



FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room _____

Distr.
GENERAL

A/CN.9/332/Add.7
22 March 1990
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH



الأمم المتحدة

الجمعية العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي

الدورة الثالثة والعشرون

نيويورك ، ٢٥ حزيران/يونيه -

٦ تموز/يوليه ١٩٩٠

التجارة المكافئة الدولية

مشروع دليل قانوني بشأن تحرير العقود في صفقات

التجارة المكافئة الدولية : فصول مختارة*

تقرير الأمين العام

إضافة

الثاني عشر : ضمان الأداء

المحتويات

الفقرات الصفحة

ألف - ملاحظات عامة ١ - ٦ ٣

باء - أحكام الكفالة في اتفاق التجارة المكافئة ٧ - ٣٧ ٤

* أعدت الأمانة مشروع الفصل الوارد في هذه الوثيقة لكي تنظر فيه اللجنة باعتباره جزءاً من الأعمال التحضيرية المعنية بمشروع الدليل القانوني بشأن تحرير العقود في صفقات التجارة المكافئة الدولية ، ومن ثم ، فلا ينبغي أن ينظر إليه باعتباره يبين وجهات نظر اللجنة .

المحتويات (تابع)

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٥	١٠ - ١٤	١ - اختيار الكفيل
٦	١٥ - ٢٠	٢ - شروط الحصول على الدفع بموجب الكفالة
٧	٢١ - ٢٤	٣ - مبلغ الكفالة وتقليل المبلغ
٨	٢٥ - ٢٨	٤ - وقت تقديم الكفالة
٨	٢٥ - ٢٦	(أ) عند بدء نفاذ اتفاق التجارة المكافئة أو بعده بفترة قصيرة
٩	٢٧ - ٢٨	(ب) فيما بعد خلال فترة الوفاء بالتعهد
٩	٢٩ - ٣٤	٥ - مدة الكفالة
٩	٢٩ - ٣١	(أ) تاريخ انقضاء المدة
١٠	٣٢	(ب) إعادة مستند الكفالة
١٠	٣٣ - ٣٤	(ج) التمديد
١١	٣٥ - ٣٧	٦ - تعديل اتفاق التجارة المكافئة أو انهاؤه
١١	٣٨ - ٤٥	جيم - كفالة عدم التوازن في التبادل التجاري
١٢	٤٠ - ٤٤	١ - كفالة الشحن في اتجاه واحد
١٣	٤٥	٢ - الكفالات المتبادلة

الف - ملاحظات عامة

١ - يركز الدليل القانوني على الكفالات (ويشار إليها أيضا في الممارسة العملية بتعبير "سندات الضمان" أو "التعويضات عن الخسارة") التي تقدم في صفقة التجارة المكافئة، والتي تدعم التعهد المبرم في التجارة المكافئة. والكفالة من هذا النوع قد تدعم التزام الطرف الذي تعهد بشراء البضائع التجارية المكافئة، وكذلك التزام الطرف الذي تعهد بتوريد البضائع. وفي بعض الأحيان، تدعم الكفالة تعهد التجارة المكافئة عن طريق تأمين الدفع بموجب شرط بشأن التعويضات المقطوعة أو بشأن الجزاءات المحددة، يغطي تعهد التجارة المكافئة. والكفالات الخاصة بالتجارة المكافئة قد تستخدم أيضا لدعم تسوية حالات الاختلالات في التدفق التجاري (الفقران ٢٨ إلى ٤٥ أدناه). أما الكفالات التي تدعم أداة كل عقد من عقود التوريد، فلا يتطرق الدليل إليها بصفة محددة بما أنها لا تشير مسائل خاصة بموضوع التجارة المكافئة.

٢ - وقد يكون لاشتراط تقديم الكفالات ميزة عامة في الحيلولة دون اشتراك الأطراف ممن لا يعتمد عليهم أو ممن لا يملكون موارد مالية كافية في صفقات التجارة المكافئة. كما أن المؤسسات الكافلة تعتمد بصفة عامة إلى إجراء استعلامات دقيقة عن أي طرف يطلب إليها أن تكفل التزاماته، ولا تقدم الكفالات في العادة إلا عندما يتوفر لديها سبب معقول يدعوها إلى الاعتقاد بأن ذلك الطرف يستطيع أن يؤدي التزامه بنجاح. وقد يكون لهذه الناحية ميزة خاصة بالنسبة إلى المستوردين أو المصدرين الذين لا قدرة لديهم من نحو آخر على تحديد ما إذا كان الطرف المكافئ المقترح جديرا بالاعتماد عليه أم لا.

