشادية بسيطة وواضحة يمكن للدول إدراجها في قانونها الداخلي لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإفقالها وآثارها، داخليا وعبر الحدود على السواء (مثلا في إجراءات الاعتراف ومنح التدابير الانتصافية)، فيما يتعلق بمدين واحد⁽⁴⁾ أو عدة مدنيين أعضاء في مجموعة منشآت⁽⁵⁾. وقد لا يتطرق القانون إلى تلك المسائل في بعض الدول في حين أنه قد يعالجها جزئيا فقط في بعض الدول الأخرى، والنتيجة هي أنه يُترك للمحاكم تحديد القانون الذي يحكم تلك المسائل لكل حالة على حدة.

2- وتقبل الدول، التي تعالج المسائل التي تشملها مشاريع الأحكام، عموما أن يكون قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) هو القانون الذي يحكم الجوانب الإجرائية لإجراءات الإعسار، مثل بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإفقالها. بيد أنها تطبق استثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات معينة (مثل الحقوق العينية) وإجراءات (مثل إجراءات التحكيم الجارية)، وتستخدم عوامل ربط مختلفة لتحديد قوانين بديلة.

3- كما أن القانون والممارسة في مجال إنفاذ قانون دولة محكمة الإعسار عبر الحدود ليسا موحدين أيضا. وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود لعام 1997⁽⁶⁾، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها لعام 2018⁽⁷⁾، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت لعام 2019⁽⁸⁾، تتناول هذه المسائل جزئيا فقط وليس بصورة صريحة.

4- والهدف الرئيسي للأحكام التشريعية هذه هو سد هذه الفجوات عن طريق: (أ) إرساء قاعدة عامة مفادها أن قانون دولة محكمة الإعسار يحكم جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإفقالها وآثارها، مع بعض الاستثناءات؛ (ب) شرح معنى ذلك القانون ونطاقه؛ (ج) النص على عدد محدود من الاستثناءات من تلك القاعدة؛ (د) تحديد نطاق كل استثناء ومتى ينطبق؛ (هـ) توكي إمكانية منح تدبير انتصافي في إجراء أجنبي في شكل اعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار والقوانين الأخرى التي تطبقها المحكمة الأجنبية في ذلك الإجراء؛ (و) تعزيز التدابير الرامية إلى التقليل إلى أدنى حد من بدء الإجراءات المتزامنة، والعمل، في حال بدئها، على تنسيق التدبير الانتصافي الممنوح بشأنها بموجب هذه الأحكام التشريعية.

5- ومن ثم، فإن الأحكام التشريعية تكمل نصوص الأونسيترال الأخرى في مجال قانون الإعسار وترفعها وتتوسع فيها من حيث تعزيز اليقين وإمكانية التنبؤ لدى الأطراف المتأثرة بإجراءات الإعسار وزيادة كفاءة تلك الإجراءات وفعاليتها. وهي بذلك توازن أيضا بين الاعتبارات المتنافسة، مثل مزايا تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار على جميع المسائل الناشئة في إجراءات الإعسار من جهة، ومن جهة أخرى الحاجة إلى حماية علاقات وتوقعات معينة من التدخل غير المتوقع وغير المبرر لقانون دولة محكمة الإعسار.

(4) "المدين": هو شخص بدأت بشأنه إجراءات إعسار أو شرع في بدئها (شرح المصطلح مستمد من مسرد المصطلحات الوارد في الجزء الخامس من دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار ("الدليل")، المصطلح (ز)).

(5) "مجموعة المنشآت": هي منشأتان أو أكثر ترتبطان معا برباط السيطرة أو بحصة كبيرة من الملكية. "المنشأة": هي أي كيان، بصرف النظر عن شكله القانوني، يمارس أنشطة اقتصادية ويمكن أن يخضع لقانون الإعسار. انظر الدليل، الجزء الثالث، المصطلحان (أ) و(ب) من مسرد المصطلحات؛ والمادة 2 (أ) و(ب) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت.

(6) منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2014. على الرابط https://uncitral.un.org/ar/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.

(7) منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2019. على الرابط <https://uncitral.un.org/ar/texts/insolvency/modellaw/mlj>.

(8) منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2020. على الرابط <https://uncitral.un.org/ar/mlegi>.

6- ولا تتناول الأحكام التشريعية قواعد تحديد القانون المنطبق على صحة وِنفاذ الحقوق أو المطالبات القائمة قبل بدء إجراءات الإعسار. ولا يزال يتعين تحديد ذلك القانون من خلال قواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة عموماً (تنازع القوانين) (فيما يلي "قواعد القانون الدولي الخاص") في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار. والأحكام التشريعية لا تستبعد تلك القواعد.

باء - نطاق انطباق الأحكام التشريعية

1- مشروع حكم تشريعي

نطاق الانطباق

- 1- تنص الأحكام التشريعية على [إرشادات] [قواعد]⁽⁹⁾ لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإفقالها وآثارها، في إجراءات منها إجراءات الاعتراف ومنح التدابير الانتصافية وتلك المتعلقة بمجموعات المنشآت.
- 2- لا تستبعد الأحكام التشريعية القواعد العامة للقانون الدولي الخاص للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، والتي تحدد القانون المنطبق على صحة وِنفاذ الحقوق والمطالبات القائمة قبل بدء إجراءات الإعسار.
- 3- لا تنطبق الأحكام التشريعية على [يحدّد أي استبعاد من نطاق انطباق هذه الأحكام التشريعية، مثل إجراءات الإعسار المتعلقة بالكيانات المالية وغيرها من الكيانات الخاضعة لنظام إعسار خاص]].

2- مشروع الشرح

مسائل عامة

- 1- يرتبط نطاق انطباق الأحكام التشريعية بمفهوم "إجراءات الإعسار"⁽¹⁰⁾ و"بدء إجراءات الإعسار"⁽¹¹⁾. وتتضمن نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار قائمة تراكمية بالمتطلبات التي يتعين أن يستوفيها الإجراء لكي يعتبر "إجراء إعسار"، وهي: (أ) أن يكون إجراء (قضائياً أو إدارياً) جماعياً⁽¹²⁾؛ (ب) يُتخذ عملاً بقانون يتصل بالإعسار (يشمل قانون الشركات)⁽¹³⁾؛ (ج) تحت مراقبة أو إشراف محكمة (بما يشمل المدين المتملك)⁽¹⁴⁾؛

(9) A/CN.9/1169، الفقرة 85.

(10) انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلحين (ق) و(ش)، اللذين يتعين قراءتهما معاً وكذلك بالاقتران مع التوضيح الوارد في الجزء الأول من الدليل، الفقرة 2؛ ودليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها (دليل الاشتراع)، الفقرات 22 و48 و49؛ ودليل اشتراع وتفسير قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (دليل الاشتراع والتفسير)، الفقرات 51-48 و80-65.

(11) التوصيات 14-29 و309-292 من الدليل. "بدء الإجراءات [إعسار]": هو التاريخ الذي يبدأ فيه سريان مفعول إجراءات الإعسار سواء أكان قد حُدد بموجب قانون أم قرار قضائي (مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ح)).

(12) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 69-72.

(13) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 73.

(14) التوصيتان 112 و113 من الدليل، ودليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 71 و76-74 و86.

(د) فيما يتعلق بمدى (شخص طبيعي أو اعتباري) يعاني من ضائقة مالية شديدة أو معسر⁽¹⁵⁾؛ (هـ) بهدف تصفية ذلك الكيان المدين أو إعادة تنظيمه ككيان تجاري⁽¹⁶⁾.

2- تشمل "إجراءات الإعسار" ما يلي: (أ) "التصفية" المعرفة بأنها إجراءات لبيع الموجودات أو التصرف فيها من أجل التوزيع على الدائنين وفقا لقانون الإعسار⁽¹⁷⁾؛ (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⁽¹⁸⁾؛ (ج) "إجراءات إعادة التنظيم المعجلة" التي تجمع بين مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وقبول خطة تنص على إجراءات معجلة تُسَيَّر بمقتضى قانون الإعسار لكي تقرها المحكمة⁽¹⁹⁾؛ (د) إجراءات الإعسار المبسطة⁽²⁰⁾؛ (هـ) الإجراءات المؤقتة وعمليات إعادة الهيكلة وإجراء بيع المنشأة الذي أُعد خلال المرحلة الودية ووافقت عليه المحكمة فيما بعد خلال مرحلة إعادة التنظيم أو التصفية وأي إجراء آخر يمكن أن تتأكد المحكمة في كل حالة على حدة من أنه يستوفي القائمة التراكمية للمتطلبات المبينة أعلاه⁽²¹⁾.

3- وأي إجراءات أخرى لا تفي بالمتطلبات المبينة أعلاه تقع خارج نطاق انطباق الأحكام التشريعية. فهي، على 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⁽²²⁾. وتُستبعد أيضا الإجراءات القضائية أو الإدارية المتخذة بشأن كيان موسر لا يسعى إلى إعادة هيكلة شؤونه المالية بل إلى إلغاء صفته القانونية⁽²³⁾. وتخرج أيضا من نطاق الأحكام التشريعية تدابير أو ترتيبات التسوية المالية المتخذة بين المدين وبعض دائنيه على أساس تعاقدى بحث فيما يتعلق ببعض الديون عندما لا تقضي المفاوضات إلى بدء إجراء إعسار بموجب قانون الإعسار⁽²⁴⁾. وبالإضافة إلى ذلك، تُستبعد أيضا الإجراءات المعدة لغرض واحد هو منع تبيد الموجودات وإهدارها، بدلا من تصفية حوزة الإعسار أو إعادة تنظيمها، وكذلك الإجراءات المعدة لمنع إلحاق الضرر بالمستثمرين وليس بجميع الدائنين⁽²⁵⁾.

(15) دليل الاشتراع 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 للمدنيين المؤهلين، في إجراءات الإعسار المبسطة، بتقديم طلب لبدء إجراءات إعسار مبسطة في مرحلة مبكرة من الضائقة المالية دون الحاجة إلى إثبات الإعسار (التوصية 294). وفي حال تقدم الدائن (الدائنون) بطلب لبدء إجراءات الإعسار، تكون معايير البدء كما يلي: أن يكون المدين عاجزا عموما عن سداد ديونه لدى استحقاقها أو أن تتجاوز التزاماته المالية قيمة موجوداته.

(16) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرتان 77 و78.

(17) مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ث).

(18) مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ك).

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

(20) الدليل، الجزء الخامس.

(21) فيما يتعلق بالإجراءات المؤقتة، انظر دليل الاشتراع 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.

(22) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 69.

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

(24) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 78.

(25) دليل الاشتراع والتفسير، الفقرة 77.

الفقرة 1

4- ترسي الأحكام التشريعية قواعد لتحديد القانون الذي يحكم: (أ) جوانب الولاية القضائية والأهلية والجوانب الإجرائية المتعلقة بإجراءات الإعسار؛ (ب) آثار إجراءات الإعسار على الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات (أي كيفية معاملة كل حق ومطالبة من هذه الحقوق والمطالبات في إجراءات الإعسار)؛ (ج) الحقوق والمطالبات والدعاوى والمنازعات اللاحقة لبدء الإجراءات.

5- ومن الأمثلة على المسائل المشمولة بالبند (أ) بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها، ومنها على سبيل المثال: معايير بدء الإجراءات المنطبقة؛ متطلبات وإجراءات الإشعار ببدء إجراءات الإعسار ومحتوى الإشعارات؛ أسس وإجراءات رفض الطلب أو رفض الإجراءات والعواقب المترتبة على ذلك؛ نوع الإجراء الذي يجب أن يبدأ؛ تحويل الإجراءات؛ متطلبات وآليات الإشراف والموافقة؛ إجراءات تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها؛ إجراءات تسييل الموجودات وتوزيع العائدات؛ إجراءات إقفال إجراءات الإعسار.

6- ومن أمثلة المسائل التي تشملها الفقرة (ب) ما يلي: الوضع النسبي للمطالبات إزاء بعضها البعض (أي الترتيب والأولويات)؛ الإبطال؛ القيود والتعديلات التي يمكن أن تخضع لها الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات من أجل تحقيق الأهداف الجماعية لإجراءات الإعسار (مثل وقف الإجراءات⁽²⁶⁾ 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⁽²⁷⁾؛ الطعون في جدول التصفية أو خطة إعادة التنظيم أو إبراء الذمة من الديون؛ تحديد النفقات والمطالبات الإدارية والإذن بها.

الفقرة 2

8- وفقا لما ورد في الفقرة 2 من الحكم التشريعي، لا تستبعد الأحكام التشريعية القواعد العامة للقانون الدولي الخاص للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، والتي تحدد القانون المنطبق على صحة ونفاذ الحقوق والمطالبات القائمة قبل بدء إجراءات الإعسار. ومن أجل تحديد ذلك القانون، تطبق المحكمة التي ترأب إجراءات الإعسار أو تشرف عليها قواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة عموما في الدولة التي تتبعها تلك المحكمة، 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")⁽²⁸⁾. فعلى سبيل المثال، جرت العادة على أن يحدد 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 مثلا ما إذا كانت مصلحة ضمانية قد أنشئت في تلك الموجودات. ومع ذلك، تحدث إجراءات الإعسار آثارا في الحقوق والمطالبات السابقة لبدء الإجراءات

(26) "وقف الإجراءات": هو تدبير يمنع بدء الإجراءات القضائية أو الإدارية أو غيرها من الإجراءات الفردية المتعلقة بموجودات المدين أو حقوقه أو التزاماته أو التزاماته المالية أو يعلق مواصلة تلك الإجراءات مؤقتا، بما في ذلك الدعاوى الرامية إلى إنفاذ مصالح ضمانية على أطراف ثالثة أو إنفاذ مصلحة ضمانية؛ وهو يمنع فرض حجز على موجودات حوزة الإعسار، وإنهاء أي عقد مع المدين، وإحالة أي موجودات أو حقوق تابعة لحوزة الإعسار أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى (مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ص ص)). وهذا يشمل الحق في بدء أو مواصلة إجراء التحكيم وإنفاذ قرار التحكيم. (انظر الوثيقة A/CN.9/1169، الفقرة 69، للاطلاع على التعديل الذي أدخل في هذه الحاشية).

(27) يعرف مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل المصطلح بأنه شخصية أو هيئة، بما فيها تلك المعينة مؤقتا، يؤذن لها في إجراءات الإعسار بإدارة إعادة تنظيم حوزة الإعسار أو تصفيتها (انظر البند (ت)). وتبعا للسياق، قد يشير مصطلح "ممثل الإعسار" أيضا إلى "المهني المستقل" وهو فرد أو كيان يملك المؤهلات المناسبة، مستقل عن المدين والدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة، تعينه السلطة المختصة لأداء مهمة أو أكثر تتعلق بإجراء مبسط للإعسار، رهنا بالحصول على التصاريح المناسبة فيما يتعلق بالمتطلبات الأخلاقية والمهنية وغيرها من المتطلبات وعدم وجود تضارب في المصالح (انظر الدليل، الجزء الخامس، القسم الثاني، الفقرة 25 (د)).

(28) على الرابط https://uncitral.un.org/ar/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law

- (للاطلاع على أمثلة على تلك الآثار، انظر الفقرة 6 أعلاه)⁽²⁹⁾. وهذه الآثار يحكمها القانون المحدد وفقاً لهذه الأحكام التشريعية، مما يعني أن قواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة عموماً لا تنطبق على تلك المسائل.
- 9- والأحكام التشريعية لا تضع قواعد لتحديد أماكن الموجودات. فهذه القواعد جزء من قواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة عموماً، ويمكن العثور عليها في صكوك دولية أخرى⁽³⁰⁾.
- 10- وبالمثل، لا تضع الأحكام التشريعية قواعد بشأن الولاية القضائية. ومع أن القواعد المتعلقة بالولاية القضائية ذات صلة بالمسائل المشمولة بهذه الأحكام التشريعية، ولا سيما الجوانب العابرة للحدود، فإنها تعالج في نصوص أخرى⁽³¹⁾. فعلى سبيل المثال، يوصي الدليل بأن يحدد قانون الإعسار المدنيين الذين تربطهم بالدولة صلات تكفي لأن يخضعوا لقانون الإعسار فيها، ويوصي على وجه التحديد بأن تشمل الأسس، التي يمكن أن يخضع المدين استناداً إليها لقانون الإعسار في تلك الدولة، أن يكون مركز مصالحه الرئيسية⁽³²⁾ أو أن يكون لديه مؤسسة⁽³³⁾ في تلك الدولة⁽³⁴⁾.
- 11- وبالمثل، لا تضع الأحكام التشريعية قواعد لتوزيع الموجودات بين الإجراءات المترامنة. وقد تتناول صكوك دولية أخرى تلك الجوانب.

الفقرة 3

- 12- صيغت الأحكام التشريعية بحيث تنطبق على أي إجراء إعسار يستوفي المتطلبات الواردة في الفقرة 1 من الشرح أعلاه بصرف النظر عن القطاع الذي تنفذ فيه إجراءات الإعسار وبصرف النظر عن الكيانات التي تباشر بشأنها إجراءات الإعسار. والاستثناءات من تطبيق هذه الأحكام التشريعية غير محدبة. ومع ذلك، أُدرجت الفقرة 3 اعترافاً بأن بعض الدول قد تقرر استبعاد بعض إجراءات الإعسار من نطاق انطباق الأحكام التشريعية. ويجوز لها أن تقرر ذلك، على سبيل المثال، فيما يتعلق بالكيانات الخاضعة لنظام إعسار خاص (مثل المؤسسات المالية أو الكيانات العاملة بموجب القانون العام) التي قد تطبق قواعدها الخاصة فيما يتعلق بتحديد القانون المنطبق في إجراءات الإعسار، الذي قد يختلف عن القانون المحدد في هذه الأحكام التشريعية. وقد أُدرجت هذه الفقرة للإشارة إلى أن توكي الشفافية يقضي بأن تحدّد بوضوح في الحكم التشريعي أي استثناءات من تطبيق الأحكام التشريعية. ووضعت الفقرة بين معقوفتين للإشارة إلى أن الاستثناءات قد لا تكون ضرورية، لا سيما في ضوء الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار المتوخى في هذا النص، أو مستصوبة لأنها قد تؤدي إلى نتائج غير مقصودة وغير مرغوب فيها.

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

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

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

(32) للاطلاع على شرح للمصطلح، انظر الفقرات 144-149 من دليل الاشتراع والتفسير.

(33) تُعرّف بأنها أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وبيع أو خدمات (انظر مثلاً المادة 2 (و) من قانون الإعسار النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود).

(34) انظر التوصية 10 والشرح المصاحب لها. وتشير حاشية لتلك التوصية إلى استخدام أسس أخرى في بعض الدول، مثل وجود الموجودات، ولكن الدليل لا يوصي بها.

جيم - التعاريف

4- أرجأ الفريق العامل النظر في باب التعاريف إلى مرحلة لاحقة من المشروع، لكنه استمع إلى اقتراحات لتعديل بعض التعاريف الواردة في النسخة السابقة من هذه الورقة. وقد جُسدت هذه الاقتراحات في مشروع التعاريف أدناه. ولم تضاف الأمانة تعاريف ممكنة أخرى وشروحا لبعض التعاريف المدرجة أدناه، بانتظار اتفاق الفريق العامل بصورة نهائية على الأحكام الموضوعية، حيث سيُسترد بها لتحديد ما إذا كانت هناك حاجة إلى تعاريف وموضعها في النص ومحتوى الشرح المصاحب لها.

