FILE COPY

Distr.
GENERAL

A/CN.9/362/Add.11
30 March 1992
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الأمم المتحدة

الجمعيّة العامة

لجنة الامم المتحدة للقانون
التجاري الدولي
الدورة الخامسة والعشرون
نيويورك ، ٤ ـ ٢٢ أيار/مايو ١٩٩٢

التجارة المكافئة الدولية

مشروع دليل قانوني لصفقات التجارة المكافئة الدولية

تقرير الأمين العام

اضافة

الفصل الحادي عشر ـ شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
ألف ـ ملاحظات عامة	١ ـ ١١	٢
باء ـ العلاقة بين تلقي المبلغ المتفق عليه وتلقي التعويضات .	١٢	٦
جيم ـ تأثير الدفع	١٣ ـ ١٦	٦
دال ـ مقدار المبلغ المتفق عليه	١٧ ـ ٢٣	٧
هاء ـ الحصول على المبلغ المتفق عليه.....	٢٤ ـ ٢٧	١٠
واو ـ انهاء التزام التجارة المكافئة وشروط لدفع المبلغ المتفق عليه.....	٢٨ ـ ٢٩	١١

5096 V.92-52825

[ملاحظة صياغية : المشروع الحالي لهذا الفصل هو صيغة منقحة من الفصل الحادي عشر الذي صدر تحت عنوان "شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية" بالوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 .* والملاحظة الواردة بين معقوفتين في مستهل كل فقرة تشير اما الى الرقم الذي وردت به الفقرة في الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3* أو الى أن الفقرة جديدة . وقد وضع خط تحت التنقيحات التي أدخلت على الفقرات الواردة في الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 .*]

ألف - ملاحظات عامة

١ - [١] تقضي شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية بأنه اذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزام محدد أو تخلف عن تنفيذه في حينه ، يحق للطرف المتضرر أن يحصل من الطرف الذي تخلف عن التنفيذ على مبلغ من النقود متفق عليه في الوقت الذي يدخل فيه الطرفان في علاقتهما التعاقدية . ويمكن أن يقصد بالنص على دفع المبلغ المتفق عليه الحفز الى تنفيذ الالتزام ، أو التعويض عن خسائر ناجمة عن التخلف عن التنفيذ ، أو كلا الغرضين .(١) ويتفق الطرفان في بعض الاحيان على أن يكون الالتزام بدفع التعويضات المقطوعة مضمونا بكفالة (أنظر الفقرة ٢٧ أدناه) .

٢ - [٢] ويركز هذا الفصل على شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية التي تنص عليها اتفاقات التجارة المكافئة لمواجهة تخلف عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . ولا يعرض هذا الفصل على نحو مباشر لاستخدام شروط التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية لدعم تنفيذ عقود توريد تشكل جزءا من صفقة تجارة مكافئة . وكثيرا ما تستخدم شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية في عقود البيع وأنواع أخرى من عقود التوريد ، ووجود هذه الشروط في عقود التوريد التي تشكل جزءا من صفقة تجارة مكافئة لا يثير مسائل تتعلق بالتجارة المكافئة على وجه التحديد . ومع ذلك فان المناقشة الواردة في هذا الفصل حول الخصائص العامة لشروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية لها صلة باستخدام تلك الشروط في عقود التوريد .

٣ - [فقرة جديدة] وكثيرا مايقصد الطرفان أن يغطي الشرط حالة عدم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، أي أنه اذا ما طالب الطرف المستفيد من الشرط بالمبلغ المتفق عليه في حال انتهاك التزام التجارة المكافئة يكون عندئذ متخليا عن الوفاء بهذا الالتزام . ويقصد الطرفان أحيانا أن يغطي الشرط حالة التأخر ، أي أن يبقى التزام التجارة المكافئة مستحقا على الرغم من سداد المبلغ المتفق عليه (أنظر الفقرات ١٣ الى ١٦ أدناه) .

٤ - [٣] وينشأ الالتزام بدفع المبلغ المتفق عليه اذا تخلف الطرف الملتزم عن اتخاذ الاجراء المنصوص عليه في اتفاق التجارة المكافئة بوصفه ضروريا للوفاء

بالتزام التجارة المكافئة . وكما ورد في الفقرتين ٣٥ و ٣٦ من الفصل الرابع ، قد يكون ذلك الاجراء اما ابرام عقد توريد أو اجراء محددا يتعين اتخاذه لتنفيذ عقد التوريد (مثال ذلك فتح خطاب الاعتماد أو توريد البضائع) . واذا كان الوفاء بالتزام التجارة المكافئة سيتم بتنفيذ عقد التوريد ، فقد يؤدي التخلف عن التنفيذ المعني الى تحمل المسؤولية بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي في اتفاق التجارة المكافئة وبموجب عقد التوريد ، وهذا ازدواج للتدابير الانتصافية قد يود الطرفان ملافاته (أنظر الفصل الرابع ، الفقرة ٣٦) .