٣ - وقد تكون الكفالة مستقلة عن الالتزام الأساسي أو ملحقه به، وذلك يتوقف على شروطها المحددة. وبموجب الكفالة المستقلة، لا يتوقف التزام الكفيل بالدفع على ما إذا كان الطرف الملزم ("الأصيل")، الذي يحصل على الكفالة، قد أخل في الواقع بالالتزام الأساسي، بل على ما إذا كان الطرف صاحب الحق في الالتزام ("المستفيد") قد تقيّد بشروط دفع الكفالة (للاطلاع على مناقشة شروط الدفع، أنظر الفقرات ١٥ إلى ٢٠ أدناه). ولدى تلبية شروط الدفع، يستلم المستفيد دفعة فورية حتى إن كان هناك خلاف بين الأصيل والمستفيد فيما إذا كان الالتزام الأساسي قد أخل به أم لا. ويترك الأمر للأصيل، في الدعوى التي ترفع لاستعادة المبلغ المدفوع، لكي يثبت عدم الإخلال بالالتزام. وعلى الرغم من أن التزام الكفيل بالدفع قد يكون مستقلا عن الالتزام الأساسي، فإنه يجوز بموجب القانون المطبق على الكفالة أن يحرم المستفيد من حقه في المطالبة بموجب الكفالة، في بعض الظروف الاستثنائية، وخصوصا عندما تكون مطالبة المستفيد قائمة على الاحتيال.

٤ - أما بموجب الكفالة الملحقه، فيجب على الكفيل ألا يدفع المبلغ إلا عندما يكون الأصيل قد أخل في الواقع بالالتزام المكفول. والكفالات الملحقه من هذا النحو

يشار إليها في القوانين الوطنية بمصطلحات مثل "suretyship" ، و"cautionnement" ، و"garantia" ، و"Burgschaft" . ويجب على الكفيل ، قبل أن يدفع المبلغ المطالب به ، أن يتأكد من وقوع إخلال بالالتزام الأساسي لكي يقرر أن المطالبة لها ما يسوغها من الوجهة القانونية أم لا ؛ ويحق للكفيل عادة أن يتذرع بجميع الدفع التي يمكن للأصيل أن يتذرع بها في اعتراضه على المستفيد .

٥ - بيد أن المناقشة في الدليل القانوني تقتصر على الكفالات المستقلة ، دون أن يتضمن ذلك وجود تفضيل لهذا النوع من الكفالات . وبصفة عامة ، تستخدم الكفالات المستقلة لدعم الالتزامات المبينة في اتفاق التجارة المكافئة . ومع أن الأصيل يميلون إلى تفضيل الكفالات الملحقة ، فإن المستفيدين يمتنعون عادة عن قبول مثل تلك الكفالات بسبب ما يمكن أن تنطوي عليه من حالات تأخر في الحصول على الدفع . وعلاوة على ذلك ، يميل الكفلاء ، وخصوصا المصارف ، إلى تفضيل الكفالات المستقلة لأنهم لا يرغبون في التحقق من أداء الالتزام الأساسي . وفي حين تكون مختلف الأنظمة القانونية السارية على الكفالات الملحقة مستقرة تماما ، فإن الكفالات المستقلة ، وهي أساسا ابتداء ناشئ عن الممارسات المصرفية والتجارية ، لم تستقر بعد على نحو وطيء في جميع النظم القانونية ، وليس هناك سمة موحدة فيما يتعلق بمدى الاعتراف بالكفالات المستقلة .

٦ - وفي بعض البلدان ، تصدر المصارف "خطابات اعتماد ضامنة" ، وهي صكوك معادلة في وظيفتها للكفالات المستقلة . ووفقا لذلك ، فإن المناقشة في الدليل القانوني بشأن الكفالات المتعلقة بضمان أداء الأصيل تنطبق على خطابات الاعتماد الضامنة .

باء - أحكام الكفالة في إتفاق التجارة المكافئة

٧ - عندما يقرر الطرفان استخدام كفالة لدعم تعهد التجارة المكافئة ، ينبغي لهما أن يدرجا في اتفاق التجارة المكافئة بعض الأحكام الأساسية بخصوص إصدار الكفالة وشروطها المحددة . وقد يرغب الطرفان أيضا في تدارس موضوع تذييل اتفاق التجارة المكافئة صيغة كفالة تتبعها الجهة المصدرة في إنشاء الكفالة . ولدى صوغ شروط الكفالة المنتظر إصدارها في اتفاق التجارة المكافئة ، ينبغي للطرفين أن يكونا واثقين من أن الكفيل سيقبل الصياغة المتفق عليها فيما بينهما .

٨ - وتبعا للنمط السائد يتبين أن الطرف الذي يتعهد بعملية شراء هو الذي يكون تعهده مدعوما بكفالة . وذلك لأن الهدف الأولي الذي يقصد إليه ذلك الطرف في اتفائه على تعهد تجارة مكافئة هو ، في كثير من الحالات ، تأمين عملية بيع أكثر مما هو حصول على بضائع من الطرف الآخر . وأما عندما يكون لدى الطرف الذي يتعهد بشراء البضائع مصلحة خاصة في الحصول على البضائع ، فمن الجائز حينذاك أن يدعم بكفالة تعهد المورد بإبرام عقد لتوريد البضائع المتفق عليها . وفي بعض الحالات ، قد يتطلب

اتفاق التجارة المكافئة من كل من الشاري والمورد الحصول على كفالات لدعم تعهداتها . وعندما يتكهن الطرفان في اتفاق التجارة المكافئة بأنه قد يقوم شخص ثالث بتعهد التجارة المكافئة ، فقد يرغب الطرفان في تدارس ما اذا كان ينبغي إستصدار الكفالة من جانب الطرف الذي تعهد أصلا بشراء أو توريد البضائع أو من جانب الشخص الثالث (أنظر الفصل الثامن ، "مشاركة الغير").