1- مشروع حكم تشريعي

[التعاريف]

لأغراض هذه الأحكام التشريعية:

- (أ) "قانون التحكيم" هو [قانون الدولة الذي يحكم إجراءات التحكيم] [القانون الذي تختاره الأطراف ليحكم إجراءات التحكيم] [القانون في مكان] [مقر] (35) [التحكيم] (36)؛
- (ب) "قانون دولة محكمة الإعسار" يعني قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار؛
- (ج) "قانون مقر التحكيم" يعني القانون الذي يحكم [مسائل] التحكيم في الدولة التي يقع فيها [مكان] [مقر] التحكيم (37)؛
- (د) "قانون موقع المال" قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات؛

(35) A/CN.9/1169، الفقرة 69. ولوحظ في تلك الدورة أن الأونسيترال تستخدم مصطلح "مكان التحكيم" وليس مصطلح "مقر التحكيم" بمعنى المكان القانوني للتحكيم مقارنة بالمكان الذي قد تعقد فيه جلسات التحكيم الفعلية (والذي يمكن أن يكون عبر الإنترنت أو في مكان مادي يختلف عن المكان القانوني للتحكيم أو في أماكن متعددة). ومع ذلك، فضلت بعض الوفود استخدام مصطلح "مقر التحكيم" في هذا النص لمزيد من الوضوح.

(36) المرجع نفسه، الفقرتان 64 و69. والنص الثاني الوارد بين معقوفتين هو البديل المقترح في دورة الفريق العامل الرابعة والستين، وهو نص واسع بما فيه الكفاية ليشمل قواعد مؤسسات التحكيم التي تختارها الأطراف لتحكم إجراءات التحكيم. غير أنه لا يجسد ما يلي: (1) أن الأطراف قد لا تختار قانونا يحكم إجراءات التحكيم الخاص بها؛ (2) أن الغلبة تكون لذلك الحكم عندما تتعارض أي من القواعد المؤسسية التي تختارها الأطراف مع حكم من أحكام القانون المنطبق على التحكيم لا يمكن للأطراف الخروج عنه (انظر المادة 1 (3) من قواعد الأونسيترال للتحكيم). والصيغة الواردة في أول معقوفتين أضيق نطاقا لأنها تستبعد الإشارة إلى قواعد مؤسسات التحكيم. وهي، في الوقت نفسه، أوسع نطاقا لأنها لا تشير فقط إلى قانون الدولة التي تختارها الأطراف: في حال لم تختار الأطراف القانون صراحة، يجوز أن تحدد هيئة التحكيم أو المحكمة ذات الصلة. وينبثق البديل الثالث من المشاورات الداخلية للأمانة وهدفه أن يبين أن مكان/مقر التحكيم، سواء اتفقت عليه الأطراف أو حُدد بطريقة أخرى، هو الذي يحدد القانون المنطبق على إجراءات التحكيم. ومن ثم فهو نفس التعريف الوارد في البند (ج) - قانون مقر التحكيم. وبالفعل، فإن قانون التحكيم وقانون مقر التحكيم غالبا ما يكونان متطابقين، ومن ثم قد يتطابقان مع القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، لكن بعض الخبراء يرون أنها قد تكون مختلفة. ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت هذه المسائل المتعلقة بقانون التحكيم ذات صلة بهذا المشروع وما إذا كانت هناك حاجة إلى الإبقاء على هذا التعريف في ضوء المناقشات التي جرت في دورة الفريق العامل الرابعة والستين والحل التوفيقى الواضح الذي انبثق منها (A/CN.9/1169، الفصل الخامس، القسم هاء).

(37) انظر الحاشية 35 أعلاه. وبالإضافة إلى ذلك، وكما هو الحال بالنسبة لتعريف "قانون التحكيم"، لعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كانت هناك حاجة إلى الإبقاء على هذا التعريف. وتشير المشاورات الداخلية التي أجرتها الأمانة إلى أن التعريفين الواردين في البندين (أ) و(ج) قد يعنيان نفس الشيء حسب البديل المختار في البند (أ) وفهم مصطلح قانون التحكيم (انظر الحاشية السابقة). وإذا تقرر الإبقاء على هذا التعريف، فعمل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان ينبغي الإبقاء على كلمة "مسائل" وما إذا كان المقصود من التعريف أن يشمل قوانين أخرى غير قانون التحكيم، بما في ذلك قانون الإعسار، في مقر التحكيم، وإذا كان الأمر كذلك، ما إذا كان التعريف، بصيغته الحالية، يشملها بالفعل.

(هـ) "قانون الشركات" يعني قانون الدولة الذي يحكم تكوين الكيانات التجارية وتشغيلها وحلها وشؤون حوكمتها الداخلية؛
(و) "الحقوق العينية" تعني حقوق الملكية الواجبة النفاذ إزاء الجميع.

-2 مشروع الشرح

[قانون التحكيم وقانون مقر التحكيم

[تضاف إذا كان سيتم الاحتفاظ بهذه المصطلحات في قسم التعاريف].

قانون دولة محكمة الإعسار

1- "قانون دولة محكمة الإعسار" يعني قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار. ولأغراض الأحكام التشريعية، ينبغي التوسع في تفسيره ليشمل قانون الإعسار في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار وكذلك قوانين تلك الدولة التي لها صلة بمجال الإعسار والتي قد تنطبق في إطار قانون دولة محكمة الإعسار على إجراء إعسار معين. وستُقيّم صلة القوانين غير قانون الإعسار على الإعسار لكل حالة على حدة، لكن الأمثلة المعتادة للقوانين المتعلقة بالإعسار تشمل: (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، من 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 فردي منظمي المشاريع؛ (هـ) قوانين أخرى يمكن أن تنص على معاملة موجودات معينة، مثل قطع التراث الثقافي، معاملة خاصة في حالات الإعسار؛ (و) قانون العمل الذي يمكن أن يتناول معاملة المطالبات العمالية وترتيبها في الإعسار؛ (ز) التشريعات الضريبية وتشريعات الضمان الاجتماعي التي تتناول معاملة الديون العمومية وترتيبها؛ (ح) 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 ذا صلة، على سبيل المثال في حالة تحويل الديون إلى أسهم أو بيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة).

2- وترد إشارات إلى قانون دولة محكمة الإعسار في جميع الأحكام التشريعية لأنه القانون الرئيسي، بموجب هذه الأحكام التشريعية، الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإفقالها وآثارها (انظر [تدرج إحالة مرجعية إلى الحكم ذي الصلة في مرحلة لاحقة] أدناه). وعلى النحو الموصى به في الدليل، فإن عدد الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار محدود وهي مبيّنة بوضوح في هذه الأحكام التشريعية (التوصية 34). ويمكن أن ينطبق قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً بصورة تكميلية إذا كان قانون الدولة الأخرى الذي غُلب بموجب هذه الأحكام التشريعية (مثل قانون موقع المال، قانون الشركات) لا ينطبق في حالة معينة (بحكم تطبيق استثناء مرتكز إلى النظام العام مثلاً).

قانون موقع المال

3- يعرف "قانون موقع المال" بأنه قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات. [وفيما يتعلق بالموجودات الخاضعة للتسجيل، مثل السفن أو الطائرات، ينبغي أن يُفهم قانون موقع المال بأنه يشير إلى قانون الدولة التي يُتعهد تحت سلطتها أو إشرافها بالسجل الذي سُجلت فيه الموجودات، أي الدولة التي يزاول فيها الكيان الذي

يتعهد السجل أنشطته، وإذا لم يكن الكيان الذي يتعهد السجل خاضعا للإشراف، فالدولة التي يقع فيها مقر السجل (قانون مقر السجل)⁽³⁸⁾.

4- وترد إشارات إلى "قانون موقع المال" في مختلف الأحكام التشريعية والشرح المصاحب لها في سياق استثناء [محتمل] من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن أنواع معينة من الممتلكات، مثل العقارات، والحقوق العينية، مثل الحقوق الضمانية. (للاطلاع على تعريف مصطلح "الحقوق العينية" والشرح المصاحب له، انظر المصطلح [(و)] والشرح أدناه).

قانون الشركات

5- "قانون الشركات" هو قانون الدولة الذي يحكم تكوين الكيانات التجارية وتشغيلها وحلها وشؤون حوكمتها الداخلية، مثل حقوق المؤسسين والمالكين والتزاماتهم ومسؤولياتهم والتبعات المترتبة عليهم (مثلا 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 تبعا لنوع الكيان التجاري (مثل الشراكات، أو الشركات المساهمة المغفلة أو المفتوحة). وقانون الشركات أو المؤسسات أو الشراكات أو رابطات الأعمال التجارية يتناولها في العادة.

6- ولا يوجد نهج موحد لتحديد قانون الشركات. فبعض الدول يتبع نهج مكان "التأسيس"، بينما تتبع دول أخرى نهج "المقر الحقيقي"، على أن فهم المصطلح الثاني ليس موحدًا أيضا. وفي إطار نهج "التأسيس"، ينطبق قانون الدولة التي تُنشأ أو تُؤسس فيها الشركة على جميع جوانب حوكمة تلك الشركة؛ وبموجب نهج "المقر الحقيقي"، يحكم تلك المسائل قانون البلد الذي يوجد فيه مقر الشركة "الحقيقي" (أي مركز إدارتها والتحكم فيها). ورغم التشابه والترابط مع العوامل المتصلة بتحديد مركز المصالح الرئيسية (انظر شرح البند (ر) المتعلق بقانون دولة محكمة الإعسار أدناه)⁽³⁹⁾، فهناك عوامل ربط مختلفة مستخدمة لتحديد قانون الشركات لا تتصل اتصالا مباشرا بهذه الأحكام التشريعية. ويُستخدم هذا المصطلح في الأحكام التشريعية لمجرد التعبير عن مبدأ مفاده أن انطباق قانون الشركات على شؤون الحوكمة الداخلية لأعمال المدين لن يتأثر ببدء إجراءات الإعسار باستثناء جوانب محدودة جدا تتعلق بالتزامات المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار التي تنشأ بموجب قانون الإعسار بعد بدء إجراءات الإعسار.

الحقوق العينية

7- يُستخدم مصطلح "الحقوق العينية" للإشارة إلى الحقوق القابلة للإنفاذ إزاء العالم بأسره، بدلا من "الحقوق الشخصية"، وهي حقوق قابلة للإنفاذ فقط إزاء أشخاص محددين. وترتبط الحقوق العينية ارتباطا وثيقا بمفهوم "المطالبات المضمونة"⁽⁴⁰⁾. وقد يندرج حق معين في نطاق كلا التعبيرين، تبعا لتصنيف القانون المنطبق ومصطلحاته. وقد تستخدم الدول مصطلحا أو مصطلحات أخرى للتعبير عن تلك المفاهيم.

8- وفي حين أن بعض النصوص تترك للقانون الوطني توصيف حق ما بأنه حق عيني، فإنها تتضمن قائمة إرشادية بالحقوق العينية تشير على وجه الخصوص إلى ما يلي: (أ) الحق في التصرف في الموجودات

(38) انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.190، الفقرة 6. ولم يُعرب في دورتي الفريق العامل الثالثة والستين والرابعة والستين عن أي آراء بشأن الجزء المضاف بين معقوفتين. وستعتبر الأمانة الإضافية المقترحة مقبولة في حالة عدم وجود آراء مخالفة في الفريق العامل.

(39) انظر، مثلا، دليل الاشتراع والتفسير، الفقرات 145-147.

(40) يعرّف الدليل المطالبة المضمونة بأنها مطالبة مدعومة بمصلحة ضمانية تؤخذ كغالة لدين وتكون واجبة الإنفاذ في حال تقصير المدين (انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ن)). وتعرّف "المصلحة الضمانية" بأنها حق في موجودات لضمان سداد التزام أو أكثر أو الوفاء به على نحو آخر (المرجع نفسه، المصطلح (ع)).

أو تكليف جهة بالتصرف فيها وتأمين السداد من عائدات تلك الموجودات أو الدخل المتأتي منها، وخصوصاً بموجب حق رهني أو رهن عقاري؛ (ب) الحق الحصري في استيفاء مطالبة ما، وخصوصاً الحق المضمون بحق رهني متعلق بالمطالبة المعنية أو بإحالة المطالبة عن طريق تقديم كفالة؛ (ج) الحق في المطالبة بالموجودات، أو باستردادها، من أي شخص يجوزها أو يستخدمها خلافاً لرغبات الطرف الذي له الحق في ذلك؛ (د) الحق العيني في استخدام الموجودات على نحو نافع؛ (هـ) الحق المسجل في سجل عمومي والواجب الإنفاذ إزاء أطراف ثالثة، والذي يمكن بناءً عليه للدائنين أو للأطراف الثالثة الحصول على حق عيني⁽⁴¹⁾.

دال - أولوية الالتزامات الدولية

5- في دورة الفريق العامل الثالثة والستين، لم تبد أي تعليقات فيما يتعلق بالنهج الذي اقترحه الأمانة لصوغ الحكم ذي الصلة⁽⁴²⁾. وستصوغ الأمانة الحكم وفقاً لذلك بمجرد تأكيد شكل الصك النهائي المتعلق بالموضوع والحاجة المقابلة لحكم.

هاء - التفسير

6- في دورة الفريق العامل الثالثة والستين، لم تبد أي تعليقات فيما يتعلق بالنهج الذي اقترحه الأمانة لصوغ الحكم ذي الصلة⁽⁴³⁾. وستصوغ الأمانة الحكم وفقاً لذلك بمجرد تأكيد شكل الصك النهائي المتعلق بالموضوع والحاجة المقابلة لحكم. وفي تلك المرحلة، يجوز للأمانة أيضاً أن تدرج قواعد التفسير التي تدرج عادة في نصوص الأونسيترال، وهي: لا يُقصد بحرف "أو" أن يكون حصري الدلالة؛ صيغة المفرد تشمل الجمع أيضاً؛ لا يُقصد بعبارة "تشمل" و"بما في ذلك" و"مثل" و"على سبيل المثال" أن تشير إلى قائمة كاملة الشمول؛ تدل كلمة "يجوز" على السماح، بينما تدل كلمة "ينبغي" على الإيعاز؛ الإشارات إلى "الأشخاص" ينبغي أن تُفسّر بأنها تعني كلا من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين.

الفصل الثاني - القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وآثارها

يتضمن الفصل الثاني [إرشادات] [قواعد]⁽⁴⁴⁾ لتحديد القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وآثارها. والمقصود منها أن تطبق على أي نوع من إجراءات الإعسار تتوزع فيها موجودات حوزة الإعسار أو يتوزع الدائنون أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة⁽⁴⁵⁾ على دول مختلفة. ويمكن أن تكون الإجراءات: إجراءات رئيسية، أي أنها بدأت في الدولة التي يقع فيها مركز المصالح الرئيسية؛ إجراءات غير

(41) انظر المادة 8 من اللائحة Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (the "EIR recast").

(42) انظر الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.190، الفقرة 7.

(43) المرجع نفسه، الفقرة 7.

(44) A/CN.9/1169، الفقرة 84.

(45) "الطرف ذو المصلحة": هو أي طرف تتأثر حقوقه أو التزاماته أو مصالحه بإجراءات الإعسار أو بأمر معينة في إجراءات الإعسار، بمن في ذلك المدين أو ممثل الإعسار أو الدائن أو حائز الأسهم أو لجنة الدائنين أو سلطة حكومية أو أي شخص آخر يتأثر على هذا النحو. ولا يُقصد أن يشمل هذا التعريف الأشخاص الذين لهم مصالح بعيدة الصلة أو متفرقة تتأثر بإجراءات الإعسار (مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (د)).

رئيسية، أي إجراء إيسار، غير الإجراء الرئيسي، بدأ في دولة توجد فيها منشأة للمدين؛ أو إجراءات أخرى، مثلاً إجراءات بدأت في دولة توجد فيها موجودات للمدين. وقد تؤدي هذه الإجراءات، بسبب وجود عنصر أجنبي، إلى عدم يقين في تحديد القانون الذي ينبغي أن يحكم إجراءات الإيسار وأثارها. وتهدف أحكام الفصل الثاني إلى إزالة أوجه عدم اليقين هذه أو على الأقل الحد منها.

ويكمل الفصل الثالث الفصل الثاني باقتراح آليات تكفل الإنفاذ عبر الحدود للقانون الذي تقرّر في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإيسار أنه القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإيسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وأثارها. ويمكن أن يكون ذلك القانون هو قانون دولة محكمة الإيسار أو القانون الآخر المنشأ وفقاً للاستثناءات من قانون دولة محكمة الإيسار الواردة في هذا الفصل.⁽⁴⁶⁾

ألف - القانون الرئيسي: قانون دولة محكمة الإيسار

1- مشروع حكم تشريعي

قانون دولة محكمة الإيسار باعتباره القانون الرئيسي الذي يحكم جميع جوانب بدء إجراءات الإيسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وأثارها

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

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

(ب) تقرير التوقيت الممكن لبدء إجراءات الإيسار ونوع الإجراءات التي يمكن بدؤها والطرف الذي يمكنه طلب بدء الإجراءات وما إذا كان ينبغي أن تختلف معايير بدء الإجراءات تبعاً للطرف الذي يطلب البدء؛

(ج) تشكيل حوزة الإيسار ونطاقها؛

(د) حماية حوزة الإيسار والحفاظ عليها، بما في ذلك تطبيق أي وقف للإجراءات، وفي حال تطبيق هذا الوقف، تحديد نطاقه ومدته وتعديله وإنهائه؛

(هـ) استخدام الموجودات والتصرف فيها؛

(و) اقتراح خطة إعادة 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 (الشروط المشار إليها بأنها "شروط بحكم الفعل")؛

(ط) معاملة المقاصة؛

(ي) معاملة الدائنين المضمونين [رهنًا بتوفير حماية كافية]⁽⁴⁷⁾؛

(ك) حقوق المدين والتزاماته؛

(ل) واجبات ممثل الإيسار ومهامه؛

(46) A/CN.9/1169، الفقرة 84.

(47) المرجع نفسه، الفقرة 55.

(م)	مهام الدائنين ولجنة الدائنين ⁽⁴⁸⁾ ؛
(ن)	معاملة المطالبات؛
(س)	ترتيب المطالبات؛
(ع)	التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار؛
(ف)	توزيع العائدات؛
(ص)	إقفال الإجراءات؛
(ق)	إبراء الذمة؛
(ر)	الدعاوى ذات الصلة (الناجمة عن إجراء إعسار أو المرتبطة به ارتباطاً جوهرياً).

2- بغية التقليل إلى أدنى حد من بدء إجراءات إعسار أجنبية فيما يتعلق بنفس المدين أو نفس مجموعة المنشآت أو تيسير معاملة المطالبات وترتيبها، التي كان يمكن أن يقدمها الدائن في إجراءات إعسار أجنبية، في إجراءات إعسار داخلية يجوز للمحكمة أن ترتأي تطبيق قانون دولة أخرى لمنح تلك المطالبات المعاملة والترتيب اللذين كانت ستحصل عليهما في إجراء إعسار أجنبي فيما لو افتُتح⁽⁴⁹⁾.