٩ - وعندما تدعم الكفالة التزام الطرف الاصيل بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو شرط جزائي ، فإن المسألة المتعلقة بما اذا كان دفع المبلغ بموجب الكفالة سيحرر الاصيل من التزامه بالوفاء بتعهد التجارة المكافئة ، سوف تسوى بحسب أحكام شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي والقواعد المطبقة على هذا الشرط (أنظر الفصل الحادي عشر ، "التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية" ، الفقرات من ... الى ...).
وأما عندما لا تدعم الكفالة شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي ، ويقصد الطرفان ، كما هي الحال أحيانا ، الى أن يكون للدفع بموجب الكفالة مفعول يحرر الاصيل من التعهد في التجارة المكافئة أو من المسؤولية عن أي أضرار تتجاوز قيمة المبلغ المدفوع بموجب الكفالة ، فينبغي للطرفين أن يبينا قصدهما في اتفاق التجارة المكافئة . ودون وجود حكم بهذا الشأن ، لا يمكن افتراض أن دفع المبلغ بموجب الكفالة يحرر الاصيل من تعهد التجارة المكافئة أو من المسؤولية عن الأضرار .

١ - إختيار الكفيل

١٠ - قد يرغب الطرفان في أن يحددا في اتفاق التجارة المكافئة كفيلا يكون مقبولا لديهما معا . وذلك من شأنه أن يرضي المستفيد بأن الكفالة سيصدرها كفيل يملك الاحتياطيات المالية الضرورية وهو مقبول من نحو آخر . ويمكن أن يكون تبيان هوية الكفيل مفيدا لكلا الطرفين من حيث انه سيحد من الخلافات اللاحقة وسيتمكن الطرفان من معرفة تكلفة الكفالة منذ البداية .

١١ - أما اذا لم تبين هوية الكفيل في وقت ابرام اتفاق التجارة المكافئة ، فقد ينص الطرفان ، على سبيل المثال ، على أن يكون الكفيل مصرفا من الدرجة الاولى ، أو يكون مقبولا لدى المستفيد ، أو يكون مؤسسة من البلد الذي يسكنه أحد الطرفين .

١٢ - وقد يرغب المستفيد في أن تصدر الكفالة مؤسسة في البلد الذي يسكنه هو لان إنفاذ حكم دعوى المطالبة بالدفع على مثل تلك المؤسسة يمكن أن يكون أسهل منه على مؤسسة أجنبية . بيد أن اشتراط استخدام كفيل محلي قد يكون غير موافق من حيث أنه يمنع الاصيل من استخدام كفيل تربطه به علاقة وطيدة وقد يقدم الكفالة نفسها بتكلفة أدنى .

١٣ - وفي بعض النظم القانونية ، تنص القواعد الالزامية التي تطبق على المستفيد بأن الكفالة لا تقبل الا اذا أصدرتها مؤسسة مالية كائنة في البلد أو مؤسسة مالية مصرح لها إصدار كفالات تشمل الدفع بعملة أجنبية ، أو اذا وافقت السلطة المختصة على انتقاء الكفيل .

١٤ - ولقد كان هناك وقائع أبرم فيها الطرف المراد كفالة تعهده في صفقة تجارة مكافئة ، ارتباطا بدفع مبلغ من المال ، أصطلح على أنه " كفالة " ، لدعم تعهد التجارة المكافئة أو دفع ما يتصل به من التعويضات المقطوعة أو الجزاءات المحددة . والاثـر لمثل تلك " الكفالة " أن الطرف الكفيل يعد بأن يدفع الى الطرف الآخر بموجب شروط الكفالة دون إثارة أي اعتراض مما لا يمكن أن يثيره طرف كفيل من الغير ، وأن للطرف الكفيل ان شاء أن يرفع دعوى لاسترداد الاموال المدفوعة اذا ما كان هناك إـدعاء بعدم الاخـلال بالالتزام الاساسي . وقد يكون مثل تلك الكفالة مقبولا لدى المستفيد اذا كانت الكفالة مستقلة عن الصفقة الأساسية وصادرة عن طرف تجاري ممن يعتبر المستفيد أن نزاهته التجارية وكفايته المالية لا يرقى اليهما الشك . بيد أنه غير واضح ما اذا كانت تلك الكفالة تمنح المستفيد حقوقا قانونية إضافة الى تلك الحقوق الناشئة عن الالتزام المشمول بالكفالة .

٢ - شروط الحصول على الدفع بموجب الكفالة

١٥ - ينبغي أن يبين بوضوح اتفاق التجارة المكافئة الشروط التي لا بد من الوفاء بها لكي يكون الكفيل ملزما بدفع المبلغ ، وخصوصا فيما يتعلق بأية وثائق يتعين تقديمها دعما للمطالبة بالدفع . وقد تنشأ نزاعات من جراء عدم التيقن مما اذا كانت الوثائق التي يبرزها المستفيد مطابقة لشروط الكفالة .

١٦ - وقد تنص شروط الكفالة المستقلة على أن طلب الدفع وحده يكفي أو أنه لا بد من أن يكون الطلب مصحوبا ببيان المستفيد فيما يخص موضوع الاخـلال بالالتزام . وقد يكفي تقديم إعلان عام بهذا الخصوص . وبدلا من ذلك ، قد يشترط على المستفيد أن يذكر مزيدا من التفاصيل ، مثل طبيعة إخلال الاصيل بالالتزام ، وأن المستفيد يستحق دفع المبلغ المطالب به ، وأن المبلغ لم يدفع بعد . وبالإضافة الى طلب الدفع ، قد يشترط على المستفيد أن يبرز وثائق صادرة عن الغير فيما يتصل بالتقصير من جانب الاصيل ، ومن ذلك مثلا قرار تحكيمي أو قرار محكمة يبين أن التقصير وقع فعلا . وقد تنص الكفالة على أن اشتراط تقديم بيان صادر عن الغير يمكن تفاديه اذا قدم الاصيل إقرار كتابيا بالتقصير . وفي جميع هذه الحالات ، يعتمد الكفيل الى التأكد فحسب من أن الوثائق مطابقة في ظاهرها لمقتضيات الكفالة ولا ينتظر منه أن يستعلم عن موضوع الصفقة الأساسية . وخصوصا أنه لا ينتظر من الكفيل أن يتحقق من أن البيانات الواردة في وثيقة ما لها أساس من الصحة .

١٧ - وفي بعض الأحيان يتفق الطرفان على أنه يجب على المستفيد أن يشعر الأصيل بعزمه على طلب الكفالة ، وعلى أن المطالبة لا يمكن أن تتم قبل انقضاء فترة محددة من الزمن تلي الأشعار . والغرض من هذا الاشتراط الخاص بالأشعار إتاحة الفرصة إلى الأصيل للمبادرة إلى معالجة إخلال أو تسوية خلاف . ومن ثم فإن وجود شرط فرعي في الكفالة بهذا الصدد سيقتضي من المستفيد أن يقدم مع طلب الدفع دليلاً مستندياً يثبت أن الأشعار قد سلم إلى الأصيل .

١٨ - وحيث تدعم الكفالة الالتزام بالدفع بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو شرط جزائي ، فقد يرغب الطرفان في أن يشترطاً ضمن شروط الدفع ما يقتضي من المستفيد تقديم بيان يذكر فيه أن الدفع بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي قد أصبح مستحقاً .

١٩ - وبالإضافة إلى الشروط المستندية ، عادة ما تحدد الكفالة اشتراطات لا تخص أداء الالتزام الأساسي . وفي الأغلب ، تتعلق تلك الشروط ، والتي لا تنطوي على إبراز وثيقة ما ، بالفترة التي يمكن أن تتم المطالبة خلالها ، وبمبلغ الكفالة ، وبمكتب الكفيل الذي تقدم إليه المطالبة .

٢٠ - ومن المستصوب ، أن ينص اتفاق التجارة المكافئة ، إضافة إلى تبيان اتفاق الطرفين بشأن الكفالة ، على أن المستفيد لا يحق له المطالبة بموجب الكفالة إلا إذا كان هناك في الواقع عجز عن الوفاء بالتعهد . وإن مثل هذا الحكم قد ييسر على الأصيل استعادة الخسارات التي يتكبدها في حال تسديد مطالبة دون أن يكون هناك إخلال بالالتزام الأساسي .

٣ - مبلغ الكفالة وتقليل المبلغ

٢١ - ينبغي أن يتفق الطرفان على مبلغ الكفالة ، وكذلك على العملة التي يجب تعيينها ودفع المبلغ بها . ويعبر عن مبلغ الكفالة بمقدار محدد أو بنسبة مئوية من قيمة الالتزام المستحق . وإذا كانت الكفالة تدعم الدفع بموجب شرط بشأن التعويضات المقطوعة أو شرط جزائي ، فمن الجائز أن يستدعي شرط الكفالة في اتفاق التجارة المكافئة دفع مبلغ جزئي أو كلي من التعويضات المقطوعة أو الجزاء . ومن الجائز أن تكون نفس قيمة التعويضات المقطوعة أو الجزاء نسبة مئوية معينة من تعهد التجارة المكافئة غير المستوفى .

٢٢ - ولدى تحديد مبلغ الكفالة أو قيمة التعويضات المقطوعة أو الجزاء الذي تغطيه الكفالة ، على الطرفين أن يضعوا في الحسبان عوامل مثل مقدار الخسائر التي من المتوقع التعرض لها في حال عدم الوفاء والمخاطرة التي تنجم عن العجز عن الوفاء ، وكذلك الحدود التي يراعيها الكفلاء عادة بصدد عقود مشابهة . وقد يكون العامل الآخر مدى اليسر الذي يمكن به الحصول على دفع المبلغ المطالب به بموجب الكفالة . وفي

هذا الصدد ، فان المستفيد عليه بصفة عامة أن يقوم بمبادلة تجارية وكلما كانت شروط الكفالة أقرب الى شرط كفالة طلب بسيطة ، وكلما كان الحصول على الدفع يسرا ، كان الاصيل اقل رغبة في أن تغطي الكفالة نسبة مئوية عالية من تعهد التجارة المكافئة . ومن ناحية أخرى ، اذا كانت تلبية الشروط المستندية أكثر صعوبة عندما لا يخل الاصيل بالتعهد (مثلا عندما يتوجب تقديم قرار تحكيمي أو قرار من محكمة) ، جاز أن يكون الاصيل راغبا في الاتفاق على تحديد مبلغ أعلى للكفالة .