[3- بصرف النظر عن الفقرة 1 (ز) من هذا الحكم التشريعي، عندما يقدم الشخص الذي استفاد من فعل ضار بجميع الدائنين دليلاً على أن ذلك الفعل يخضع لقانون غير قانون دولة محكمة الإعسار وأن ذلك القانون الآخر لا يجيز أي وسيلة للطعن في ذلك الفعل في إطار القضية المعنية، [يجوز] [ينبغي] [يجب] أن يطبق ذلك القانون الآخر ما لم تكن له علاقة جوهريّة بالفعل ولم يكن هناك أساس معقول آخر لتطبيقه.⁽⁵⁰⁾

[4- بصرف النظر عن الفقرة 1 (ط) من هذا الحكم التشريعي، عندما ينص القانون المنطبق على [مطالبة المدين] [الدين] على حق الدائنين في المطالبة بمقاصدة مطالباتهم مقابل مطالبات المدين في إطار القضية المعنية، [يجوز] [ينبغي] [يجب] أن يطبق ذلك القانون الآخر [ما لم تكن له علاقة جوهريّة بالمطالبة] [بالدين] ولم يكن هناك أساس معقول آخر لتطبيقه.⁽⁵¹⁾

2- مشروع الشرح

مسائل عامة	
1-	بموجب هذه الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار جميع جوانب إجراءات الإعسار وأثارها ما لم يُنص صراحة على خلاف ذلك.
2-	وتنص الأحكام التشريعية على انطباق قانون دولة محكمة الإعسار على جميع جوانب بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها. وتشمل تلك الجوانب ما يلي: (أ) المسائل الإجرائية (مثل تبليغ الإشعارات، أو عقد الاجتماعات، أو تحديد النصاب القانوني، أو التحقق من قواعد التصويت، أو تحديد المواعيد النهائية

(48) المرجع نفسه، الفقرة 83.

(49) المرجع نفسه، الفقرة 57.

(50) المرجع نفسه، الفقرة 60.

(51) المرجع نفسه.

لتقديم المطالبات⁽⁵²⁾؛ (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- وتوسع الأحكام التشريعية نطاق انطباق قانون دولة محكمة الإعسار ليشمل أيضا آثار إجراءات الإعسار، بما في ذلك آثارها على الحقوق والمطالبات والالتزامات التي كانت قائمة قبل بدء إجراءات الإعسار. فعلى سبيل المثال، قد يُخضع قانون دولة محكمة الإعسار تلك الحقوق أو المطالبات لوقف الإجراءات أو الإبطال أو إنزال المرتبة. وقد يحظر أيضا إنفاذ بعض الشروط التعاقدية (مثل الشروط المشار إليها بأنها "شروط بحكم الفعل" (التوصية 70 من الدليل) وقد يمنح ممثلي الإعسار بعض السلطة التقديرية فيما يتعلق بمعاملة العقود، بما في ذلك إحالتها بصرف النظر عن القيود الواردة في العقد (التوصية 83 من الدليل)، وفيما يتعلق باستخدام الموجودات والتصرف فيها، بما في ذلك بيعها خالصة وخالية من التزامات الرهن والمصالح الأخرى (التوصيات 52-62 من الدليل).

الفقرة 1

(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 تبعا 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 تبعا للطرف الذي يطلب البدء

5- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار معايير بدء الإجراءات (سواء كانت معيار الميزانية العمومية أو معيار التدفق النقدي أو كليهما أو شيئا مختلفا عنهما أو بالإضافة إليهما). ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضا ما يلي: '1' الظروف التي يمكن في ظلها بدء نوع معين من إجراءات الإعسار؛ '2' ما إذا كان بوسع المدين وحده أو الدائنين والأطراف الأخرى أيضا تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار؛ '3' الخطوات الإجرائية وسائر المتطلبات التي 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 الدائنون الذين لديهم مطالبات بقيمة معينة). ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضا معايير رفض الطلبات وإلغاء إجراءات الإعسار، ويضع قواعد الإشعار بالطلبات المقدمة وبدء الإجراءات، بما يشمل محتوى تلك الإشعارات وطريقة توجيهها.

(52) بعض المسائل التي تعتبر إجرائية في بعض الدول (مثل المقاصة أو مدة التقادم) قد تعتبر موضوعية في دول أخرى. وتحدد المحاكم هذا الأمر وفقا لقانون الدولة التي تتبعها، مثل قانون دولة محكمة الإعسار في إجراءات الإعسار.

(ج) تشكيل حوزة الإعسار ونطاقها

6- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار موجودات المدين⁽⁵³⁾ التي يتعين إدراجها في حوزة الإعسار⁽⁵⁴⁾ ووقت تشكيل حوزة الإعسار. وهو يحكم أيضا معاملة الموجودات اللاحقة لبدء الإجراءات (مثل الموجودات المقتناة بعد بدء إجراءات الإعسار والموجودات المستردة عن طريق دعاوى الإبطال أو غيرها من الدعاوى).

7- ويمكن أن تتطبق قوانين غير قانون الإعسار كجزء من قانون دولة محكمة الإعسار في سياق هذا البند، بما في ذلك قانون الملكية والتزامات حقوق الإنسان وقانون المعاملات المضمونة وقانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية وقانون المسؤولية التقصيرية. وقد يتناول توصيف الموجودات (لموسسة أو غير ملموسة، منقولة أو غير منقولة) والحقوق فيها (ملكية أو تعاقدية)، وتحديد المالكين وسائر حقوق الملكية وكذلك معاملة الموجودات المرهونة⁽⁵⁵⁾ والموجودات المملوكة لأطراف ثالثة والموجودات ذات الملكية المشتركة والموجودات الأجنبية.

8- ويرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا ببند آخر في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، وهو معاملة الدائنين المضمونين لأن الموجودات المرهونة قد تُضم إلى حوزة الإعسار أو لا تُضم إليها. وعلاوة على ذلك، يرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا بالأحكام المتعلقة بأولوية الالتزامات الدولية لأن معاملة بعض الموجودات في إجراءات الإعسار قد تخضع لنظام خاص ملزم للدولة الطرف فيه. ويجوز أن يحدد هذا النظام ما إذا كان ينبغي إدراج موجودات معينة في حوزة الإعسار، وفي حال وجود إجراءات موازية، ما هي إجراءات الإعسار التي ينبغي أن تدار تلك الموجودات في إطارها.

(د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها، بما في ذلك تطبيق أي وقف للإجراءات، وفي حال تطبيق**هذا الوقف، تحديد نطاقه ومدته وتعديله وإنهائه**

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⁽⁵⁶⁾)، أو نظام التحية الكلية أو المحدودة للمدين، أو نظام المدين الممتلك⁽⁵⁷⁾). وتشمل تلك المسائل أنواعا من التدابير التي يمكن فرضها وشروطا لفرض تلك التدابير وتحديد مدتها ونطاقها، إلى جانب تحديد أسس وإجراءات طلب ومنح الإعفاء من هذه التدابير وغير ذلك من أشكال الحماية.

10- وتشير الفقرة الفرعية (د) صراحة إلى وقف الإجراءات، الذي تعرفه نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار بأنه تدبير يمنع بدء الإجراءات القضائية أو الإدارية أو غيرها من الإجراءات الفردية المتعلقة بموجودات المدين أو حقوقه أو التزاماته أو مسؤولياته أو يعلق مواصلة تلك الإجراءات مؤقتا، بما في ذلك الدعاوى الرامية إلى جعل مصالح ضمانية سارية على أطراف ثالثة أو الرامية إلى إنفاذ مصلحة ضمانية؛ ويمنع

(53) معرفة تعريفا واسعا بحيث تشمل ممتلكات المدين وحقوقه ومصالحه، بما فيها الحقوق والمصالح في الممتلكات، سواء أكانت في حوزة المدين أم لم تكن، وملموسة أم غير ملموسة، وقابلة أم غير قابلة للنقل، بما في ذلك مصالح المدين في الموجودات المرهونة أو في الموجودات التي يملكها طرف ثالث (انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ب)).

(54) يعرف الدليل حوزة الإعسار بأنها موجودات المدين الخاضعة لإجراءات الإعسار (انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ر)).

(55) معرفة في الدليل بأنها موجودات يملك الدائن بشأنها مصلحة ضمانية (انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (س)). وللإطلاع على تعريف "المصلحة الضمانية"، انظر الحاشية 40 أعلاه.

(56) للإطلاع على تعريف هذا المصطلح، انظر الحاشية 26 أعلاه.

(57) معرّف في الدليل بأنه المدين في سياق إجراءات إعادة التنظيم الذي يحتفظ بسيطرة تامة على المنشأة، مما يستتبع عدم تعيين المحكمة ممثل إعسار (انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ل)).

فرض حجز على موجودات حوزة الإعسار، وإنهاء أي عقد مع المدين، وإحالة أي موجودات أو حقوق تابعة لحوزة الإعسار أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى⁽⁵⁸⁾. وتشمل أنواع الدعاوى الفردية المشار إليها في هذا التعريف الدعاوى في المحاكم والدعاوى أمام هيئة تحكيم على السواء. ولأن ممثل الإعسار والمحكمة المكلفة بإجراءات الإعسار هما من سيقم ويدير أثر الإجراءات على حوزة الإعسار من حيث المطالبات والخصوم والموجودات والتكاليف، فهذا الأثر يبرر أن يكون قانون دولة محكمة الإعسار هو القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على هذه الدعاوى. وهذا يتسق مع البنود الأخرى المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار ومع هدف هذا النص وهو منع تدخل قوانين أخرى بدون داع في تسيير إجراءات الإعسار.

11- وفي الوقت نفسه، ومع مراعاة خصوصيات التحكيم، قد لا يكون من الممكن دائما تنفيذ آثار قانون دولة محكمة الإعسار على إجراءات التحكيم (مثل وقف إجراءات التحكيم المقامة في دولة غير الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار). ومع ذلك، في بعض الدول، يُعتبر باطلا أي قرار تحكيم ناتج عن إجراءات تحكيم بدأت أو استمرت في تجاهل للآثار الإلزامية لقانون دولة محكمة الإعسار، مثل وقف الإجراءات. وفي بعض الدول، يجوز للمحكمة في مكان التحكيم إلغاء قرار التحكيم هذا، لأسباب منها أنها خلصت إلى أن قرار التحكيم يتعارض مع النظام العام لتلك الدولة. وفي بعض الدول، قد يُرفض الاعتراف بمثل هذا القرار أو إنفاذه. وترد أسباب رفض الاعتراف بقرارات التحكيم أو إنفاذها في اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)⁽⁵⁹⁾ ("اتفاقية نيويورك").

(هـ) استخدام الموجودات والتصريف فيها

12- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: '1' آثار إجراءات الإعسار على سيطرة المدين على المنشأة، بما في ذلك نظام التنحية الكلية أو المحدودة للمدين أو نظام المدين الممتلك؛ '2' شروط وحدود استخدام الموجودات والتصريف فيها (مثل إشعار الدائنين وموافقة المحكمة)؛ '3' معاملة التمويل السابق لبدء الإجراءات واللاحق لها، والمعاملات غير المأذون بها، والمعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة بعد بدء إجراءات الإعسار، وأسباب رفع الدعاوى ضد الأطراف المقابلة في المعاملات غير المأذون بها؛ '4' مفاهيم من قبيل "السياق المعتاد للعمل" و"الأشخاص ذوي الصلة" وما إلى ذلك.

13- ويمكن أن ينطبق قانون غير قانون الإعسار في إطار قانون دولة محكمة الإعسار في سياق هذا البند، بما في ذلك: '1' قانون الأسرة، الذي قد ينطبق على استخدام الموجودات التي يشترك المدين (منظم مشاريع فردي) في ملكيتها مع أفراد أسرته، وعلى التصرف فيها؛ '2' القوانين التي تحظر أو تقيد الملكية الأجنبية في قطاعات معينة من الاقتصاد، التي تحدد ما إذا كان التصرف في الموجودات بنقل ملكيتها للأجانب مسموحا به، وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الشروط المحددة لذلك؛ '3' قانون المعاملات المضمونة، الذي قد ينطبق على استخدام الموجودات المرهونة والتصريف فيها وطرائق بيعها؛ '4' القانون البيئي وغيره من القوانين، التي تتناول شروط التخلي عن الموجودات (مثل الموجودات التي تشكل خطرا على البيئة أو على الصحة العامة والسلامة العامة) وتحدد الأشخاص الذين قد يحق له المطالبة بالموجودات المتخلى عنها؛ '5' قانون التراث الثقافي، الذي قد يقتضي منح معاملة خاصة للموجودات الخاضعة لحماية محددة بموجب ذلك القانون.

(58) انظر الحاشية 26 أعلاه.

(59) United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, p. 3. أيضا على الرابط https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards

(و) اقتراح خطة إعادة التنظيم والموافقة عليها وإقرارها وتنفيذها

14- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار طبيعة خطة إعادة التنظيم وشكلها؛ وتوقيت اقتراحها؛ ومن يُسمح له بإعدادها؛ ومضمونها؛ وموافقة الدائنين عليها؛ ومعاملة الدائنين المعارضين؛ وما إذا كان إقرار المحكمة لها مطلوباً؛ وأثار الخطة؛ وتنفيذها.

15- وقد تنطبق قوانين غير قانون الإعسار في إطار قانون دولة محكمة الإعسار، ومنها على سبيل المثال: '1' تحويل الديون إلى أسهم؛ '2' مشاركة الموظفين والنقابات العمالية في إعداد خطة إعادة التنظيم؛ '3' الاستثمار الأجنبي وضوابط أسعار صرف العملات الأجنبية؛ '4' حماية المعلومات السرية أو المعلومات الحساسة من الناحية التجارية⁽⁶⁰⁾.

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

16- 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؛ '3' طول فترة الاشتباه ومتى يبدأ سريانها بأثر رجعي؛ '4' الأشخاص المؤهلين لبدء دعوى الإبطال ووفق أي شروط؛ '5' تمويل 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. وفي سياق إجراءات الإعسار، يعني "الإبطال" الدعاوى المرفوعة وفقاً لأحكام قانون الإعسار التي تسمح بإلغاء ما يحدث قبل إجراءات الإعسار من معاملات تخص إحالة الموجودات أو التعهد بالتزامات أو جعل تلك المعاملات عديمة المفعول على نحو آخر، واسترداد الموجودات المحالة أو قيمتها، خدمة لمصلحة الدائنين الجماعية⁽⁶¹⁾.

17- وتتوخى الأحكام التشريعية وضع استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن إبطال المدفوعات أو المعاملات التي تجرى في نظام للمدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرفق آخر للتداول المتعدد الأطراف. فالإبطال في تلك الحالات يخضع للقانون المنطبق على ذلك النظام أو تلك السوق، مثل المسائل الأخرى المتعلقة بهذه الأنظمة والأسواق والمرافق التي تدرج ضمن نفس الاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار. وبالمقارنة، على الرغم من أن معظم الجوانب الأخرى المتعلقة بعقود أو علاقات العمل (مثل رفضها أو استمرارها) تدرج ضمن القانون المنطبق على العقد أو العلاقة كاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار، فإن قانون دولة محكمة الإعسار يظل القانون الذي يحكم حالات الإبطال المتعلقة بعقود أو علاقات العمل، مثل إبطال حزم الأجور غير المعقولة التي يُتفاوض عليها في إطار تعديل عقود العمل قبل بدء إجراءات الإعسار. وبالمثل، لا يتوخى أي استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار للإبطال فيما يتعلق بترتيبات المعاوضة الإقفالية، مع أن المسائل الأخرى المتعلقة بترتيبات المعاوضة الإقفالية تدرج ضمن القانون المنطبق على الترتيب كاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار.

[قد يلزم تفصيل هذا الجزء تبعاً لما قرره الفريق العامل فيما يتعلق بالفقرة 3 من مشروع الحكم التشريعي.]

(60) قد 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).

(61) انظر المسرد الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ج)؛ وكذلك الدليل، الجزء الخامس، القسم الثاني، المصطلح (أ).

وإضافة إلى ذلك، لعل الفريق العامل يود أن يستذكر أنه أرجأ النظر في اقتراح بأن تضاف في الفقرة أعلاه إشارة إلى الموجودات الرقمية والأوراق المالية الإلكترونية⁽⁶²⁾].

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

18- 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، ولا سيما صلاحيات ممثل الإعسار في تقرير مواصلة تنفيذ تلك العقود أو رفضها أو إحالتها، وتوقيت اتخاذ تلك القرارات، ومتى يصبح قرار الرفض نافذاً بأثر رجعي؛ '3' ما إذا كان قانون الإعسار يجبُّ شروط الإنهاء التلقائي والتعجيل (المعروفة أيضاً باسم "شروط بحكم الفعل")، بما في ذلك عقود العمل، أو يتركها لقانون العقود العام لكي يعالجها، وإذا كان قانون الإعسار يجبُّ تلك الشروط، فمهاية صلاحيات ممثل الإعسار بشأن إعادة تفعيل العقود التي أنهيت قبل بدء إجراءات الإعسار مباشرة لتجنب تطبيق تلك الأحكام الغالبة من قانون الإعسار⁽⁶³⁾؛ '4' الاستثناءات من صلاحيات ممثل الإعسار الواردة في الفقرتين '2' و'3' السابقتين؛ '5' معاملة العقود اللاحقة لبدء الإجراءات؛ '6' معاملة اتفاقات التحكيم⁽⁶⁴⁾].

19- وقد ينطبق قانون غير قانون الإعسار في إطار قانون دولة محكمة الإعسار، بما في ذلك المعاهدات الدولية الملزمة للدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار. وقد يكون ذا صلة، على سبيل المثال، بما يلي: توصيف العقود؛ حساب الأضرار؛ معاملة العقود الحكومية؛ معاملة اتفاقات التحكيم⁽⁶⁵⁾].

20- وبمقتضى الأحكام التشريعية، لا يحدد قانون دولة محكمة الإعسار معاملة أنواع معينة من العقود في إجراءات الإعسار (مثل العقود في نظام الدفع والمقاصة والتسوية أو في سوق مالية) ومعاملة معظم جوانب عقود العمل (مثل رفضها أو استمرارها ولكن ليس بالضرورة شروط "بحكم الفعل"⁽⁶⁶⁾ والإبطال) وترتيبات المعاوضة الإقالية (باستثناء الإبطال) في إجراءات الإعسار. (انظر البند السابق مباشرة للاطلاع على جوانب الإبطال).

(ط) معاملة المقاصة

21- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما إذا كان مسموحاً بالمقاصة⁽⁶⁷⁾ في إجراءات الإعسار، وإذا سُمح بها، فيشأن أي التزامات وبموجب أي شروط، ولا سيما ما يلي: '1' ما إذا كان السماح بالمقاصة قاصراً على الالتزامات المالية السابقة لبدء إجراءات الإعسار، التي تُستحق قبل بدء تلك الإجراءات، أو يشمل أيضاً الالتزامات التي تُستحق بعد بدءها؛ '2' ما إذا كانت الالتزامات الخاضعة للمقاصة يجب أن تنشأ بموجب عقد واحد أو بموجب عقود متعددة أو التزامات ذات صلة (أي لا تكون بالضرورة متبادلة أو ذات صلة)؛ '3' ما إذا كان الوقف ينطبق على ممارسة حقوق المقاصة أو أن المقاصة تغلُّ تلقائياً عند

(62) A/CN.9/1163، الفقرة 61.

(63) المرجع نفسه، الفقرتان 78 و82.

(64) لم تُبد أي تعليقات في الفريق العامل بشأن هذا البند الفرعي. ومع ذلك، يشكك بعض الخبراء في الإشارات إلى اتفاقات التحكيم تحت هذا البند في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار. ولعل الفريق العامل يود أن يؤكد ما إذا كان ينبغي الإبقاء على هذا البند الفرعي في هذه القائمة الإيضاحية، وأن يشير في هذا السياق إلى جملة أمور منها المادة الثانية (3) من اتفاقية نيويورك. ورثما يتم ذلك التأكيد، وضعت الأمانة البند الفرعي والأجزاء ذات الصلة في الفقرة التالية بين معقوفتين.