٢٣ - وقد يرغب الطرفان في تضمين شروط الكفالة وسيلة إجرائية لتقليل مبلغ الكفالة كلما تقدمت مراحل الوفاء بتعهد التجارة المكافئة . إذ إن تقليل مبلغ الكفالة ستكون له ميزة في التقليل من مدى التعرّض للمخاطر بموجب الكفالة وربما من تكلفة الكفالة أيضا . وإذا كانت الكفالة تؤمن دفع التعويضات المقطوعة أو جزاء ما ، فان الاحكام بشأن التقليل من مقدار الكفالة ينبغي أن تكون متسقة مع أي وسيلة لاجراء التقليل بالنسبة الى مبلغ التعويضات المقطوعة أو الجزاء .

٢٤ - ومن المستصوب أن تستخدم الوسيلة الاجرائية الخاصة بتقليل المبلغ على أساس تقديم مستندات محددة الى الكفيل تثبت الوفاء بتعهد التجارة المكافئة ، دون أن يكون الكفيل ملزما بالتحقق من درجة الوفاء بتعهد التجارة المكافئة . وقد تشمل تلك المستندات وثائق الشحن ، أو نسخا من عقود التوريد ، أو أوامر الشراء ، أو رسائل الافراج عن البضائع ، أو مستندات أخرى تسجل الوفاء . وقد يجد الطرفان أيضا أن من المفيد الاشتراط بذلك على من أصدر المستندات وعلى الطرف المسؤول عن إرسالها الى الكفيل . وحين تكون فترة الوفاء مقسّمة الى فترات فرعية ، قد يرغب الطرفان في النص على أن يجري تقليل الكفالة بحسب المبلغ الذي خصص لكل فترة فرعية ولم يطالب به خلال الفترة الزمنية المتفق عليها .

٤ - وقت تقديم الكفالة

(أ) عند بدء نفاذ إتفاق التجارة المكافئة أو بعده بفترة قصيرة

٢٥ - ينصح الطرفان بالاتفاق على المرحلة الزمنية التي يتم فيها اصدار الكفالة . وقد يتفق ، على سبيل المثال ، على أن تصدر الكفالة الى المستفيد عند بدء نفاذ إتفاق التجارة المكافئة أو بعده بفترة قصيرة (مثلا ، بعد ثلاثين يوما من بدء نفاذ إتفاق التجارة المكافئة) . وقد يحصل الطرفان على تأكيد بأن الكفالة سيتم تأمينها في الوقت المتفق عليه ، بالنص على أن إتفاق التجارة المكافئة يبدأ نفاذه من غير تأمين الكفالة أو أن الاصيل يعتبر قد أخل بتعهد التجارة المكافئة اذا لم تؤمن الكفالة خلال الفترة الزمنية المتفق عليها .

٢٦ - وعندما يبرم عقد في اتجاه واحد (عقد تصدير) مع اتفاق التجارة المكافئة ، يستطيع الطرفان أن يتفقا على أن اصدار كفالة تدعم الوفاء بتعهد التجارة المكافئة شرط لبدء نفاذ عقد التصدير . ومن شأن مثل هذا الحكم أن يطمئن المستورد بعدم كونه ملزما بموجب عقد التصدير قبل اصدار كفالة لدعم تعهد التجارة المكافئة .

(ب) فيما بعد خلال فترة الوفاء بالتعهد

٢٧ - قد يتفق الطرفان على أنه لا داعي الى تأمين الكفالة لغاية موعد معين يحين فيما بعد خلال فترة الوفاء بالتعهد ، بشرط أن لا يكون الوفاء بالتعهد قد استكمل في ذلك الوقت . وقد يكون الموعد المتفق عليه ، على سبيل المثال ، قبل ثلاثة أشهر من نهاية فترة الوفاء ، أو قبل ثلاثة أشهر من نهاية كل شريحة سنوية من جدول زمني متعدد السنوات محدد لاتمام الوفاء . ولهذا النهج مزية في أن مبلغ الكفالة يمكن أن يحسب كنسبة مئوية من قيمة تعهد التجارة المتكافئة المستحقة حينذاك . ويجعل مبلغ الكفالة متوقفا على الرصيد المستحق لا على قيمة تعهد التجارة المكافئة بكاملها ، وبالتحديد طول الفترة الزمنية التي تكون خلالها الكفالة نافذة المفعول ، من المرجح أن يقل مدى التعرض للمخاطر بموجب الكفالة وكذلك تكلفة الكفالة نفسها .

٢٨ - وبما أن مثل هذا النهج يعرض المستفيد الى مخاطرة في احتمال عدم تأمين الكفالة . فقد يرغب الطرفان في الاتفاق على حقوق المستفيد في حال عدم تأمين الكفالة حسب الاتفاق . ويجوز الاتفاق على أن يسمح للمستفيد أن يعتبر تعهد التجارة المكافئة وكأنه قد أخل به وأن يطالب بالدفع بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي . وعلاوة على ذلك ، من الجائز الاتفاق على أن يحق للمستفيد أن يخصم قيمة التعويضات المقطوعة أو الجزاء من أي مبالغ تصبح مستحقة بموجب عقد التصدير بعد العجز عن تأمين الكفالة .