(65) المرجع نفسه.

(66) A/CN.9/1169، الفقرتان 78 و82.

(67) وفق تعريفها في الدليل، هي عندما تطبق مطالبة بمبلغ مالي مستحق لأحد الأشخاص من أجل الوفاء الكامل أو الجزئي بمطالبة من الطرف الآخر أو خفض قيمتها كلياً أو جزئياً، بمبلغ نقدي مستحق على ذلك الشخص الأول (انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ف ف)).

بدء إجراءات الإعسار؛⁴ كيفية معاملة الدائنين الذين لديهم مطالبات للمقاصة (كدائنين مضمونين أو غير ذلك مثلا). ويحكم قانون دولة محكمة الإعسار أيضا معاملة المقاصة المتعلقة بالمطالبات الناشئة بعد بدء إجراءات الإعسار.

22- ويشير البند (ط) إلى المقاصة الواجبة التطبيق إلزاميا في سياق الإعسار، والتي تطبق بصرف النظر عن أي ترتيبات تعاقدية بين الأطراف المتعاقدة. والقصد من كلمة "معاملة" في ذلك البند هو تجسيد ذلك المعنى، [وأيا بيان أن قانون دولة محكمة الإعسار يحكم معاملة المقاصة في إجراءات الإعسار بصرف النظر عن القانون الذي يحكم صحة ونفاذ حقوق ومطالبات المقاصة القائمة قبل بدء إجراءات الإعسار⁽⁶⁸⁾]. [ولا يشمل هذا البند المعاوضة الإقفالية [بموجب عقود مالية مؤهلة⁽⁶⁹⁾]، التي تخضع لاستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار⁽⁷⁰⁾].

23- ويرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا ببند آخرى مدرجة في القائمة، بما في ذلك: البند (د) بشأن حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها؛ البند (ز) بشأن الإبطال؛ البند (ح) بشأن معاملة العقود؛ البند (ن) بشأن معاملة المطالبات. وهو مرتبط أيضا باستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين والإبطال في نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية، والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، ومرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى. وبموجب ذلك الاستثناء، تخضع آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المقاصة في تلك النظم والأسواق للقانون المنطبق على تلك النظم والأسواق. [ويرتبط البند أيضا باستثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على ترتيبات المعاوضة الإقفالية [بموجب العقود المالية المؤهلة] خارج نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى بسبب التشابه بين تلك الترتيبات والمقاصة. وبموجب هذا الاستثناء، تخضع آثار إجراءات الإعسار على ترتيبات المعاوضة الإقفالية [بموجب العقود المالية المؤهلة] للقانون المنطبق على ذلك الترتيب. وكما هو مذكور أعلاه، تقع هذه الترتيبات خارج نطاق هذا البند⁽⁷¹⁾].

[قد يلزم تعديل هذا الجزء تبعا لنتائج مناقشات الفريق العامل بشأن الفقرة 4 من مشروع الحكم التشريعي].

(68) قد يلزم تعديل الجزء الوارد بين معقوفتين تبعا لنتائج مناقشات الفريق العامل بشأن الفقرة 4 من مشروع الحكم التشريعي.

(69) يعرف الدليل "العقد المالي" بأنه "أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخيرية أو تقايفية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، أو أي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي مجموعة من المعاملات المذكورة أعلاه" (انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ص)). ولعل الفريق العامل يود أن ينظر فيما إذا كان هذا التعريف مناسباً "للعقود المالية المؤهلة" المتوخى أن يشملها الاستثناء الخاص بترتيبات المعاوضة الإقفالية.

(70) في دورة سابقة للفريق العامل، سُلط الضوء على صلة هذا البند بالاستثناء المقترح لترتيبات المعاوضة الإقفالية (A/CN.9/H163)، الفقرة (72). ولم يناقش الفريق العامل بعد هذه الصلة وكيفية تحديد النطاقات المختلفة لكلا الحكمين، ولعله يود أن يقوم بذلك في دورته الخامسة والستين.

(71) المرجع نفسه.

(ي) معاملة الدائنين المضمونين [رهنًا بتوفير حماية كافية]

- 24- بموجب الأحكام التشريعية، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار معاملة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار⁽⁷²⁾. ويُقصد بمصطلح "الدائن المضمون" في سياق إجراءات الإعسار الدائن الذي يحوز مطالبة مضمونة⁽⁷³⁾.
- 25- وتشمل عبارة "معاملة الدائنين المضمونين" الواردة في البند (ي) كلا من '1' معاملة مطالبات الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار، و'2' آثار بدء إجراءات الإعسار على إنفاذ وتنفيذ المصالح الضمانية القائمة⁽⁷⁴⁾، سواء أُنشئت قبل بدء إجراءات الإعسار أو بعده.
- 26- ولا يتناول البند القانون الذي تحدّد بموجبه صحة ونفاذ المصالح الضمانية القائمة التي أُنشئت قبل بدء إجراءات الإعسار. وتظل قواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة عموماً في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار سارية في هذا السياق⁽⁷⁵⁾، ولا يستبعد بدء إجراءات الإعسار تلك القواعد⁽⁷⁶⁾.
- 27- واتساقاً مع البند (ن) من القائمة التي تتناول معاملة المطالبات عموماً، يتناول البند (ي) معاملة مطالبات الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار، بما في ذلك ما إذا كان الدائنون المضمونون مطالبين بتقديم مطالبات في إجراءات الإعسار⁽⁷⁷⁾. واتساقاً مع البنود الأخرى الواردة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، مثل البندين (ب) و(م)، يشمل البند أيضاً مسائل مثل إمكانية مباشرة الدائنين المضمونين إجراءات الإعسار والمشاركة في لجنة الدائنين والتصويت وطلب إلغاء قرارات اجتماعات الدائنين. ويضمن تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار على هذه المسائل تسيير إجراءات الإعسار على نحو منظم.
- 28- وإضافة إلى ذلك، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار جميع المسائل الناشئة عن المصالح الضمانية التي تنشأ بعد بدء إجراءات الإعسار (على سبيل المثال في سياق التمويل اللاحق لبدء الإجراءات). ويحكم قانون دولة محكمة الإعسار أيضاً آثار بدء إجراءات الإعسار على المصالح الضمانية التي تنشأ قبل بدء إجراءات الإعسار رهنًا بالحماية الكافية التي تهدف إلى توفير ضمانات كافية للدائنين المضمونين فيما يتعلق بإنفاذ مصالحهم الضمانية وتنفيذها.
- 29- ووجود ضمانات حماية كافية في البند (ي) أمر مهم لأن الدائن المضمون قد لا يكون، ولا يمكن أن يكون، قد توقع، وقت الدخول في معاملة مضمونة مع المدين، أن قانون دولة محكمة الإعسار، لا قانون موقع

(72) يماشى 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).

(73) للاطلاع على تعريف "المطالبة المضمونة" في مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، انظر الحاشية 40 أعلاه.

(74) للاطلاع على تعريف "المصلحة الضمانية" في مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، انظر الحاشية 40 أعلاه.

(75) ترد 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).

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

(77) يمكن استثناء الدائنين المضمونين من اشتراط تقديم المطالبات في إجراءات الإعسار بموجب 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 مطالبة الدائن المضمون من قيمة بيع الموجودات المرهونة. وإذا كانت قيمة الموجودات المرهونة أقل من قيمة مطالبة 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 مطالبة الدائن المضمون، فيتوقع من الدائن المضمون أن يسهم بالفارق في حوزة الإعسار.

المال في حال كان مختلفا عن قانون دولة محكمة الإعسار، هو القانون المنطبق على إنفاذ مصالحه الضمانية وتنفيذها في حال إعسار المدين. ومع أنه يمكن القول إنه كان ينبغي لدائن مضمون أن يتوقع، في تعامله مع مدين يقع مركز مصالحه الرئيسية في دولة أجنبية، أن ينطبق قانون تلك الدولة في حالة إعسار المدين بموجب إطار الإعسار عبر الحدود المقبول دوليا الذي تروج له الأونسيترال، فإنه قد يصعب التنبؤ بذلك القانون إذا تغير مركز المصالح الرئيسية قبيل بدء إجراءات الإعسار.

30- وقد تطبّق معايير مختلفة في مختلف الولايات القضائية لتوفير الحماية الكافية للدائنين المضمونين. وبالإضافة إلى ذلك، تعتمد تفاصيل هذه الحماية على القضية، بما في ذلك الحاجة إلى إقامة توازن بين حماية مصالح الدائنين المضمونين وغير المضمونين. وقد تعتمد أيضا على الموجودات (على سبيل المثال، غير المنقولة في مقابل المنقولة).

31- ووفقا لإطار الأونسيترال للإعسار، تشمل المعايير الدنيا لحماية الدائنين المضمونين ما يلي: '1' الاعتراف بأن المصلحة الضمانية النافذة والقابلة للإنفاذ بمقتضى قانون غير قانون الإعسار نافذة وقابلة للإنفاذ في إجراءات الإعسار أيضا⁽⁷⁸⁾؛ '2' تطبيق وقف قصير الأجل فقط على الدائنين المضمونين في إجراءات التصفية⁽⁷⁹⁾؛ '3' حق الدائن المضمون، بناء على طلب يقدم إلى المحكمة، في حماية قيمة الموجودات التي له مصلحة ضمانية فيها⁽⁸⁰⁾؛ '4' 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⁽⁸¹⁾.

32- وكما تبين هذه القائمة، قد تكون بعض جوانب تلك المعايير الدنيا أكثر صلة بنوع من إجراءات الإعسار من نوع آخر (مثل إعادة التنظيم في مقابل التصفية والعكس بالعكس)، رغم أنها قد تكون قابلة للتطبيق عموما في بعض الدول، إذ لا يوجد تمييز بين هذين النوعين من الإجراءات في مرحلة بدء إجراءات الإعسار، وحتى في حالة وجود هذا التمييز، فإن تحويل الإجراءات ممكن. وكحد أدنى، وبغض النظر عن نوع الإجراء المعني، لا ينبغي أن يكون الدائنون المضمونون أسوأ حالا بموجب قانون دولة محكمة الإعسار من قانون موقع المال (على سبيل المثال، ينبغي أن يكون للدائنين المضمونين الحق في الحصول على نفس القيمة في التوزيع التي كانت ستتحقق في الدولة التي توجد فيها الموجودات). كما ينبغي السماح لهم بالمضي قدما في إنفاذ حقوقهم تجاه الموجودات المرهونة إذا كان من الواضح أن الموجودات المرهونة ليست مطلوبة في إجراءات الإعسار.

33- وتبعاً للقضية وللموجودات، يمكن ضمان الحماية الكافية بأن تغلب المحكمة في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار قانون الدولة الأجنبية التي توجد فيها، على سبيل المثال، الممتلكات غير المنقولة المرهونة (أي تطبيق قانون دولة موقع المال بدلا من قانون دولة محكمة الإعسار في تلك القضية)⁽⁸²⁾.

(78) انظر التوصية 4 من الدليل.

(79) المرجع نفسه، التوصية 49 (ج) والتعليق المصاحب لها.

(80) تشمل تدابير الحماية المناسبة سداد مدفوعات نقدية من الحوزة وتقديم مصالح ضمانية إضافية. انظر المرجع نفسه، التوصية 50 والتعليق المصاحب لها.

(81) المرجع نفسه، التوصية 51 والتعليق المصاحب لها.

(82) مع ذلك، يصعب تبرير تغليب قانون موقع المال عندما تكون الموجودات المعنية حقوقا تعاقدية، أو عندما لا يكون مكان الموجودات واضحا، أو عندما تقع الموجودات في ولايات قضائية متعددة.

وهذا الخيار متوخى في الفقرة 2 من الحكم التشريعي، الذي يستند إلى المواد 28-32 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إفسار مجموعات المنشآت، وتوسيع نطاقها بحيث لا تنطبق على المدينين المتعددين الأعضاء في مجموعة المنشآت نفسها فحسب، بل على المدين الفرد أيضا. ويسلم الخيار بأنه قد يكون من الأفضل عمليا أن تطبق المحكمة التي بدأ فيها الإجراء قانونها هي، أي قانون دولة محكمة الإفسار، لكن قد تحتاج المحكمة التي بدأ فيها الإجراء إلى تطبيق قانون آخر لكي تضمن، على سبيل المثال، حماية حقوق الدائنين المضمونين على النحو الواجب في إجراءات الإفسار المحلية، وعدم فتح إجراءات موازية، والاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإفسار في الدول الأجنبية التي توجد فيها الموجودات المرهونة.

34- وقد يكون للنهج المتبع في الأحكام التشريعية فيما يتعلق بمعاملة الدائنين المضمونين عواقب بعيدة المدى وواسعة النطاق، بما يشمل عواقبه على الأسواق المالية وأسواق الإسكان (مثل توافر الائتمان وتكلفته). وقد اعتمد هذا النهج في ضوء الاعتراف المتزايد بفوائد إعادة التنظيم الناجحة للشركات المتعثرة ماليا لجميع الأطراف ذات المصلحة، بمن في ذلك الدائنون المضمونون، ونتيجة لذلك، تزايد الإقبال على ثقافة الإنقاذ في العديد من الولايات القضائية. وبما أن الموجودات المرهونة كثيرا ما تكون هي الموجودات القيمة الوحيدة لدى المدين، فإن معالجتها معالجة مركزية في إجراءات الإفسار قد تزيد من فرص نجاح إعادة التنظيم (مثل جمع التمويل اللاحق لبدء الإجراءات). وقد يحدث التأكد من تلك الفرص في وقت لاحق من الإجراءات، مما يستلزم فرض وقف لإنفاذ وتنفيذ المصالح الضمانية، مع توفير الحماية الكافية للدائنين المضمونين، منذ بداية إجراءات الإفسار.

35- ويلزم اتخاذ تدابير مماثلة في التصفية، بما في ذلك عند تحويل إعادة التنظيم لم تتجح إلى تصفية للمدين المعسر. فعلى سبيل المثال، قد يكون بيع ممثل الإفسار الموجودات المرهونة مع غيرها من موجودات حوزة الإفسار، مع جميع المزايا المرتبطة بهذا البيع (على سبيل المثال، يمكن بيع الموجودات في مجموعات مختلفة، خالية من جميع الرهون)، أكثر فائدة لجميع الأطراف ذات المصلحة، بمن في ذلك الدائنون المضمونون، من عمليات البيع المنفصلة للموجودات المرهونة الذي يجريها الدائنون المضمونون خارج إجراءات الإفسار. وقد تتطلب ضمانات "الحماية الكافية" من ممثل الإفسار إثبات هذه المزايا لجميع الأطراف ذات المصلحة، بمن في ذلك الدائنون المضمونون.

36- ومن ثم، فإن النهج المتبع في الأحكام التشريعية يهدف إلى إقامة توازن بين عدة اعتبارات متنافسة وخيارات سياسية تطوي عليها حماية حقوق الدائنين المضمونين وحقوق الأطراف الأخرى ذات المصلحة في إجراءات الإفسار، بمن في ذلك الدائنون غير المضمونين والمدين نفسه.

37- وكما ذكر أعلاه، يرتبط البند (ي) ارتباطا وثيقا ببند أخرى في القائمة، بما في ذلك: (ب) جوانب البدء؛ (ج) تشكيل حوزة الإفسار ونطاقها؛ (د) حماية حوزة الإفسار والحفاظ عليها؛ (هـ) استخدام الموجودات والتصرف فيها؛ (م) دور الدائنين ولجنة الدائنين؛ (ن) معاملة المطالبات؛ (س) ترتيب أولوية المطالبات⁽⁸³⁾.

(ك) حقوق المدين والتزاماته

38- سبقت الإشارة أعلاه إلى أن قانون دولة محكمة الإفسار يحدد، بموجب الأحكام التشريعية، ما إذا كان سيؤخذ بنظام المدين المتملك أو بنظام التتبع الكلية أو المحدودة للمدين. وهو يحكم أيضا حقوق الكيان المدين والتزاماته، بما يشمل مديره، في كل من هذين النظامين وفي حالة الإفسار المحددة، وكذلك شروط التحول من نظام إلى آخر.

(83) أبقى الأمانة على البند (ي)، كما عدله الفريق العامل في دورته الرابعة والستين، والشرح المصاحب له، بين معقوفتين للإشارة إلى أن المسائل المتعلقة بهذا البند لم يحسمها الفريق العامل بالكامل بعد. انظر الوثيقة A/CN.9/1169، الفقرات 43-55.

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

40- ويمكن أن ينطبق قانون غير قانون الإعسار في إطار قانون دولة محكمة الإعسار في هذا السياق، وخصوصا إذا كان المدين شخصا طبيعيا. وفي هذه الحالات، قد تتناول صكوك حقوق الإنسان الملزمة للدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار، في إطار قانون دولة محكمة الإعسار، مدى القيود التي يمكن فرضها على حرية تنقل المدين، وكشف مراسلات المدين الخاصة، وغير ذلك من جوانب حماية البيانات الشخصية. وقد يكون هناك أيضا تفاعل وثيق بين قانون الإعسار وقانون الإجراءات المدنية والجنائية، مثلا فيما يتعلق بأوامر الكشف والفحص والتفتيش والضبط فيما يتعلق بالمدين. ويمكن لمعاهدات دولية، مثل تلك المتعلقة بالمساعدة القانونية المتبادلة، واتفاقية لاهاي المؤرخة 15 تشرين الثاني/نوفمبر 1965 المتعلقة بتبليغ الوثائق القضائية وغير القضائية في الخارج في المسائل المدنية أو التجارية ("اتفاقية لاهاي للتبليغ")، واتفاقية لاهاي المؤرخة 18 آذار/مارس 1970 المتعلقة بالحصول على الأدلة خارج البلد في المسائل المدنية أو التجارية ("اتفاقية لاهاي للأدلة")، وغيرها من الصكوك الدولية، الملزمة للدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار، أن تنطبق في إطار قانون دولة محكمة الإعسار على أي دعاوى تتعلق بالمدين أو يرفعها المدين عبر الحدود.

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه

41- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ما يلي: الحالات التي يجب فيها تعيين ممثل الإعسار⁽⁸⁴⁾؛ آليات اختيار ممثل الإعسار وتعيينه وعزله واستبداله، بما في ذلك ممثل الإعسار المعين على أساس مؤقت؛ طريقة حساب أتعاب ممثل الإعسار لقاء خدماته؛ دور المحكمة والدائنين في الإشراف على عمل ممثل الإعسار؛ مسؤولية ممثل الإعسار.

42- وبخلاف واجبات ممثل الإعسار ومهامه وصلاحياته العامة، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار السلطات الممنوحة له في حالات معينة، وقد تشمل سلطة تمثيل الإجراءات عبر الحدود (المادة 5 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود) أو التصرف في دولة أخرى بشأن حكم متعلق بالإعسار صادر في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار (المادة 5 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها)، والتعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب والتواصل معهم مباشرة (المادة 26 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود) وتقديم تعهدات فيما يتعلق بمعاملة المطالبات التي كان يمكن أن يقدمها الدائنون في إجراء إعسار في دولة أخرى (انظر المواد 28-32 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت).

43- ويمكن أن ينطبق قانون غير قانون الإعسار في إطار قانون دولة محكمة الإعسار، مثلا إذا كان ممثل الإعسار خاضعا لمعايير ولوائح مهنية معينة (مثل تلك المتعلقة بالمحاسبين والمحامين وما إلى ذلك). وإضافة إلى ذلك، فإن معاهدات دولية، مثل تلك المتعلقة بالمساعدة القانونية المتبادلة، واتفاقية لاهاي للتبليغ أو اتفاقية لاهاي للأدلة، وغيرها من الصكوك الدولية، الملزمة للدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار، يمكن أن تنطبق في إطار قانون دولة محكمة الإعسار فيما يتعلق بممارسة صلاحيات ممثل الإعسار في الخارج.

(84) انظر الحاشية 27 للاطلاع على تعريف هذا المصطلح.

(م) دور الدائنين ولجنة الدائنين

44- يحكم قانون دولة محكمة الإعسار آليات ومستويات مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار، ولا سيما تحديد ما إذا كانت ستنعقد اجتماعات للدائنين أو ستشكّل لجنة لهم، وإذا كان الأمر كذلك، فمتى، وما هو دور تلك الهيئات في الإشراف على إجراءات الإعسار؛ وأهلية المشاركة في تلك الهيئات؛ والمسائل التي تتطلب موافقة الدائنين؛ وعتبة الموافقة؛ وآليات التماس الموافقة والتأكد من الحصول عليها. وفي سياق إجراءات الإعسار، يقصد بـ"الدائن" شخصية طبيعية أو اعتبارية لها مطالبة تجاه المدين نشأت عند بدء إجراءات الإعسار أو قبلها⁽⁸⁵⁾، و"لجنة الدائنين" هيئة تمثيلية للدائنين تُعيّن وفقا لقانون الإعسار، وتكون لها صلاحيات استشارية وصلاحيات أخرى حسبما هو مبين في قانون الإعسار⁽⁸⁶⁾. ويشمل الدائنون، كقاعدة عامة، كلا من الدائنين في دولة المحكمة والدائنين الأجانب⁽⁸⁷⁾.

45- ويرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا بالبندين السابقين اللذين يتناولان حقوق المدين والتزاماته وواجبات ممثل الإعسار ومهامه⁽⁸⁸⁾. وهو مرتبط أيضا بالبند التالي (معالجة المطالبات)⁽⁸⁹⁾.

(ن) معاملة المطالبات

46- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار: '1' الدائنين الذين يتعين عليهم تقديم مطالبات (مثلا ما إذا كان يتعين على الدائنين المضمونين تقديم مطالبات)، وأنواع المطالبات التي ينبغي تقديمها، والمطالبات المستثناة، والمطالبات الخاضعة لمعاملة خاصة (مثل المطالبات المقدمة من الأشخاص ذوي الصلة)؛ '2' إجراءات تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها، بما في ذلك الموعد النهائي لتقديمها، والجهة التي ينبغي أن تقدم إليها والإجراءات الشكلية لتقديم المطالبات الأجنبية⁽⁹⁰⁾؛ '3' عواقب عدم تقديم مطالبات؛ '4' قواعد تقدير قيمة 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' القواعد الخاصة بتقديم التعهدات فيما يتعلق بمعاملة المطالبات التي كان يمكن أن يقدمها الدائنون في إجراء إعسار في دولة أخرى، بما في ذلك ما إذا كان مآذونا لممثل الإعسار تقديم هذه التعهدات، وإذا كان مآذونا له، فعلى أي المطالبات ينطبق ذلك ووفق أي شروط، وما هي الاشتراطات الشكلية، بما في ذلك شكل ولغة التعهدات، وإجراءات التماس الموافقة على تلك التعهدات ومراجعتها وإنفاذها. وبصرف النظر عن استثناء بعض جوانب عقود 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.

(85) انظر المسرد الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ي).

(86) المرجع نفسه، المصطلح (ك).

(87) المرجع نفسه، الفقرة 10.

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

(89) 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 التوصيات 169-184 من الدليل والتعليق المصاحب لها.

(90) انظر المادتين 13 و14 من قانون الأونسيرال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود والتعليقات المصاحب لهما في الفقرات 118-126 من دليل الاشتراع والتفسير.

47- وفي سياق إجراءات الإعسار، "المطالبة" هي حق في الحصول على السداد من حوزة المدين، سواء أكان ذلك ناشئاً عن دين أم عقد أم التزام قانوني آخر، وسواء أكان مصفى أم غير مصفى، ومستحقاً أم غير مستحق، وقابلاً للدحض أم غير قابل للدحض، ومضموناً أم غير مضمون، وثابتاً أم طارئاً. وتتعترف بعض الولايات القضائية، عندما يسمح القانون المنطبق بذلك، بجواز استرداد الموجودات من المدين أو الحق في استردادها منه بصفة ذلك مطالبة⁽⁹¹⁾.

48- وقد ينطبق قانون غير قانون الإعسار في إطار قانون دولة محكمة الإعسار، مثل قانون المعاملات المضمونة فيما يتعلق بمعاملة المطالبات المضمونة. وبالإضافة إلى ذلك، قد يتقاطع القانون الجنائي مع قانون الإعسار، مثلاً فيما يتعلق بمعاملة المطالبات الزائفة. ويمكن لاتفاقيات دولية، مثل اتفاقية لاهاي بشأن إلغاء إلزامية المصادقة على الوثائق العمومية الأجنبية (5 تشرين الأول/أكتوبر 1961)، وغيرها من الصكوك الدولية، الملزمة للدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار، أن تنطبق في إطار قانون دولة محكمة الإعسار على تقديم المطالبات الأجنبية والتحقق منها وقبولها. وقد تنطبق قواعد خاصة على معاملة المطالبات العمومية (الأجنبية)⁽⁹²⁾ والمطالبات المنبثقة من قرارات التحكيم⁽⁹³⁾.

49- ويرتبط هذا البند بالبند المدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار بشأن الإبطال (ز)، لمعاملة الدائنين المضمونين (ي)) ومعاملة المقاصة (ط)، إما في ذلك الاستثناءات من قانون محكمة الإعسار المتوخاة لها بموجب هذه الأحكام التشريعية، التي ينطبق بعضها عموماً بينما ينطبق البعض الآخر على أساس كل حالة على حدة]. ويرتبط هذا البند أيضاً بالبند المتعلق بتنفيذ خطة إعادة التنظيم لأن هذه الخطة تتناول عادة معاملة مطالبات الدائنين ويمكن أن تنص على القانون المنطبق على تلك المعاملة. ويجوز للمحكمة أن تطبق قانوناً آخر غير قانون دولة محكمة الإعسار على أساس كل حالة على حدة في حالات أخرى. فعلى سبيل المثال، يجوز للمحكمة أن تنظر في الأحكام الإلزامية الغالبة في قانون الدولة التي قد يلزم التماس الاعتراف بآثار إجراءات الإعسار المحلية وإنفاذها فيها وأن تطبق تلك الأحكام لضمان الاعتراف بتلك الآثار وإنفاذها في تلك الدولة. وإضافة إلى ذلك، إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار يسمح بتقديم تعهدات فيما يتعلق بمعاملة المطالبات التي كان يمكن أن يقدمها دائن في إجراء إعسار في دولة أخرى، فمن الممكن معاملة المطالبات المتأثرة وفقاً للمعاملة التي كانت ستلتاقها في إجراء لم يبأثر، بما في ذلك القانون الذي كان سينطبق في تلك الحالة.

(س) ترتيب المطالبات

50- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ترتيب سداد المطالبات من الحوزة، بما في ذلك مطالبات ممثل الإعسار، والمطالبات التي تنشأ بعد بدء إجراءات الإعسار، والمطالبات أو النفقات الإدارية (للاطلاع على معنى هذه الأخيرة، انظر البند الوارد أدناه مباشرة). وهو يحدد فئات الدائنين التي ستأثر بإجراءات الإعسار وكيفية معاملة تلك الفئات من حيث الأولوية والتوزيع. ويحدد أيضاً قواعد لتحقيق التكافؤ الوظيفي بين المطالبات المحلية والأجنبية وعواقب عدم تحقيق هذا التكافؤ⁽⁹⁴⁾. وعندما يُتوخى إنزال المرتبة،

(91) انظر المسرد الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (ز).

(92) انظر المادة 13 (2) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود والحاشية والتعليق المصاحبين لها في الفقرة 120 من دليل الاشتراع والتفسير.

(93) في معظم الدول، تنطبق اتفاقية نيويورك في هذا السياق.

(94) أما المحك الواجب تطبيقه في هذا الشأن، كما يشير الدليل، فهو تحديد ما إذا كانت المطالبة المحلية والمطالبة الأجنبية، بالنظر إلى محتوئها الأساسي ووظيفتهما، متوافقتين إلى درجة يمكن معها اعتبار الواحدة منهما محل الأخرى وظيفياً. وإذا كان الرد بالإيجاب، اعتُبرت المطالبات المحلية والأجنبية متكافئة وحظيت بنفس المعاملة في إجراءات الإعسار. أما إذا تعذر إثبات هذا التكافؤ، عوملت المطالبة عموماً بوصفها مطالبة عادية. وتشمل المعايير المستخدمة عادة لتقييم التكافؤ الوظيفي للمطالبات مصدر الالتزام وطبيعة الدائنين والمصلحة الأساسية التي تبرر معاملة المطالبة معاملة تفضيلية.

ينظم قانون دولة محكمة الإعسار شروط إنزال المرتبة وحدوده. وعندما يُسمح بتقديم تعهدات فيما يتعلق بترتيب المطالبات التي كان يمكن أن يقدمها الدائنون في إجراء إعسار في دولة أخرى، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار قواعد تقديم هذه التعهدات. وبصرف النظر عن استثناء عقود وعلاقات العمل من الخضوع لقانون دولة محكمة الإعسار في هذه الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار ترتيب المطالبات العمالية، وينظم التعهدات الممكنة بشأنها.

51- ويمكن أن ينطبق قانون غير قانون الإعسار، بوصفه جزءا من قانون دولة محكمة الإعسار، على أولوية المطالبات في إجراءات الإعسار عموما وفي أي إجراء إعسار معين على وجه التحديد، بما في ذلك قانون العمل (الذي قد يشمل اتفاقيات العمل الدولية بالنسبة للدول الأطراف في تلك الاتفاقيات)⁽⁹⁵⁾ وقانون الضرائب وقانون المعاملات المضمونة وقانون المسؤولية التقصيرية. ويمكن أن تنطبق قواعد خاصة على ترتيب المطالبات العمومية (الأجنبية). وقد تؤثر منظورات الاعتراف بآثار إجراءات الإعسار وإنفاذها عبر الحدود على ترتيب مطالبات فئات معينة من الدائنين، مثل العمال أو الدائنين المضمونين.

(ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار

52- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار المعايير المتعلقة بالسماح بالنفقات والمطالبات الإدارية. وفي سياق إجراءات الإعسار، تعني "المطالبة أو النفقة الإدارية" تكاليف الإجراءات ونفقاتها، مثل أجر ممثل الإعسار وأجور أي متخصصين فنيين يعملون في خدمته، والنفقات المرتبطة بمواصلة تشغيل المنشأة المدينة، والديون الناشئة عن ممارسة ممثل الإعسار مهامه وصلاحياته، والتكاليف الناشئة عن الالتزامات التعاقدية والقانونية المستمرة، وتكاليف الإجراءات⁽⁹⁶⁾. ويحكم قانون دولة محكمة الإعسار تقييم النفقات، ودور المحكمة في الموافقة على النفقات وتوزيع التكاليف والنفقات، وخصوصا 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 مسؤولا عنها شخصيا. ويحدد قانون دولة محكمة الإعسار أيضا 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 أو ستستخدم آليات بديلة لتغطية تكاليف إدارة إجراءات الإعسار، وإذا كان الأمر كذلك، تحديد الآليات التي ستستخدم. وهو يحدد أيضا القواعد المتعلقة بالتمويل من أطراف ثالثة.

53- ويرتبط هذا البند بينود أخرى مدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار. فعلى سبيل المثال، تشمل التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار تكاليف ونفقات مشاركة ممثل الإعسار في مختلف الإجراءات التي تؤثر على حوزة الإعسار، مثل النقاضي أو التحكيم فيما يخص المطالبات المعترض عليها أو إجراءات الإبطال.

(ف) توزيع العائدات

54- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار قواعد توزيع العائدات، التي قد تكون مختلفة بالنسبة للتصفية وإعادة التنظيم⁽⁹⁷⁾.

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

(96) انظر المسرد الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (أ).

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

55- ويرتبط هذا البند ارتباطا وثيقا ببند أخرى مدرجة في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار، خصوصا البند (ن) المتعلق بمعاملة المطالبات والبند (س) المتعلق بترتيب المطالبات. وإذا كان قانون دولة محكمة الإعسار يسمح بتقديم تعهدات فيما يتعلق بمعاملة المطالبات التي كان يمكن أن يقدمها دائنون في إجراء إعسار في دولة أخرى، فمن الممكن معاملة المطالبات المتأثرة وفقا للمعاملة التي كانت ستتلقاها في إجراء لم يباشر، بما في ذلك فيما يتعلق بتوزيع العائدات.

(ص) إقفال الإجراءات

56- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار طريقة اختتام الإجراءات وإقفالها، والشروط المسبقة للإقفال، والإجراءات الواجب اتباعها، وما إذا كان تحويل الإجراءات يمثل إقفالا رسميا للإجراءات 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

57- بموجب الأحكام التشريعية، يحدد قانون دولة محكمة الإعسار: '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 (تصفية أو إعادة تنظيم أو عادية أو مبسطة)؛ '3' تاريخ بدء نفاذ إبراء الذمة⁽⁹⁸⁾؛ '4' معايير رفض إبراء الذمة وإلغاء إبراء الذمة الممنوح. وفي سياق إجراءات الإعسار، يعني إبراء الذمة إعفاء المدين من تسديد المطالبات التي عولجت في إجراءات الإعسار⁽⁹⁹⁾.

(ر) الدعاوى ذات الصلة (الناجمة عن إجراءات الإعسار أو المرتبطة بها ارتباطا جوهريا)

58- البند (ر) حكم جامع يرد به أن يشمل الدعاوى غير المذكورة تحديدا في قائمة دولة محكمة الإعسار التي تنتج، رغم كل شيء، عن إجراء إعسار أو ترتبط ارتباطا جوهريا بإجراء إعسار. ومن ثم، ينبغي أن يحكم قانون دولة محكمة الإعسار آثار إجراءات الإعسار على تلك الدعاوى. 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.

59- 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 لقانون دولة محكمة الإعسار آثار إجراءات الإعسار على جميع التزامات المديرين ومسؤولياتهم في فترة الاقتراب من الإعسار. ففي معظم الحالات، يظل قانون الشركات منطبقا عليها بصرف النظر عن بدء إجراءات الإعسار. ويراد بالبند (ر) أن يتناول الأسس المحددة التي قد تقضي إلى تحميل المديرين المسؤولية وتتسبب في رفع دعاوى ضدهم عند بدء إجراءات الإعسار بموجب قانون الإعسار. وتشمل هذه الأسس، في دول عديدة، التعاملات التجارية غير السليمة والإخلال بواجب تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار. وفيما عدا المسؤوليات والالتزامات في الحالات القليلة جدا التي ترتبط ارتباطا وثيقا بقانون الإعسار وإجراءات الإعسار،

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

(99) انظر المسرد الوارد في مقدمة الدليل، المصطلح (م).

سيكون من غير المناسب إخضاع التزامات المديرين ومسؤوليتهم في فترة الاقتراب من الإعسار بأثر رجعي لقانون دولة محكمة الإعسار.

60- فعلى سبيل المثال، قد يواجه المديرين في بعض الدول مسؤولية جنائية لعدم تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار في غضون الفترة المحددة في القانون بعد وقوع أحداث معينة. وفي دول أخرى، قد لا ينطبق هذا الاشتراط، بل يمكن 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 احتمالات التعرض لمثل هذه المسؤولية والالتزامات غير المتوقعة تبعاً لما إذا كانت إجراءات الإعسار بدأت في المكان الذي يقع فيه أي مما يلي: '1' مركز المصالح الرئيسية الذي هو نفس مكان تسجيل أو تأسيس الكيان المدين أو "مقره الحقيقي"؛ '2' مركز المصالح الرئيسية الذي يختلف عن مكان تسجيل أو تأسيس الكيان المدين أو "مقره الحقيقي"؛ '3' مؤسسة المدين؛ '4' موجودات المدين. وتزداد هذه الاحتمالات حين يبدأ إجراءات الإعسار دائنون في دولة لا يوجد فيها 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.

61- وفي هذا السياق، يمكن أن ينطبق قانون غير قانون الإعسار في إطار قانون دولة محكمة الإعسار، خصوصاً إذا أخذ قانون دولة محكمة الإعسار بتفسير واسع لتعبير "المديرين"، مثلاً على النحو الموصى به في الجزء الرابع من الدليل⁽¹⁰⁰⁾. ورهنا بالأشخاص الذين يتبين أنهم يسيطرون سيطرة فعلية على منشأة المدين في فترة الاقتراب من الإعسار (مثل جهات الإقراض المؤسسية الخاضعة للتنظيم أو مراجع حسابات أو مستشار قانوني)، قد تنطبق قوانين مختلفة (مثل القوانين التي تنظم مهنة معينة)، بما في ذلك القوانين المتعلقة بفقدان الأهلية وغير ذلك من سبل الانتصاف وآليات الإنفاذ المتاحة ضد أولئك الأشخاص.

الفقرة 2

62- تتسق هذه الفقرة مع أحكام المواد 28-32 من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت. وتجسيدا للممارسات المبلغ عنها⁽¹⁰¹⁾، وُسع نطاق الفقرة لتشمل الحالات التي تنطوي على مدينين متعددين أعضاء في نفس مجموعة المنشآت والحالات التي تنطوي على مدين واحد.

63- ويراد بهذا الحكم تمكين المحكمة التي بدأ فيها الإجراء من تغليب قانون دولة أجنبية، عند الضرورة، على سبيل المثال، من أجل ضمان الحماية الكافية للدائنين المضمونين. ومع أن هذه المرونة مفيدة وقد يكون لا غنى عنها في حالات معينة، فإنها قد تعقد أيضاً إدارة إجراءات الإعسار. وبموجب هذا البند، يُترك للمحكمة تقييم إيجابيات وسلبيات تغليب قانون دولة أجنبية في كل حالة. وينبئ الحكم إلى أن مزايا هذا التغليب قد تفوق العواقب السلبية عندما يكون من الضروري، على سبيل المثال، تقليل احتمالات بدء إجراءات إعسار أجنبية فيما يتعلق بنفس المدين أو مجموعة المنشآت. وباختيار تطبيق قانون دولة أخرى لمنح المطالبات في إجراءات الإعسار المحلية المعاملة والترتيب اللذين كانت ستحصل عليهما في إجراءات الإعسار الأجنبية إذا بوشرت، فإن المحكمة تسهل فعليا معاملة المطالبات وترتيبها وفقاً للقانون الذي كان سينطبق في إجراءات الإعسار الأجنبية، وتقلل من حاجة الدائنين إلى تقديم تلك المطالبات في إجراءات الإعسار الأجنبية.

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

(101) انظر الفقرة 196 من دليل اشتراط قانون الأونسيتال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت.