٥ - مدة الكفالة

(أ) تاريخ انقضاء المدة

٢٩ - من المستصوب للطرفين في اتفاق التجارة المكافئة أن يتفق على طول المهلة الزمنية التي تظل الكفالة خلالها نافذة المفعول . وثمة أنهج ممكنة في هذا الصدد ، قد يكون واحد منها في النص على كفالة مفتوحة المدة لا تنتهي الا عندما يعتبر الوفاء بالتعهد قد أنجز أو من ناحية أخرى ، عندما يبرأ الطرف المتعهد من تعهده (أنظر الفصل السابع ، "الوفاء بتعهدات التجارة المكافئة" ، الفقرات من — الى —) . وقد يكون النهج الآخر في النص على موعد ثابت لتاريخ الانقضاء . ومما ينبغي ملاحظته أن أكثر الكفلاء قد لا يكون لديهم استعداد لاصدار كفالات الا اذا حدد تاريخ الانقضاء . وعلاوة على ذلك ، فان الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية (تنقيح عام

١٩٨٣ ، العدد ٤٠٠ من المنشورات الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية) ، والتي يجوز بموجبها اصدار خطابات الاعتماد الضامن تقتضي ، في المادة ٤٦ منها ، اشتراط تاريخ الحد الاقصى لتقديم المستندات .

٣٠ - ومن المستصوب أن يقع تاريخ انقضاء مدة الكفالة بعد نهاية فترة الوفاء بتعهد التجارة المكافئة . إذ أن وجود فترة من الزمن بين انقضاء فترة الوفاء بالتعهد وانقضاء مدة الكفالة (مثلا ، ثلاثين يوما) من شأنه أن يتيح المجال للمستفيد لكي ينتظر ابرام عقود التوريد حتى ختام فترة الوفاء بالتعهد ، دون اضاءة امكانية المطالبة بالدفع بموجب الكفالة . وعلاوة على ذلك ، سيكون باستطاعة المستفيد ، بحسب تقديره ، أن يسمح بحدوث بعض حالات التأخر الطفيفة ، التي تعزى الى الأصيل ، في الوفاء بتعهد التجارة المكافئة ، دون اضاءة امكانية المطالبة بالدفع بموجب الكفالة . وفي الوقت نفسه ، فان وجود فترة فاصلة قصيرة نسبيا سيتيح المجال لتسوية التزام الكفيل في موعد عاجل نسبيا بعد الادعاء بحدوث عدم الوفاء في تعهد التجارة المكافئة . وقد يرغب الطرفان أيضا في تطبيق مثل هذا النهج فيما يتعلق بالكفالات التي تغطي الفترات الفرعية من فترة الوفاء بالتعهد .

٣١ - وأما اذا كان الضمان في صيغة خطاب اعتماد ضامن ، فينبغي أن يبين صراحة أنه غير قابل للنقض . والحاجة الى مثل هذا البيان مردها الى المادة ٧ (ج) من الاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية (تنقيح عام ١٩٨٣ ، العدد ٤٠٠ من المنشورات الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية) ، والتي ستكون واجبة التطبيق في كثير من الاحيان ، تنص على أن الاعتماد يعتبر قابلا للنقض في حال عدم وجود اشارة صريحة الى كونه غير قابل للنقض .

(ب) إعادة مستند الكفالة

٣٢ - في بعض النظم القانونية قد تظل الكفالة نافذة المفعول حتى بعد تاريخ الانقضاء اذا لم يعد المستفيد صك الكفالة الى مصدره . ولذلك ينبغي أن يلزم اتفاق التجارة المكافئة المستفيد باعادة الكفالة فورا بعد الوفاء بالالتزام المكفول . بيد أن نص الالتزام باعادة الكفالة ينبغي أن يماغ على نحو لا يستتبع أن تظل الكفالة نافذة المفعول حتى بعد تاريخ الانقضاء اذا لم تتم اعادتها .

(ج) التعميد

٣٣ - لأسباب شتى ، قد تمدد الفترة الزمنية المحددة للوفاء بتعهد التجارة المكافئة ، ونتيجة لذلك تستمر الى ما بعد تاريخ انقضاء الكفالة (أنظر الفصل السابع ، "الوفاء بتعهدات التجارة المكافئة" ، الفقرات من — الى — ، فيما يخص تمديد فترة الوفاء بالتعهد) . ومن الجائز أن ينص اتفاق اتفاق التجارة المكافئة

على أنه إذا مددت فترة الوفاء بالتعهد ، يكون الطرف الأصيل ملزماً بأن يرتب ، في غضون فترة زمنية معقولة ، إجراء تمديد مقابل لمدة الكفالة . وعلى نحو بديل ، من الجائز أن تنص الكفالة على إجراء تمديد تلقائي لتغطية أي تمديد لفترة الوفاء بالتعهد الأساسية المتفق عليها فيما بين الطرفين . بيد أن مثل هذا الحكم قد لا يكون مقبولاً لدى كفيل لا يرغب في الالتزام بكفالة تتوقف مدتها على اتفاق ليس الكفيل طرفاً فيه .