64- وعندما تغلب المحكمة قانون دولة أخرى، ينبغي فهم هذا التغليب بأنه يعني تغليب القانون الداخلي الموضوعي لتلك الدولة فقط وليس قواعد القانون الدولي الخاص لتلك الدولة، أي أن الإحالة إلى تلك القواعد غير متوخاة. ويتماشى ذلك مع النهج المتبعة في نصوص دولية أخرى⁽¹⁰²⁾. والهدف هو تعزيز اليقين بشأن القانون المنطبق. وبالإضافة إلى ذلك، لا تشمل الإحالة إلى قانون دولة أجنبية القانون العام لتلك الدولة، أي القانون المتعلق بممارستها لسلطاتها السيادية. ومع ذلك، قد تتناول المحكمة معاملة وترتيب المطالبات العمومية الأجنبية (مثل المطالبات المتعلقة بالضرائب والضمان الاجتماعي)⁽¹⁰³⁾. ولا تشمل الإحالة إلى قانون دولة أجنبية القانون الإجرائي أيضا، لأن المحاكم تطبق قانونها الإجرائي الخاص بها ولا تطبق أي قاعدة أجنبية ترى أنها إجرائية. ويمكن وصف بعض المسائل (مثل المقاصة أو مدة التقادم) بأنها موضوعية أو إجرائية، تبعا للنظم القانونية. وتتخذ المحاكم هذا القرار وفقا لقانون الدولة التي تتبعها، مثل قانون دولة محكمة الإعسار في إجراءات الإعسار⁽¹⁰⁴⁾.

الفقرة 3

[استتم صياغتها في الوقت المناسب]

الفقرة 4

[استتم صياغتها في الوقت المناسب]

باء - الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار

1- عقود وعلاقات العمل

(أ) مشروع حكم تشريعي

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على عقود وعلاقات العمل

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

(ب) مشروع الشرح

1- وفقا لهذا الحكم التشريعي، يحكم القانون المنطبق على عقود 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 أو علاقات العمل.

2- ولا يشمل الاستثناء الوارد في هذا الحكم معاملة وترتيب المطالبات العمالية في إجراءات الإعسار. ويظل قانون دولة محكمة الإعسار (يشار إليه فيما يلي باسم "قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي" إذا كان مختلفا عن القانون المنطبق على عقد أو علاقة العمل) منطبقا على تلك المطالبات وترتيبها. وينطبق الأمر نفسه على توصيف العقد أو العلاقة بأنه عقد أو علاقة عمل وعلى دعاوى الإبطال المتعلقة بعقود العمل (مثل حُزم الأجور غير المعقولة الناشئة عن تعديل عقود أو علاقات العمل بين المدينين وكبار الموظفين).

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

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

(104) كانت هذه الفقرة في الأصل جزءا من شرح تعريف "قانون دولة محكمة الإعسار". وقد يلزم إعادة تقييم موضعها في ضوء صلة المسائل التي تناقش فيها بأحكام الفصل الثالث أيضا.

التنفيذيين أو غيرهم من المديرين في فترة الاقتراب من الإعسار). لكن عندما يأذن قانون دولة محكمة الإعسار بتقديم تعهدات فيما يتعلق بمطالبات عمالية كان يمكن أن يقدمها العمال في إجراءات إعسار في دولة أخرى (انظر شرح البنود (ن) و(س) و(ف) من قائمة قانون دولة محكمة الإعسار أعلاه)، يمكن معاملة المطالبات العمالية المتأثرة وفقا للمعاملة التي كانت ستتلقاها في إجراء لم يباشر.

3- والأساس المنطقي للاستثناء من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار الوارد في الحكم التشريعي هو أن عقود وعلاقات العمل تثير العديد من الاعتبارات على مستوى السياسات الاجتماعية الاقتصادية. ولهذا السبب، عادة ما ترسي الدول نظاما خاصا لمعالجة المسائل الناشئة عن عقود وعلاقات العمل في حالة الإعسار. ففي بعض قوانين الإعسار، يولى الحفاظ على استمرارية العمال في وظائفهم أولوية على الأهداف الأخرى لإجراءات الإعسار، مثل تعظيم قيمة الحوزة لصالح جميع الدائنين. وخير دليل على ذلك هو 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 لأحكام القانون الإلزامية، بما في ذلك الأحكام الواردة في المعاهدات الدولية⁽¹⁰⁵⁾: (أ) حماية العمال من الفصل التعسفي والتمييز؛ (ب) توفير شبكة أمان مالي للعمال؛ (ج) فرض قيود تحد من عمليات رفض عقود العمل أو تعديلها⁽¹⁰⁶⁾ وشروط لتنفيذ عمليات تسريح العمال (بما في ذلك توجيه إشعار مسبق إلى سلطات الدولة ذات الصلة)؛ (د) ضمان حقوق العمال في أن يُطلعوا على النحو الواجب على 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 احتمال عدم اليقين أو التضارب فيما يتعلق بمعاملة عقود وعلاقات العمل في إجراءات الإعسار. ويزداد هذا الاحتمال إذا كان قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي يحكم آثار إجراءات الإعسار على تلك المسائل. وتوفير المزيد من اليقين والاتساق بشأن توقعات العمال مطلب مبرر لأن العمال عادة ما يكونون في وضع تفاوضي أضعف نسبيا من وضع أصحاب عملهم، خاصة عند الافتقار إلى اتفاقات تفاوض جماعي. وبالإضافة إلى ذلك، قد لا يكون العمال على دراية بإجراءات الإعسار والحماية الممنوحة لهم عندما يواجه صاحب العمل صعوبات مالية، وقد يظنون على غير علم أو دراية بالخطط المتصلة بوضعهم الوظيفي. ويمكن استخدام إجراءات الإعسار لتقويض الحماية التي يتمتعون بها، على سبيل المثال، عندما تباع المنشأة كمنشأة عاملة وعندما يفضي إلغاء عقود العمل المكلفة إلى زيادة سعر البيع، أو عندما يستخدم المدين طلب الإعسار وسيلة للحصول على إعفاء من الالتزامات المرهقة الناشئة عن عقود أو علاقات العمل.

5- وقد يؤدي النهج المتبع في الحكم التشريعي إلى إزالة المرونة التي قد تكون مستصوبة وضرورية لمواصلة تشغيل المنشأة والحفاظ على العمالة وضمن الرواتب، خصوصا في إعادة التنظيم. وإضافة إلى ذلك، عندما تكون القوة العاملة لدى المدين خاضعة لنظم عمل مختلفة، قد يتعارض النهج المتبع في الحكم التشريعي مع الكفاءة في تسيير وإدارة الإعسار، لأنه قد تنشأ حاجة إلى تقييم تلك النظم المختلفة. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، إذا كان لدى المدين عمال في دول مختلفة يكون فيها قانون العمل المحلي إلزامي التطبيق على عقود أو علاقات العمل. وقد تنشأ هذه الحاجة أيضا عندما تكون هناك حرية في اختيار القانون المنطبق على عقود أو علاقات العمل. وعادة ما تكون هذه الحرية مصحوبة بضمانات لحماية العمال من العواقب السلبية المترتبة على موافقتهم، التي قد تكون بالإكراه أو عن غير دراية، على القانون المختار. وقد تختلف هذه

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

(106) انظر التوصية 71 من الدليل والتعليق عليها.

الضمانات من دولة إلى أخرى (على سبيل المثال، فيما يتعلق ببند عدم المنافسة). وهي تنص عادة على عدم جواز أن تقضي حرية اختيار القانون إلى حرمان العمال من الحماية التي توفرها لهم الأحكام التي لا يجوز الخروج عنها بالاتفاق بموجب القانون الذي كان سينطبق في حال عدم وجود حرية اختيار (ويشمل هذا لدى العديد من الدول أحكام معاهدات العمل الدولية الملزمة لها إلى جانب الضمانات الدستورية) أو كان سيكون أكثر صلة بعقد أو علاقة العمل.

6- ومع ذلك، فبدون الاستثناء المتوخى في هذا الحكم التشريعي، قد ينتهي الأمر بأن يحكم آثار إجراءات الإعسار على معاملة عقود وعلاقات العمل قانون الدولة التي لا تربطها بتلك العقود أو العلاقات أي صلة أو تربطها بها صلة بعيدة جدا (مثل قانون دولة مركز المصالح الرئيسية الواقع خارج مكان وجود جميع أو معظم عمال المدين). وتقتضي هذه النتيجة التوفيق بين الحماية الممنوحة للعمال بموجب قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبي، والقانون المختار، عندما ينطبق، والقانون الذي كان سينطبق إلزاميا على أي حال. وقد يكون في توخي مزيج من القوانين المنطبقة أو ترتيبها هرميا حلًا آخر يتيح ميزة المحافظة على المرونة، ولكنه قد يعوق أيضا تسيير إجراءات الإعسار وإدارتها بكفاءة، لأنه سيُتوقع من المحاكم أن تقارن بين آثار تطبيق نظم عمل مختلفة. وعلى الرغم من أن النهج المتبع في الحكم التشريعي قد تشوبه نقيصة مماثلة، كما ذكر في الفقرة السابقة، فإن النهج المتبع في الحكم التشريعي مفضل بعد النظر في جميع الاعتبارات.

7- ويسمح الاستثناء المرتكز إلى النظام العام (انظر أدناه) للمحكمة في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار بعدم تطبيق قانون أجنبي إذا كانت آثار تطبيق ذلك القانون تخالف بوضوح النظام العام لتلك الدولة (من قبيل الآثار التي تضيي الشرعية فعليا على الرق الحديث، وما إلى ذلك). وفي مثل هذه الحالة، يجوز تطبيق قانون العمل في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار أو الدولة التي لها صلة أو وثق بعقد أو علاقة العمل.

2- نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية، والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، ومرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى

(أ) مشروع حكم تشريعي

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق المشاركين والتزاماتهم في نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى، وكذلك على دعاوى الإبطال في تلك النظم أو الأسواق أو المرافق

تكون آثار إجراءات الإعسار على حقوق المشاركين والتزاماتهم في نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى خاضعة للقانون المنطبق على تلك النظم أو الأسواق أو المرافق. ويحكم ذلك القانون أيضا بإبطال المدفوعات أو المعاملات في تلك النظم أو الأسواق أو المرافق.

(ب) مشروع الشرح

1- يتضمن الحكم التشريعي استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن آثار إجراءات الإعسار على حقوق والتزامات المشاركين في نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى. وينطبق ذلك الاستثناء أيضا على إبطال المدفوعات أو المعاملات في تلك النظم أو الأسواق أو المرافق. ويحكم هذه المسائل القانون المطبق على النظم أو الأسواق

أو المرافق، وليس قانون دولة محكمة الإعسار. ولا يستبعد هذا الاستثناء القانون الذي يحكم بدء إجراءات الإعسار وتسييرها وإدارتها وإقفالها وأثارها بالنسبة للمشاركين في النظم والأسواق والمرافق المشمولة أو عملائهم أو زبائنهم أو أي شخص آخر تصادف أن معاملاته عولجت من خلال هذه النظم أو الأسواق أو المرافق. كما أن الاستثناء لا يستبعد القانون الذي يحكم آثار أي إجراءات إعسار بدأت بشأن أي جوانب أخرى غير تلك التي يشملها الاستثناء. وقد تنطبق الأحكام التشريعية الأخرى الواردة في هذا النص على تلك الجوانب الأخرى.

2- ولأغراض هذا الاستثناء:

(أ) نظام المدفوعات هو مجموعة من الأدوات والإجراءات والقواعد لتحويل الأموال بين المشاركين (انظر البند (و) أدناه للاطلاع على شرح مصطلح "المشاركين"). وهو يستند عادة إلى اتفاق بين المشاركين والمشغل، ويتم تحويل الأموال باستخدام هيكل أساسي تشغيلي متفق عليه. ويمكن أن يقتصر هذا المصطلح بمعناه الضيق، على الإشارة إلى نظم تحويل الأموال بين المصارف التي يكون كل، أو تقريبا كل، المشاركين فيها مؤسسات ائتمانية، والتي تيسر تداول الأموال في بلد ما أو في منطقة عملة معينة. لكنه قد يشير، بمعناه الأوسع، إلى أي ترتيبات رسمية لتحويل الأموال، إما استنادا إلى عقد خاص أو تشريع، وتضم أعضاء متعددين وتطبق قواعد مشتركة وعمليات موحدة، لنقل الالتزامات النقدية الناشئة بين المشاركين فيها أو مقاصة تلك الالتزامات أو معاوضتها أو تسويتها. وقد تكون نظم المدفوعات جزءا من الأسواق المالية (انظر البند (د) أدناه لتوضيح مصطلح "السوق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي") أو قد تعمل بشكل منفصل وفقا لهيكل الحوكمة وقواعد التشغيل الخاصة بها؛

(ب) نظام المقاصة هو مجموعة من القواعد والإجراءات التي تحدد المواقف النهائية للمشاركين قبل تسويتها في نظام التسوية (انظر (ج) أدناه لشرح مصطلح "نظام التسوية"). وقد تكون جزءا من نظم التسوية أو قد تعمل بشكل منفصل وفقا لهيكل الحوكمة وقواعد التشغيل الخاصة بها؛

(ج) نظام التسوية هو مجموعة من الأدوات والإجراءات والقواعد التي تتيح تحويل الأموال أو الموجودات أو الأدوات المالية وفقا لقواعد محددة مسبقا. وتكون عمليات التحويل نهائية (أي غير قابلة للإلغاء وغير مشروطة) في نظم التسوية. وقد تعمل نظم التسوية بشكل منفصل وفقا لهيكل الحوكمة وقواعد التشغيل الخاصة بها أو بوصفها جزءا من طرف مقابل مركزي أو سوق مالية أو جهة مركزية لإيداع الأوراق المالية؛

(د) السوق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي هي 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 جهة التشغيل والسوق الإذن للعمل بصفتها سوقا خاضعة للتنظيم الرقابي، يجب أن تقتنع هذه السلطة بأن جهة التشغيل والسوق ممثلتان للاشتراطات المنطبقة. ومن الأمثلة على الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي أسواق البورصة والسندات والمشتقات. وعلى عكس نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية، التي يمكن أن يعمل كل منها إما بشكل مستقل أو يكون أحدها جزءا من الآخر أو من سوق مالية أكبر، فإن السوق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي هيكل أساسي متكامل معقد لمقاصة وتسوية وتسجيل المدفوعات أو الأوراق المالية أو المشتقات أو المعاملات المالية الأخرى؛

(هـ) مرفق التداول المتعدد الأطراف هو منصة إلكترونية تسهل التداول في أنواع مختلفة من الأدوات المالية. وقد يعمل في إطار سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي أو بالإضافة إليها. وعادة ما يكون إطارا ذاتي التنظيم للتداول المالي، قد يعمل بموجب قواعد تقديرية أو غير تقديرية. والمرافق التي تعمل على أساس غير تقديري لا تمارس سلطة تقديرية على تنفيذ عمليات التداول. وهي توافق بين طلبات مختلف

المشاركين بناء على قواعد محددة مسبقاً. أما المرافق التي تعمل على أساس تقديري فيمكنها ممارسة سلطة تقديرية على تنفيذ عمليات التداول. وهذا يسمح لها بالعمل بوصفها أطرافاً مقابلة في عمليات التداول وتوفير السيولة وتنفيذ أوامر الزبائن. ويمكن أن تخصص مرافق التداول المتعدد الأطراف في تداول أنواع معينة من الأدوات المالية (مثل الأدوات المالية السهمية (الأسهم والسندات) أو غير السهمية (بدلات الانبعاثات)؛

(و) المشاركون في النظام أو السوق أو المرفق المشمول بالاستثناء هم أشخاص '1' حددهم واعترف بهم النظام أو السوق أو المرفق ذو الصلة بأنهم مشاركون، و'2' سُمح لهم بشكل مباشر أو غير مباشر بتنفيذ عمليات التحويل من خلال ذلك النظام أو السوق أو المرفق. ويشمل المشاركون في العادة مؤسسات الائتمان وشركات الاستثمار والسلطات العمومية والأطراف المقابلة المركزية ووكلاء التسوية والمقاصة ومشغلي النظام أو السوق أو المرفق. وفي الآونة الأخيرة، جرى التوسع في تعريفهم ليشملوا أشخاصاً آخرين، مثل المشاركين غير المباشرين، وفي النظم أو الأسواق أو المرافق القائمة على تقنيات السجلات الموزعة وسلسلة الكتل، ومستثمري التجزئة الذين قد يتفاعلون فيما بينهم مباشرة من دون وسطاء.

3- وتوفر النظم والأسواق والمرافق (وتوليفاتها المختلفة) التي يشملها هذا الاستثناء هياكل أساسية للأسواق المالية تسمح بالتفاعل بين أطراف متعددة تباع وتشتري الحقوق المتداولة في الصكوك المالية. وإذا كان مشارك أو أكثر غير قادرين على أداء التزاماتهم في تلك النظم والأسواق والمرافق يصبح المشاركون الآخرون في تلك النظم والأسواق والمرافق غير قادرين على الوفاء بالتزاماتهم تجاه المشاركين الآخرين والأطراف الثالثة عند استحقاقها. وكثيراً ما يشار إلى تأثير "الدومينو" هذا باسم المخاطر النظامية.

4- وتزداد المخاطر النظامية بشكل أكبر بسبب التعطلات التي قد تسببها إجراءات الإعسار في تشغيل النظم والأسواق والمرافق المشمولة، على سبيل المثال، من خلال إبطال أو وقف المدفوعات والتسوية والمقاصة وغيرها من الإجراءات التي تحدث في هذه النظم والأسواق والمرافق بشكل منتظم. وقد تفضي هذه التعطلات إلى خسائر ومشاكل في السيولة وعدم فعالية التدابير التي تتخذها تلك النظم والأسواق والمرافق للحد من المخاطر التشغيلية والتصدي للمخاطر النظامية التي تتهددها. وبالإضافة إلى ذلك، وفي ضوء تعدد المشاركين في تلك النظم والأسواق والمرافق وتعدد الأطراف الثالثة الذين قد تؤثر إجراءات إعسارهم على تشغيل تلك النظم والأسواق والمرافق، يمكن أن ينطبق العديد من قوانين دول محاكم الإعسار المختلفة، التي قد يصعب تقييم آثارها في حقوق وواجبات المشاركين، مما يجعل إدارة المخاطر التشغيلية صعبة، إن لم تكن مستحيلة، ومن ثم يفاقم المخاطر النظامية. ومن خلال تحديد قانون واحد يحكم آثار إجراءات الإعسار على حقوق المشاركين والتزاماتهم في نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى، وكذلك عمليات إبطال المدفوعات أو المعاملات التي تتم من خلال تلك النظم والأسواق والمرافق، يساعد الاستثناء على زيادة القدرة على التنبؤ بالتعطلات التي تسببها إجراءات الإعسار، الأمر الذي يسهل التعامل معها.

5- ولا يقتصر الاستثناء على آثار إجراءات الإعسار التي بدأت فيما يتعلق بالمشاركين في النظام أو السوق أو المرفق فقط. وتتدرج آثار أي إجراءات إعسار، بما في ذلك تلك التي بدأت فيما يتعلق بغير المشاركين في نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى، ضمن نطاق الاستثناء من حيث تأثيرها في حقوق المشاركين والتزاماتهم في نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى. فعلى سبيل المثال، يحكم قانون دولة محكمة الإعسار التدابير المفروضة عند بدء إجراءات الإعسار (مثل وقف الإجراءات) فيما يتعلق، على سبيل المثال، بالطرف ألف الذي هو بائع فردي (أي ليس مشاركا في أي من النظم أو الأسواق أو المرافق المشمولة)، لكنه لا يحكم أثر تلك التدابير على مقاصة وتسوية مدفوعات الطرف ألف لمورديه والتي تعالج من خلال النظم أو الأسواق أو المرافق المشمولة.