٣٤ - أما فيما يتعلق بتكلفة تمديد فترة صلاحية الكفالة ، فقد يرغب الطرفان في الاتفاق على أن الطرف المسؤول عن تمديد فترة الوفاء بالتعهد سيكون ملزماً بتحمل تكاليف تمديد فترة الكفالة .

٦ - تعديل اتفاق التجارة المكافئة أو إنهاؤه

٣٥ - في النظم القانونية التي تعترف باتفاق الطرفين على إنشاء كفالة مستقلة ، تظل الكفالة المستقلة ذات مفعول بحسب الاشتراط ، بصرف النظر عن التغييرات في التعهد الأساسي . فإذا كان التغيير في العقد الأساسي يؤثر في إمكانية الحصول على المستندات الداعمة للمطالبة بالدفع بموجب الكفالة المستقلة ، فينبغي الحرص على إظهار التغيير في العقد الأساسي بإجراء تعديل مقابل له في شروط الكفالة .

٣٦ - وأما بمقتضى بعض النظم القانونية التي لا تعترف على نحو كامل بالكفالة المستقلة ، فإن أي تعديل في التعهد الأساسي قد ينجم عنه تبرئة الكفيل ؛ إذ بمقتضى نظم أخرى من هذا النحو ، قد يعتبر أن الكفالة لا تغطي إلا تعهد الأصيل الحاصل عند تاريخ إصدار الكفالة . وبهدف تجنب العواقب غير المرغوب فيها ، قد ينص الطرفان على أن الكفالة تظل نافذة المفعول على الرغم من التعديلات في اتفاق التجارة المكافئة .

٣٧ - وقد يؤدي تعديل اتفاق التجارة المكافئة إلى تمديد التزام الأصيل على نحو يتجاوز بقيمته مبلغ الكفالة . ومن ثم فقد يرغب الطرفان في النص في اتفاق التجارة المكافئة على أن الأصيل يكوم ملزماً في تلك الحالات بأن يحرص على تعديل مبلغ الكفالة وفقاً لذلك .

جيم - كفالة عدم التوازن في التبادل التجاري

٣٨ - قد يرغب الطرفان في الاتفاق على شحن بضائع عوضاً عن بضائع أخرى على سبيل المبادلة وعلى عدم دفع أموال على الشحنات في كل من الاتجاهين ، وقد يكون هذا النوع من الصفقات قائماً على أساس عقد مقايضة (أنظر الفصل الثالث ، "النهج التعاقدية" ، الفقرات من — إلى —) أو على أساس التقاص في مطالبات الدفع التبادلية (أنظر الفصل التاسع ، "الدفع" ، الفقرات من — إلى —) . وفي مثل هذه الحالات ، يعرض

الطرف المورد نفسه للمخاطرة في احتمال تجاوز قيمة الشحنات قيمة البضائع المستلمة من الطرف الآخر ، وفي عدم تصفية هذا الفائض ، إما بتوريدات البضائع أو من خلال دفع القيمة بالمال . ولمواجهة هذه المخاطرة ، قد يستخدم الطرفان كفالات لتأمين تسوية أي عدم توازن قد يحصل في تدفق التبادل التجاري .

٣٩ - وينبغي أن يرتبط مبلغ الكفالة بمقدار الاختلال في تدفق التبادل التجاري ، مع وجود حد أعلى . وهذا الحد الأعلى الخاص بالكفالة يمكن تقديره بمستوى عدم التوازن المسموح به بموجب صفقة التجارة المكافئة . وقد يتفق على أن يغطي المبلغ الذي يمكن المطالبة به بموجب الكفالة مقدارا أقل من قيمة الاختلال الكاملة (مثلا ، ٨٠ في المائة) . والغرض من هذا النهج أن يثني عن اللجوء الى استدعاء الكفالة الا باعتبارها الملاذ الأخير . ومن ثم ، فان المستفيد الذي لا يستطيع استعادة كامل قيمة الاختلال عن طريق استدعاء الكفالة ، سيكون لديه حافز أكبر على تحقيق التوازن المتفق عليه في تدفق التبادل التجاري ، عن طريق طلب بضائع من الطرف الآخر .

١ - كفالة الشحن في اتجاه واحد

٤٠ - وحين يشترط على سياق معين من الشحنات في الاتجاهين ، قد ينص اتفاق التجارة المكافئة على أن يقدم الطرف المقرر أن يتسلم البضائع أولا كفالة تدعم التزامه بشحن البضائع في المقابل . ومن شأن هذه الكفالة أن تغطي المخاطرة التي يعرض نفسه لها الطرف الذي يشحن أولا والتمثلة في عدم اتمام الشحنة المقابلة في الموعد المتفق عليه أو أنها ليست بالقيمة أو الكمية المتفق عليهما . وعندما يتقرر أن تحدث الشحنة الأولى على مراحل ، قد يتفق على تقديم كفالة منفصلة ، مع كل شحنة جزئية ، تكون مقابلة لقيمة هذه الشحنة ، وعلى نحو بديل قد يوافق الكفيل على زيادة مبلغ الكفالة عند تقديم مستندات تثبت الشحنات الاضافية .

٤١ - وفيما يتعلق بتوقيت اصدار الكفالة ، قد ينص اتفاق التجارة المكافئة على تسليم الكفالة الى المستفيد مقابل تبادل وثائق الشحن ذات الصلة بالشحنات المسلمة الاولى . ومثل هذا الاجراء سوف يقي من احتمال حدوث ظروف يحصل فيه الطرف المقرر أن يتم الشحن أولا على الكفالة ولكنه يعجز عن الشحن . وحرما على عدم جعل المستفيد من الكفالة (الطرف الذي شحن أولا) في موقف يسمح له بالمطالبة بالدفع بموجب الكفالة حالما يكون الاصيل (الطرف الذي يشحن ثانيا) قد وفى بالتزامه بشحن البضائع ، قد يتفق طرفا التجارة المكافئة على أن المستفيد من الكفالة لا يحصل على وثائق التي تثبت حقه في الشحنة الثانية الا عند تسليمه الكفالة .

٤٢ - وقد تستخدم الكفالات على نحو مشابه في صفقات التجارة المكافئة المتعددة الاطراف . وعندما يجعل الاطراف الشحنات المسلمة مرتبطة على نحو يكون فيه على المستورد ، مقابل استلام بضائع مرسله من المصدر ، أن يشحن بضائع الى مستورد مكافئ ثالث (من الغير) ، ويدفع المستورد المكافئ الثالث القيمة الى المصدر (أنظر الفصل

التاسع ، "الدفع" ، الفقرات من — الى —) . والكفالة ، التي يقدمها المستورد ، تدعم الالتزام بالتصدير المكافئ بعد استلام بضائع التصدير . وعندما يكون على المستورد المكافئ أن يدفع القيمة الى المصدر عند شحن بضائع التصدير ، يكون المستورد المكافئ هو المستفيد من الكفالة . ومن شأن كفالة من هذا النوع أن تغطي المخاطرة التي يتعرض لها المستورد المكافئ في دفعه القيمة الى المصدّر في وقت سابق لاستلام البضائع من المصدّر المكافئ . ولكن عندما يكون على المستورد المكافئ أن لا يدفع المبلغ الى المصدر الا عند استلام بضائع التصدير المكافئ ، يكون المصدر هو المستفيد من الكفالة . والكفالة من هذا النوع من شأنها أن تغطي المخاطرة التي يتعرض لها المصدر اذ يكون قد شحن البضائع ولكنه عجز عن الحصول على الدفع من جانب المستورد المكافئ لأن التصدير المكافئ لم يتم .

٤٣ - وقد تستخدم كفالة مشابهة في الاحوال التي يحدث فيها أن المصدر ، بدلا من أن يدفع له المستورد المبلغ ، يستلم بضائع من مصدّر مكافئ ثالث ، وهذا الأخير يسد له المستورد (أنظر الفصل التاسع "الدفع" ، الفقرات من — الى —) . وفي هذه الحالة ، قد يتفق على أن يعطي المصدر كفالة تغطي المخاطرة في أن يكون المصدر ، اذ شحن أولا ، قد عجز عن الحصول على عوض بشحنة من البضائع من المصدر المكافئ .

٤٤ - وقد تستعمل كفالة على نحو مشابه عندما يكون كلا المستورد المكافئ والمصدر المكافئ طرفا منفصلا عن كل من المصدر والمستورد (أنظر الفصل التاسع ، "الدفع" ، الفقرات من — الى —) . وقد يتفق على وجوب أن يقدم المستورد كفالة الى المصدر لدعم التزام المستورد بدفع ثمن بضائع التصدير . وعندما ينتظر من المصدر أن يستلم الدفعة من المستورد المكافئ عند شحن بضائع التصدير ، يكون المستفيد هو المستورد المكافئ . وهذا الاجراء سيحمي المستورد المكافئ من المخاطرة بدفع المبلغ الى المصدر من غير استلام بضائع من المصدر المكافئ . ولكن عندما يتعين على المستورد المكافئ أن يسد المبلغ الى المصدر فحسب عند شحن بضائع التصدير المكافئ ، فإن المستفيد من الكفالة سيكون المصدر . وهذا الاجراء سيحمي المصدر من المخاطرة بشحن بضائع من غير أن تدفع له قيمتها .

٢ - الكفالات المتبادلة

٤٥ - عندما يتفق الطرفان على تبادل بضائع مقابل بضائع ، قد يفعلان ذلك من دون اشتراط سياق معين ينبغي أن تتم فيه الشحنات بالاتجاهين . ومن المحتمل حدوث مثل هذا الامر بصفة خاصة عندما يتوخى القيام بشحنات متعددة في كل من الاتجاهين . وفي مثل هذه الاحوال ، يواجه كلا الطرفين المخاطرة في حدوث اختلال في تدفق التبادل التجاري ، مما تدعو الحاجة الى اصلاحه اما من خلال شحن البضائع واما من خلال دفع مبلغ من المال . وللتصدي الى هذه المخاطرة ، قد يتفق على أن يقدم كل طرف كفالة لتأمين تسوية ما قد يحدث من اختلال لصالح الطرف الآخر .