6- وقد تنشأ حقوق والتزامات المشاركين في النظام أو السوق أو المرفق المشمول عن القواعد القانونية أو التنظيمية أو الإجراءات أو العقود التي تحكم تشغيل النظام أو السوق أو المرفق أو تؤثر فيه أو تكون ذات صلة مباشرة به (مثل آليات مراقبة المخاطر وتوفير السيولة). وهي تشمل حقوق والتزامات المشاركين الناشئة عن أداء العقود أو تعديلها أو إنهاؤها أو المتعلقة بذلك، بما في ذلك: (أ) تسوية ومعاوضة المدفوعات؛ (ب) تحمل الالتزامات والوفاء بها؛ (ج) نهائية التحويلات؛ (د) التجديد؛ (هـ) العروض المفتوحة أو الترتيبات الملزمة الأخرى التي يصبح من خلالها طرف مقابل مركزي طرفاً مقابلاً في التداولات مع المشاركين؛ (و) توفير الضمانات الرهنية لتغطية التعرضات الحالية والمستقبلية المحتملة؛ (ز) توفير أنواع مختلفة من الضمانات. ويمكن أن تشمل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود التي تتصل مباشرة بتشغيل هذه النظم والأسواق والمرافق وتبرم بين المشاركين في السوق أو النظام أو المرفق، أو بين مشغل النظام أو السوق أو المرفق وأطراف ثالثة. وقد تتعلق هذه العقود بالمعاوضة، وإنفاذ ترتيبات الضمانات الرهنية، وترتيبات وضمانات دعم الائتمان، ومعاملة الشروط المشار إليها بأنها "شروط بحكم الفعل".

7- وكما ذكر أعلاه، لا يقصد بالاستثناء التدخل في القانون المنطبق على إجراءات الإعسار التي يمكن أن تبدأ فيما يتعلق بأي مشارك في نظام المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو في سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرفق للتداول المتعدد الأطراف. وعلى سبيل التوضيح: الطرف ألف، الموجود في الدولة ألف، مشارك في سوق مالية خاضعة للتنظيم الرقابي يحكمها قانون الدولة باء، وقد دخل بهذه الصفة في معاملات مع أطراف متعددة (باء، جيم، دال، إلخ) في تلك السوق. وبموجب هذه الأحكام التشريعية، إذا بدأت إجراءات الإعسار فيما يتعلق بالطرف ألف في الدولة ألف، انطبق قانون دولة محكمة الإعسار للدولة ألف على جميع جوانب إجراءات الإعسار تلك (مثل أهلية الطرف ألف ليكون المدين بموجب قانون الإعسار في الدولة ألف، ومعايير البدء، وما إلى ذلك) باستثناء تلك المحددة في هذه الأحكام التشريعية، بما في ذلك أن قانون الدولة باء، بموجب هذا الاستثناء، يحدد آثار إجراءات الإعسار التي بدأت في الدولة ألف على المعاملات بين الطرف ألف والأطراف المتعددة باء وجيم ودال، وما إلى ذلك، في السوق.

8- وبالإضافة إلى ذلك، تظل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود وغيرها من المعاملات، المرتبطة بالنظم والأسواق والمرافق المشمولة بالاستثناء ولكنها لا تتصل مباشرة بعملياتها، محكومة بقانون دولة محكمة الإعسار. وعلى سبيل التوضيح: في نظام المدفوعات، إذا أمر الطرف ألف مصرفه باء بتحويل أموال إلى حساب الطرف جيم الذي يتعهد المصرف دال، فإن الاستثناء لا ينطبق إلا على الحقوق والالتزامات الناشئة عن أمر تحويل الأموال ذاك بين الطرف ألف والطرف باء وبين الطرف دال وبين الطرف جيم، ولكن ليس آثار إعسار الطرف ألف على الحقوق والالتزامات الناشئة عن المعاملة الأساسية بين الطرفين ألف وجيم التي أدت إلى أمر تحويل الأموال ذاك، والتي ستخضع لقانون دولة محكمة الإعسار.

9- ولا يهدف الاستثناء إلى تحصين المعاملات التي يمكن إبطالها والتي تعالج من خلال الأنظمة والأسواق والمرافق التي يشملها الاستثناء من الإبطال. وكما هو مذكور في الجملة الثانية من الحكم التشريعي، فإن القانون المطبق على ذلك النظام أو السوق أو المرفق يحكم إبطال المدفوعات أو المعاملات في ذلك النظام أو السوق أو المرفق. وفي معظم الحالات، يتبع ذلك القانون المعايير المقبولة دولياً لتنظيم النظام أو السوق أو المرفق المشمول بالاستثناء، والتي تتوخى وقفاً قصيراً يهدف، في جملة أمور، إلى تحديد ومعالجة أي معاملات يمكن إبطالها من المعاملات التي تعالج من خلال الأنظمة والأسواق والمرافق المشمولة بالاستثناء. ولا يعفي الاستثناء من الإبطال أي معاملات أخرى يمكن إبطالها قد تكون تمت فيما يتعلق بالمعاملات التي تعالج من خلال الأنظمة والأسواق والمرافق المشمولة. وتخضع مثل هذه المعاملات لنظام الإبطال في قانون

دولة محكمة الإعسار المنطبق على المشارك المعسر أو غير المشارك في النظام أو السوق أو المرفق المشمول. وينطبق الأمر نفسه على أي وقف قد يفرضه قانون دولة محكمة الإعسار⁽¹⁰⁷⁾.

10- والقانون المنطبق على النظم والأسواق والمرافق المشمولة بالاستثناء هو قانون الدولة التي يوجد فيها النظام أو السوق أو المرفق أو القانون الذي يختاره النظام أو السوق أو المرفق، أو إذا انتفى هذا الخيار، القانون الذي يختاره المشاركون. ولا تسمح بعض الدول باختيار القانون، سواء من قبل النظام أو السوق أو المرفق أو من قبل المشاركين فيه، وتقتضي بأن ينطبق إلزاميا قانون موقع النظام أو السوق أو المرفق. وتسمح دول أخرى باختيار القانون من قبل النظام أو السوق أو المرفق أو (فقط أو بالإضافة إلى ذلك) المشاركين فيه، ولكن قد تُخضع هذا الاختيار لقيود أو شروط معينة. فعلى سبيل المثال، قد يطبق شرط اختيار قانون الدولة التي يوجد فيها المكتب الرئيسي لمشارك واحد على الأقل، أو قد يخضع اختيار القانون من قبل النظام أو السوق أو المرفق أو من قبل المشاركين للتحقق من قبل السلطة المختصة، التي قد لا تسمح باختيار القانون الذي يتحايل على النظام العام الأساسي لدولتها. وفي حال كان اختيار القانون غير ممكن أو في حال شاب الاختيار عيب، ينطبق قانون موقع النظام أو السوق أو المرفق عادة.

11- وكثيرا ما تحدد النظم والأسواق والمرافق المشمولة بالاستثناء القانون المنطبق على كل جانب من جوانب عملياتها في القواعد الحاكمة لأنشطتها. وقد تُلزما بعض القوانين المنطبقة بالقيام بذلك. وكاستراتيجية للتخفيف من المخاطر، كثيرا ما تكون ملزمة أيضا بتحديد وتحليل ما قد ينشأ عن أنشطتها من مسائل متعلقة بتنازع القوانين، وبوضع قواعد وإجراءات للتخفيف من احتمالات تنازع القوانين تلك.

12- وينبغي 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. ويجب أن ينطبق الاستثناء على الأنظمة والأسواق والمرافق المشمولة بغض النظر عن التكنولوجيا التي تستخدمها في عملياتها طالما أنها تستوفي معايير تطبيق الاستثناء.

13- وسيكون في وسع المحكمة في الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار الاحتجاج بالاستثناء المرتكز إلى النظام العام (انظر أدناه) إذا كانت آثار تطبيق قانون أجنبي تفرّ أنه منطبق بموجب هذا الاستثناء تخالف بوضوح النظام العام لتلك الدولة. ويتوقع أن ينص قانون دولة محكمة الإعسار على قواعد لتحديد القانون الآخر، إن لم يكن قانون دولة محكمة الإعسار نفسه، الذي ينطبق في هذه الحالات.

3- المعاوضة الإقفالية [بموجب العقود المالية المؤهلة]⁽¹⁰⁸⁾ خارج نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية،

أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى⁽¹⁰⁹⁾

(أ) مشروع حكم تشريعي

القانون الذي يحكم آثار إجراءات الإعسار على ترتيبات المعاوضة الإقفالية [بموجب العقود المالية المؤهلة] خارج نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى

(107) A/CN.9/1169، الفقرة 80.

(108) للاطلاع على تعريف "العقد المالي" الوارد في الدليل، انظر الحاشية 69 أعلاه.

(109) أجرت الأمانة مزيدا من المشاورات بشأن المسائل المشمولة في هذا القسم مع الخبراء الذين شاركوا في اجتماعي فريق الخبراء في حزيران/يونيه 2023 وكانون الثاني/يناير 2024 (انظر الفقرة 15 من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.190 والحاشية 112 من الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.194). وترد نتائج تلك المشاورات في مشروع الحكم التشريعي وشرحه.

- 1- باستثناء ما هو منصوص عليه في هذه الأحكام التشريعية، تخضع آثار إجراءات الإعسار على تشغيل ترتيب المعاوضة الإقفالية فيما يتعلق ب[العقود المالية المؤهلة] [الأوراق المالية والسلع الأساسية والعقود الأجلة والمعاملات الخيارية وعمليات المقايضة واتفاقات إعادة شراء الأوراق المالية واتفاقات المعاوضة الارتكازية وغير ذلك من العقود أو الترتيبات المماثلة ("العقود المالية المؤهلة")]⁽¹¹⁰⁾ للقانون المنطبق على ذلك الترتيب⁽¹¹¹⁾ إلا إذا لم يكن لذلك القانون علاقة جوهرية بالأطراف أو الترتيب ولم يكن هناك أساس معقول آخر لتطبيق ذلك القانون.
- 2- [لا تحول الفقرة 1 دون إبطال المعاوضة الإقفالية وفرض وقف [قصر] عليها بموجب قانون دولة محكمة الإعسار المنطبق في إجراءات الإعسار التي تبدأ فيما يتعلق بأي طرف في الترتيب الإقفالي] [بصرف النظر عن أحكام هذه الفقرة من هذا الحكم التشريعي، فإن قانون دولة محكمة الإعسار المنطبق في إجراءات الإعسار التي تبدأ فيما يتعلق بأي طرف في الترتيب الإقفالي يحكم المسائل الناشئة عن إبطال الأفعال ووقف الإجراءات فيما يتعلق بترتيبات المعاوضة الإقفالية]⁽¹¹²⁾.

(ب) مشروع الشرح

- 1- يتضمن هذا الحكم التشريعي استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار لترتيبات المعاوضة الإقفالية بموجب العقود المالية المؤهلة، مع بعض الاستثناءات. وينص الاستثناء على أن آثار إجراءات الإعسار على تشغيل ترتيبات المعاوضة الإقفالية محكومة، كقاعدة عامة، بالقانون المنطبق على تلك الترتيبات. ويمكن أن يحدد هذا القانون أطراف ترتيب المعاوضة الإقفالية أنفسهم (على سبيل المثال يمكن إدراج حكم بشأن اختيار القانون في بند أو اتفاق تعاقدى بشأن المعاوضة الإقفالية، بما في ذلك الاتفاق الرئيسي الذي يشير إلى العقود الأساسية بين الأطراف أنفسهم) أو يمكن أن تحدده المحكمة على أساس كل حالة على حدة (على سبيل المثال، وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص المنطبقة).
- 2- وتسمح الترتيبات التي يشملها الاستثناء بإنهاء العقود الأساسية بين الأطراف عند وقوع حدث محدد مسبقا (مثل بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بأي طرف في الترتيب)، إما تلقائيا أو بمبادرة من أي طرف في الترتيب (أي الإقفال)، يتبعه تقييم للالتزامات المتبادلة بموجب العقود المنهية وتحديد قيمة إجمالية صافية لجميع هذه الالتزامات (أي المعاوضة)⁽¹¹³⁾. وعلى الرغم من أنها تشبه إلى حد ما معاوضة الدفع أو التسوية في نظم المدفوعات والمقاصة والتسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى المشمولة باستثناء آخر في هذه الأحكام التشريعية، فإن ترتيبات المعاوضة الإقفالية تختلف عنها في عدة جوانب، لا سيما بسبب طبيعتها التعاقدية والمرونة الممنوحة للأطراف بموجب مبدأ حرية التعاقد. كما أنها تختلف عن المقاصة التعاقدية التقليدية. وعلى الرغم من أن عنصر التجميع في ترتيبات المعاوضة الإقفالية موجود أيضا في هذا النوع من المقاصة، فإن ترتيبات المعاوضة الإقفالية المشمولة بهذا الاستثناء تشمل أيضا عنصر تعجيل التزامات الأطراف تجاه بعضها البعض، والتي تصبح، نتيجة لذلك، مستحقة عند وقوع حدث محدد مسبقا، مثل بدء إجراءات الإعسار فيما يتعلق بأي طرف في ترتيب المعاوضة الإقفالية. ولا تكون

(110) A/CN.9/1169، الفقرة 62.

(111) المرجع نفسه، الفقرة 63.

(112) المرجع نفسه، الفقرة 62.

(113) انظر مسرد المصطلحات الوارد في مقدمة الدليل، المصطلحين (ض) و(أ) ("المعاوضة" و"اتفاق المعاوضة"، على التوالي)؛ والفقرة 210 في قسم العقود المالية والمعاوضة في الجزء الثاني من الدليل (الفصل الثاني، القسم هاء)؛ ومبادئ اليونيدرو بشأن أعمال أحكام المعاوضة الإقفالية، المبدأ 2 والفقرة 19 من التفسير والشرح للمصاحبين له.

الالتزامات المعجلة والمنهية بموجب تلك الترتيبات مترابطة أو متبادلة بالضرورة كما هو الحال عادة في المقاصة التعاقدية التقليدية.

3- وهناك تزايد في استخدام ترتيبات المعاوضة الإقفالية التي يشملها الاستثناء في البيانات الثنائية والمتعددة الأطراف والمحلية والعابرة للحدود، على سبيل المثال: في مجموعات المنشآت من أجل تجميع النقد؛ في عقود الطاقة بالجملة؛ عقود السلع الأساسية؛ التعدين؛ التداول المباشر للمشتقات المالية غير الموحدة، وهي حالات قد لا تصلح للمقاصة والتسوية من خلال نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول المتعدد الأطراف الأخرى؛ شركات الطيران والشركات المماثلة التي تتقلب فيها الأسعار والعملات بسرعة. ويُذكر أن وجود ترتيبات فعالة للمعاوضة الإقفالية في هذه القطاعات يقلل إلى حد كبير المخاطر الائتمانية والتجارية على الأطراف في تلك الترتيبات، على سبيل المثال عن طريق التحوط ضد مخاطر تقلب الأسعار⁽¹¹⁴⁾. كما أن ترتيبات المعاوضة الإقفالية تقلل أيضا من مخاطر إيجاد صعوبات مالية أو زيادتها بالنسبة لأطراف أخرى بسبب عدم قدرة أحد الأطراف على الوفاء بالتزاماته، وهو ما قد يؤدي بدوره إلى مخاطر تنظيمية. كما أنها تعزز من توافر الائتمان من خلال السماح للأطراف المقابلة بتقديم الائتمان استنادا إلى صافي تعرضها بعدما تؤخذ في الحسبان قيمة جميع العقود "المفتوحة"⁽¹¹⁵⁾.

4- ويمكن أن تحظى ترتيبات المعاوضة الإقفالية بمعاملة مختلفة من ولاية قضائية لأخرى. ففي بعض الدول، ولا سيما في الدول التي تسود فيها حرية التعاقد في سياق تلك الترتيبات، فإن قابلية إنفاذ ترتيبات المعاوضة الإقفالية عند بدء إجراءات الإعسار معترف بها وتتمتع بالحماية. وقد لا يكون الحال كذلك في ولايات قضائية أخرى. وعادة ما تقيّم الأطراف المتعاقدة، قبل الدخول في ترتيبات معاوضة إقفالية، قابلية إنفاذ تلك الترتيبات في جميع الولايات القضائية ذات الصلة المحتملة وتكيف أحكام اختيار القانون وفقا لذلك. وعادة ما يدرج حكم مؤات بشأن اختيار القانون في الاتفاقات الأساسية المعيارية، مثل تلك التي توصي بها الوكالات الدولية المتخصصة. ومع ذلك، توجد أوجه عدم يقين فيما يتعلق بقابلية إنفاذ بنود اختيار القانون وترتيبات المعاوضة الإقفالية في إجراءات الإعسار بشكل عام.

5- ويهدف الاستثناء إلى معالجة أوجه عدم اليقين تلك والحفاظ على مزايا ترتيبات المعاوضة الإقفالية التي قد تضعف إذا تعددت القوانين التي تحكم آثار إجراءات الإعسار على تلك الترتيبات. وفي الوقت نفسه، ينشئ الاستثناء عدة ضمانات للتخفيف من الشواغل المتعلقة بتأثير إنفاذ تلك الترتيبات في إجراءات الإعسار على المعاملة المنصفة للدائنين ذوي الأوضاع المماثلة وعلى أهداف وأحكام قانون الإعسار الأخرى، مثل معاملة "شروط بحكم الفعل" في الإعسار وصلاحيات ممثل الإعسار في مواصلة أو رفض العقود التي لم تُنفذ بالكامل بعد⁽¹¹⁶⁾ (انظر في هذا السياق شرح قاعدة قانون دولة محكمة الإعسار، ولا سيما البند (ح) في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار). ومن الشواغل ذات الصلة أن إنفاذ ترتيبات المعاوضة الإقفالية قد يعرض إنفاذ المدين وإعادة تنظيمه للخطر.

6- [ومن بين الضمانات أن تكون ترتيبات المعاوضة الإقفالية بموجب العقود المالية المؤهلة هي فقط المشمولة. وعلى الرغم من أن معايير التأكد من العقود المالية المؤهلة تختلف من ولاية قضائية إلى أخرى، فإن "العقود المالية المؤهلة" تشمل في العادة الأوراق المالية والسلع الأساسية والعقود الآجلة والمعاملات الخيارية وعمليات المقايضة واتفاقات إعادة شراء الأوراق المالية واتفاقات المعاوضة الارتكازية وغير ذلك من العقود أو الترتيبات المماثلة المبرمة لأغراض مالية أساسية، وفي هذا السياق، أيضا لاستراتيجية إدارة المخاطر.

(114) انظر على سبيل المثال، الفقرة 211 في قسم العقود المالية والمعاوضة في الجزء الثاني من الدليل (الفصل الثاني، القسم حاء).

(115) انظر المرجع نفسه، الفقرة 209.

(116) انظر على سبيل المثال التوصيات 69-86 من الدليل.

ويُستثنى من هذا التعريف عقد التوريد البسيط الذي يُسوى بسعر السوق⁽¹¹⁷⁾.

7- وثمة ضمانات أخرى مدرجة في الحكم التشريعي تسمح للمحكمة في الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار أن تستبعد القانون المنطبق على ترتيبات المعايضة الإقفالية إذا لم تكن لذلك القانون علاقة جوهرية بالأطراف أو بالترتيب ولم يكن هناك أساس معقول آخر لتطبيق ذلك القانون. وقد ينطبق الاستثناء المرتكز إلى النظام العام أيضا في الظروف المناسبة. وتبعا لعوامل الربط، يمكن أن ينطبق قانون دولة محكمة الإعسار نفسه أو قانون آخر أوثق صلة بالمسألة بدلا من القانون المستبعد (مثل قانون موقع المال إذا كانت ترتيبات المعايضة الإقفالية مرتبطة بضمانة رهنية أو بحق عيني يقع في ولاية قضائية مختلفة).

8- ويتضمن الحكم التشريعي أيضا ضمانات تسمح بإبطال الأفعال الناشئة عن ترتيبات المعايضة الإقفالية بموجب قانون دولة محكمة الإعسار إذا استوفيت شروط الإبطال. وهذا يضمن أن الاستثناء لا يعفي المعاملات القابلة للإبطال والناشئة عن ترتيب معايضة إقفالية من الإبطال، وهي نتيجة من شأنها أن تقوض أهداف إجراءات الإعسار، ولا سيما حماية قيمة حوزة الإعسار والحفاظ عليها وتعظيمها للسماح بالتوزيع العادل على الدائنين.

9- وتتص الضمانة الإضافية على أن قانون دولة محكمة الإعسار يظل منطبقا على المسائل المتعلقة بوقف ترتيبات المعايضة الإقفالية. وإذا فرض وقف، فينبغي أن يكون قصيرا جدا (على سبيل المثال 24 ساعة)، و فقط بما تليه الضرورة من أجل حل ضائقة المدين بشكل منظم، حتى لا تقوّض مزايا ترتيبات المعايضة الإقفالية⁽¹¹⁸⁾.

10- وفي الولايات القضائية التي يجب فيها أن تكون مؤسسة مالية طرفا مقابلا في العقود المالية المؤهلة، ينبغي النظر في الحاجة إلى إدراج هذا الحكم التشريعي في ضوء احتمال أن تُستبعد من نطاق تطبيق الأحكام التشريعية إجراءات الإعسار المتعلقة بالكيانات المالية وغيرها من الكيانات التي تخضع لنظام إعسار خاص (مثل الحل). كما ينبغي النظر في الحاجة إلى هذا الحكم التشريعي في ضوء الاستثناء الموجود في هذه الأحكام التشريعية لحقوق والتزامات المشاركين في نظم المدفوعات أو المقاصة أو التسوية، أو الأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي، أو مرافق التداول متعددة الأطراف الأخرى. وبالإضافة إلى ذلك، يتعين أيضا تقييم إدراج هذا الحكم التشريعي في ضوء ما يطبق إلزاميا من أحكام قانون الإعسار المتعلقة بالمقاصة. وفي هذا السياق الأخير، يرتبط الحكم التشريعي بالتالي ارتباطا وثيقا بالبند (ط) في قائمة قانون دولة محكمة الإعسار أعلاه⁽¹¹⁹⁾.

جيم - الاستثناء المرتكز إلى النظام العام

1- مشروع حكم تشريعي

الاستثناء المرتكز إلى النظام العام

يجوز للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون المحدد وفقا لهذه الأحكام التشريعية إذا كانت آثار تطبيق ذلك القانون تخالف بوضوح النظام العام لتلك الدولة⁽¹²⁰⁾.

(117) انظر في هذا السياق التوصيات 101-107 من الدليل والتعليق المصاحب لها.

(118) للاطلاع على مناقشة للوقف في سياق جملة أمور منها ترتيبات المعايضة الإقفالية، انظر مبادئ اليونيدورا بشأن أعمال أحكام المعايضة الإقفالية (المبدأ 8)، ومبادئ البنك الدولي المتعلقة بالنظم الفعالة بشأن الإعسار وحقوق الدائنين/المدينين (World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes)، المبدأ C10.4 والحاشية 9.

(119) انظر الحاشية 70 أعلاه.

(120) A/CN.9/1169، الفقرة 72.

2- مشروع الشرح

1- يسمح الاستثناء المرتكز إلى النظام العام للمحاكم بعدم تطبيق القانون الأجنبي المقرر أنه منطبق بموجب أحكام هذا الفصل (على سبيل المثال، القانون المنطبق على عقد أو علاقة العمل، أو قانون النظام أو السوق أو المرفق). ويمكن الاحتجاج بهذا الاستثناء إذا تأكدت المحكمة من أن آثار تطبيق ذلك القانون تخالف بوضوح 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 له. ولكن بالنظر إلى أن الأحكام التشريعية تتناول مسائل التعاون الدولي، فإن النظام العام ينبغي أن يفهم بمعنى أضيق وأكثر تقييدا من معنى النظام العام الداخلي. وتجسد عبارة "بوضوح" الواردة في الحكم التشريعي هذا القصد. ومن ثم، لا يمكن، بموجب هذه الأحكام التشريعية، الاحتجاج بالاستثناء المرتكز إلى النظام العام إلا في ظروف استثنائية تتعلق بمسائل ذات أهمية أساسية للدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار. وتشمل هذه المسائل الأمن والسيادة ومفاهيم العدالة الأساسية والقيم الأساسية للدولة، وتشمل الظروف الاستثنائية الحالات التي قد يؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده الأحكام التشريعية لهذا الفصل إلى إضفاء الشرعية الفعلية على مخططات أو ممارسات غير مشروعة (على سبيل المثال، التهرب من القوانين والالتزامات الواجبة التطبيق، مثل المسؤوليات البيئية وحقوق الإنسان وغيرها من المسؤوليات الاجتماعية، أو استخدام القانون لتحقيق أهداف ذات دوافع سياسية).

3- وتقيم آثار تطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده الأحكام التشريعية لهذا الفصل على النظام العام لكل حالة على حدة، ولكن ينبغي اتباع نفس التفسير الضيق والتقييدي لهذا الاستثناء بصرف النظر عن نوع الإجراء (تصفية كان أو إعادة تنظيم). ومن المتوخى أن يعالج قانون دولة محكمة الإعسار عواقب عدم تطبيق القانون الأجنبي، الذي كان سينطبق في الحالة المعنية لولا دواعي النظام العام. وتبعا لعوامل الربط، يمكن أن ينطبق قانون دولة محكمة الإعسار نفسه أو قانون آخر أوثق صلة بالمسألة بدلا من القانون الأجنبي المستبعد.

الفصل الثالث - الاعتراف بآثار قانون دولة محكمة الإعسار والقوانين الأخرى التي تطبقها المحكمة الأجنبية

1- مشروع حكم تشريعي

منح أثر لقانون دولة محكمة الإعسار والقوانين الأخرى التي تطبقها المحكمة الأجنبية عند الاعتراف بإجراء (تخطيط) أجنبي، يجوز للمحكمة منح تدبير انتصافي بأن تمنح قانون دولة محكمة الإعسار وغيره من القوانين التي تطبقها المحكمة الأجنبية أثرا⁽¹²¹⁾.

2- مشروع الشرح⁽¹²²⁾

1- يُتوقع من الدول، بمقتضى نصوص الأونسيترال المتعلقة بالإعسار، أن تتعاون وتتسق فيما بينها في قضايا الإعسار عبر الحدود إلى أقصى حد ممكن⁽¹²³⁾. وتتوزع وسائل تحقيق هذا الحد الأقصى من التعاون والتسسيق وتشمل

(121) المرجع نفسه، الفقرتان 74 و75.

(122) المرجع نفسه، الفقرة 75.

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

منح تدبير انتصافي، بما في ذلك تدبير مؤقت، لمساعدة الإجراء الأجنبي والممثل الأجنبي⁽¹²⁴⁾.

2- ويتمشى الفصل الثالث من هذه الأحكام التشريعية مع تلك الأهداف، حيث يتيح للمحكمة المتلقية للطلب أن تمنح قانون دولة محكمة الإعسار أو أي قانون آخر تطبقه المحكمة الأجنبية أثرا. وللتوضيح، من أجل إنفاذ وقف التنفيذ على موجودات حوزة الإعسار التي تقع في دولة غير الدولة التي بدأت إجراءات الإعسار، يتعين على الممثل الأجنبي التماس تدبير انتصافي يؤدي إلى نفس النتيجة في الدولة التي تقع فيها الموجودات. وقد لا تتردد المحاكم في تلك الدولة في تطبيق القوانين الداخلية بدلا من قانون دولة محكمة الإعسار عند النظر في طلب هذا النوع من التدابير. وعندما لا تفرض القوانين الداخلية وقفا في القضية ذات الصلة، فإن الحكم التشريعي الوارد في الفصل الثالث يتيح للمحاكم في الدولة المتلقية للطلب إنفاذ قانون دولة محكمة الإعسار، ونتيجة ذلك هي أن الوقف المفروض بموجب قانون دولة محكمة الإعسار يكون نافذا أيضا في الدولة المتلقية للطلب.

3- وبالتالي، يكمل الفصل الثالث الأحكام القائمة بشأن التدابير الانتصافية والمساعدة الإضافية الواردة في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت، مثلما تكمل المادة العاشرة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود بشأن الإعسار الدولي فيما يتعلق بالاعتراف بالأحكام الأجنبية وإنفاذها. ويكمل الفصل الثالث أيضا المادة 15 بشأن المفعول المتكافئ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعتراف بالأحكام القضائية المتعلقة بالإعسار وإنفاذها، والتي بموجبها يُمنح الحكم المعترف به أو الواجب النفاذ مفعولا مطابقا لمفعوله في الدولة المُصدرة أو للمفعول الذي كان سيكتسبه لو كان قد صدر عن المحكمة المحلية. وتتص تلك المادة أيضا على أن الحكم القضائي المتعلق بالإعسار إذا كان ينص على تدبير انتصافي لا يكفله القانون الداخلي، فإن ذلك التدبير يجب تكييفه، بقدر المستطاع، بحيث يتفق مع تدبير انتصافي له مفعول مكافئ، لا أكثر، من التدابير التي يكفلها قانون الدولة المُصدرة.

4- ويمكن أيضا للمحاكم في إجراءات الإعسار المحلية أن تمنح قانون دولة محكمة الإعسار أو قوانين أخرى تطبقها المحكمة الأجنبية أثرا عندما يكون من الضروري بدء تلك الإجراءات بموجب القانون الداخلي، وذلك مثلا لحماية حقوق الموظفين المحليين، أو عندما يلزم بدء تلك الإجراءات لأسباب عملية، مثلا من أجل ضمان الإدارة الفعالة للممتلكات غير المنقولة التابعة لحوزة الإعسار الموجودة في ولايات قضائية متعددة.

5- وعلى النحو المتوخى في الحكم التشريعي، قد لا يقتصر منح الأثر على قانون دولة محكمة الإعسار، بل قد يشمل ذلك أيضا قانون دولة أخرى تطبقه المحكمة الأجنبية، وهو ما قد يحدث، على سبيل المثال، نتيجة إما لتطبيق الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار، الواردة في الفصل الثاني، أو تغليب المحكمة الأجنبية قانون دولة أخرى. وقد يكون قانون الدولة الأخرى قانون موقع المال أو أي قانون آخر أوثق صلة من قانون دولة محكمة الإعسار بأي مسألة معينة يُنظر فيها في القضية ذات الصلة، وقد يتبين أنه القانون الداخلي للدولة المتلقية للطلب.

6- ومن شأن التقارب الملحوظ بين قواعد الإعسار الموضوعية أن يجعل منح التدبير المتوخى في الحكم التشريعي أقل إشكالية. وقد يلزم منحه أيضا في ظل ظروف معينة في بعض الدول (على سبيل المثال، الدول التي تقع عليها التزامات دولية بتغليب قانون دولة محكمة الإعسار للإجراء الأجنبي الرئيسي في القضية

(124) دليل الاشرع والتفسير، الفقرة 35.

ذات الصلة⁽¹²⁵⁾. غير أن هذا الحكم التشريعي لا يتوخى منح قانون دولة محكمة الإعسار أو قوانين أخرى تطبقها المحكمة الأجنبية أثراً تلقائياً في الدولة المتلقية للطلب عند الاعتراف بإجراء أجنبي، سواء أكان إجراء رئيسياً أم غير رئيسي، على عكس المادة 20 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود على سبيل المثال التي تتوخى بعض النتائج التلقائية، رهنا ببعض الاستثناءات، عند الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي.

7- ويخضع منح التدبير الانتصافي المتوخى في الحكم التشريعي للضمانات المعتادة المتمثلة في الاستثناء المرتكز إلى النظام العام وتوفير الحماية الكافية للدائنين⁽¹²⁶⁾. وعلى وجه الخصوص، لا يوجد ما يمنح المحكمة المحلية من رفض منح التدبير إذا كان منحه يخالف بوضوح النظام العام لدولتها. وبالإضافة إلى ذلك، عند منح أو رفض أو تعديل أو إنهاء التدبير وهو ما يتخذ شكل منح أثر لقانون دولة محكمة الإعسار أو قانون آخر تطبقه المحكمة الأجنبية، ستقارن المحكمة المحلية حتماً النتيجة المترتبة على ذلك بالنتيجة التي كانت ستتحقق لو طبق القانون الداخلي بدلاً من ذلك. وعلى وجه الخصوص، وبغية ضمان الحماية الكافية للمصالح المحلية وجميع الأطراف ذات المصلحة بموجب المادتين 21 (2) و22 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، ستقارن المحكمة المحلية بين المعاملة التي يتلقاها الدائنون والأطراف الأخرى ذات المصلحة، بمن في ذلك المدين نفسه، بموجب قانون دولة محكمة الإعسار أو قانون دولة أخرى تطبقه المحكمة الأجنبية في القضية ذات الصلة والمعاملة التي قد يتفوقها في المحكمة المحلية (إما بموجب القانون الداخلي أو قانون دولة أخرى قد تكون المحكمة المحلية ملزمة بتطبيقه في القضية ذات الصلة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص أو الأحكام الغالبة الواردة في قانون الإعسار في دولتها). وعندما تُظهر تلك المقارنة أن المحكمة الأجنبية لم تكفل الحماية الكافية، يجوز للمحكمة أن ترفض منح التدبير المتوخى في الحكم التشريعي.

8- وقد تنشأ اعتبارات أخرى نتيجة منح قانون دولة محكمة الإعسار أثراً فيما يتعلق بمعاملة المصالح الضمانية بسبب اعتبارات النظام العام التي ينطوي عليها تصميم النظام المحلي للإقراض المضمون، بما في ذلك معاملة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار. وقد يساور الدول القلق من أن إقحام قانون أجنبي في ذلك النظام يمكن أن يستحدث عاملاً مزعجاً للاستقرار قد يؤدي إلى اختلال تدابير حماية المصالح الضمانية المحلية وتتاقص قيمة تلك المصالح وزيادة التكاليف المحلية للتمويل. وقد يؤدي نقل مركز المصالح الرئيسية، إذا أحدث تغييراً جذرياً غير متوقع في اللحظة الأخيرة في وضع الدائنين المضمونين، إلى تقاوم تلك الشواغل. ومع ذلك، إذا قُدمت ضمانات كافية لتوفير الحماية الكافية لمصالح الدائنين المضمونين في الإجراءات الأجنبية إلى المحكمة المتلقية للطلب، فلا ينبغي أن تكون هناك عقبات أمام منح قانون دولة محكمة الإعسار أثراً أيضاً فيما يتعلق بمعاملة الدائنين المضمونين. ويناقش الفصل الثاني من هذه الأحكام التشريعية العناصر التي قد توفر هذه الضمانات للمحكمة المتلقية للطلب. وهي تشمل أن يُقتضى من المحكمة الأجنبية: (أ) الاعتراف بأن المصلحة الضمانية النافذة والقابلة للإنفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار نافذة وقابلة للإنفاذ في إجراء الإعسار الأجنبي أيضاً؛ (ب) ضمان الحماية الكافية لقيمة الموجودات المرهونة؛ (ج) رفع الوقف عن إنفاذ وتنفيذ المصالح الضمانية في ظل الظروف المناسبة. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تطمئن المحكمة المتلقية للطلب لأن المحكمة الأجنبية تكون قد طبقت القانون الذي كانت المحكمة المتلقية للطلب ستطبقه في القضية ذات الصلة (مثل قانون الإعسار في دولة موقع المال) لأن الآثار المترتبة على معاملة الدائنين المضمونين في

(125) انظر على سبيل المثال، إطار اتفاقية كيب تاون على الرابط www.unidroit.org/instruments/security-interests/، على سبيل المثال، المادة الثلاثون (4) من بروتوكول المسائل التي تخص معدات الطائرات الملحق باتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، 2001) ('بروتوكول معدات الطائرات')، التي تتوخى تغليب قانون دولة محكمة الإعسار في الإجراء الأجنبي الرئيسي. ويرد حكم مماثل في البروتوكولات الأخرى الملحقة باتفاقية كيب تاون.

(126) انظر أيضاً المواد 6 و21 و22 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود والمادتين 6 و27 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إعسار مجموعات المنشآت.

مثل هذه القضايا ستكون نفسها، بما في ذلك ما يتعلق بوقف إنفاذ مصالحهم الضمانية وتنفيذها.

9- وكما هو الحال في الحالات الأخرى، يجب ضمان التنسيق والتعاون في منح التدبير الانتصافي عند تنفيذ إجراءات مترامنة، سواء فيما يتعلق بمدين واحد أو عدة مدنيين أعضاء في مجموعة المنشآت نفسها. ويجوز للمحكمة أن ترفض منح التدبير الانتصافي إذا كان منحه يعرقل تسيير إجراء أجنبي رئيسي. وعند منح التدبير الانتصافي بشأن إجراء أجنبي غير رئيسي، يجب أن يتسق مع الإجراء الأجنبي الرئيسي. وعلى المحكمة المتلقية للطلب أن تراجع أو تعدل أو تنهي التدبير الانتصافي الساري المفعول الذي لا يتفق مع الإجراء الأجنبي الرئيسي. وقد ينشأ تضارب أو تعارض على وجه الخصوص مع وقف أو أمر آخر صادر في الإجراء الأجنبي، سواء أكان رئيسياً أم غير رئيسي، سبق أن اعترفت به أو أنفذته المحكمة المتلقية للطلب أو يمكن أن تعترف به أو تنفذه. وعادة ما ينشأ التعارض مع وقف الإجراءات، مثلاً، عندما يسمح هذا الأمر ببدء أو مواصلة دعاوى منفردة بقدر ما يلزم للحفاظ على مطالبته ما، دون أن يسمح بالاعتراف بأي حكم قضائي مترتب عليها أو بإنفاذه في وقت لاحق. وقد ينشأ أيضاً عندما لا يسمح ذلك الوقف ببدء أو مواصلة تلك الدعاوى المنفردة وتكون الدعوى المفضية إلى الحكم القضائي قد بوشرت بعد صدور أمر الوقف (وبالتالي يحتمل أن تشكل انتهاكاً للوقف)⁽¹²⁷⁾.

10- وإضافة إلى ذلك، لا يجوز منح تدبير انتصافي بشأن إجراء أجنبي غير رئيسي إذا كان منحه سيرتب آثاراً على موجودات لا ينبغي، بموجب القانون الداخلي، أن تدار في الإجراء الأجنبي غير الرئيسي أو على معلومات غير لازمة في ذلك الإجراء. وفي حال تنفيذ إجراءات غير رئيسيين أو أكثر، تمنح المحكمة المتلقية للطلب أو تراجع أو تعدل أو تنهي التدبير الانتصافي الممنوح في الإجراءات الأجنبية غير الرئيسية بغرض تسيير تنسيق تلك الإجراءات.

11- وتنشأ اعتبارات إضافية في تنسيق التدبير الانتصافي بموجب قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إفسار مجموعات المنشآت. ولا يجوز منح تدبير انتصافي بشأن إجراء التخطيط الأجنبي إذا كان منحه سيرتب آثاراً على موجودات وعمليات عضو في مجموعة منشآت غير خاضع لإجراء إفسار، ما لم يكن قد بدء بإجراء الإفسار لغرض التقليل من حالات بدء إجراءات الإفسار⁽¹²⁸⁾.

(127) دليل الاشتراع، الفقرة 107.

(128) انظر المواد 20 و22 و24 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إفسار مجموعات المنشآت والتعلق الوارد تحت المادة 20 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن إفسار مجموعات المنشآت.