٥ - [٤] ومن الممكن أن يكون التزام المشتري بشراء البضائع مشمولا بشرط تعويضات مقطوعة أو بشرط جزائي في اتفاق التجارة المكافئة ، شأنه في ذلك شأن التزام المورد بتوفير البضائع . ويمكن أن يشمل هذا الشرط اما كل التزام التجارة المكافئة أو مجرد جزء منه . وفي كثير من صفقات التجارة المكافئة ، لا يُشمل بشرط كهذا الا التزام الطرف الذي صدّر بضائع وكان ملتزما باستيراد مكافىء . ويرجع سبب ذلك الى أن هذا الطرف قد يهمه في المقام الاول أن يصدّر بضائعه دون أن يهمه بنفس الدرجة أن يشتري بضائع في مقابل ذلك . غير أنه عندما يكون للطرف الملتزم بالشراء مصلحة خاصة في الحصول على البضائع ، ربما يُتفق على أن يدفع الطرف الملتزم بتوريد البضائع مبلغا متفقا عليه في حالة تخلفه عن ابرام عقد توريد . وعندما يكون للطرف الملتزم بالشراء وللطرف الملتزم بالتوريد كليهما مصلحة كبيرة في أن يبرما مستقبلا عقد توريد ، فقد يتفق على اخضاع التزامي الطرفين لشرط تعويضات مقطوعة أو لشرط جزائي .

٦ - [٥] واذا ما اتفق عند ابرام اتفاق التجارة المكافئة على أن يكون للطرف حق في الحصول على تعويض نقدي في حال تخلف الطرف الآخر عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، عندئذ تكون هناك مزايا معينة للاتفاق على دفع تعويض مقطوع أو جزاء ما . أولا ، يشكل المبلغ تعويضا متفقا عليه عن هذا التخلف ، مما يمكّن الطرفين من تجنب الصعوبات والمصاريف التي يستوجبها اثبات مدى الخسائر الناجمة عن التخلف . ويمكن أن تكون هذه المصاريف باهظة ، وخاصة اذا كان على الطرف المتضرر أن يثبت خسائره عن طريق اجراءات قضائية أو تحكيمية . وفضلا عن ذلك فان مقدار التعويض الذي يتقرر عن طريق الاجراءات القضائية أو التحكيمية قد يكون غير محقق (أنظر الفصل الثالث عشر "التخلف عن انجاز صفقة التجارة المكافئة" ، الفقرة ١٢) . أما المبلغ الذي يتفق عليه فانه يكون محققا يقينا ، وهذا اليقين يمكن أن يكون مفيدا للطرفين في تقدير المخاطر التي يتعرضان لها في اطار اتفاق التجارة المكافئة . ثانيا ، يمكن أن يكون المبلغ المتفق عليه بمثابة الحد الاقصى للمسؤولية عن التخلف عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . ومن المفيد للطرف الذي يكون التزامه مشمولا بالشرط أن يعلم سلفا الحد الاقصى للمسؤولية التي يمكن أن يتعرض لها في حالة تخلفه عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة (أنظر ، مع ذلك ، المناقشة الواردة في الفقرة ١٢ أدناه بصدد امكانية المطالبة بتعويضات تتجاوز المبلغ المتفق عليه) . ومع ذلك ، قد يكون

شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي أقل جاذبية كخيار اذا كان الغرض من التجارة المكافئة هو ملافاة تحويل العملة .

٧ - [٦] وتتضمن أنظمة قانونية كثيرة قواعد تنظم شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية ، وكثيرا ما تقيد هذه القواعد ما يجوز للطرفين تحقيقه بواسطة هذه الشروط . فبعض الأنظمة القانونية ، لا تقر صحة الشروط التي يحدد بمقتضاها مبلغ متفق عليه لحفز الاداء ، ولا يكون الطرف المتخلف عن الاداء مسؤولا الا عن التعويضات المستحقة وفقا للقانون العام . ولا تعترف هذه الأنظمة الا بالشروط التي يحدد الطرفان بمقتضاها ، وقت التعاقد ، مبلغا متفقا عليه كتعويض للخسائر الناجمة عن التخلف عن الاداء . ولكن أنظمة قانونية أخرى تقر من حيث المبدأ صحة الشروط التي تحدد مبلغا متفقا عليه يستحق الدفع كتعويض ، أو تحدد مبلغا متفقا عليه يكون حافزا للاداء ، أو تحدد مبلغا يؤدي كلا الغرضين . وقد تكون للمحاكم سلطة تخفيض المبلغ المتفق عليه في ظروف محددة وخاصة عندما يكون المبلغ مبالغا فيه جدا بالنسبة للظروف ، أو عندما يكون قد تم تنفيذ جزئي للالتزامات . وقد تكون للمحاكم أيضا سلطة تقرير تعويضات اضافية عندما يتجاوز قيمة الأضرار الفعلية قيمة المبلغ المتفق عليه . وفي هذه الأنظمة القانونية لا يجوز للطرفين أن يتفقا على الانتقاص من سلطة المحاكم في تخفيض المبلغ المتفق عليه أو في تقرير تعويضات اضافية .

٨ - [٧] وقد يتخلف طرف ملتزم عن الوفاء بالتزام تجارة مكافئة بسبب عائق دائم أو مؤقت لا يكون هو مسؤولا عنه (للاطلاع على مناقشة لمثل هذه العوائق ، أنظر الفصل الثالث عشر ، "التخلف عن انجاز صفقة التجارة المكافئة" ، الفقرات ١٣ الى ٣٦) . والقاعدة في كثير من الأنظمة القانونية هي أن المبلغ المتفق عليه لا يكون مستحقا اذا كان سبب التخلف عن الوفاء بالالتزام المعني عائقا دائما ليس الطرف الملتزم مسؤولا عنه . وهذا النهج يتفق وقاعدة الاعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ الموجودة في اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ، ١٩٨٠) ، المادة ٧٩ . (أنظر أيضا "القواعد الموحدة بشأن شروط العقد المتعلقة بالمبلغ المتفق عليه الذي يستحق في حالة التخلف عن الاداء" ، المادة ٥ (أنظر الحاشية ١)) . واذا كان العائق لا يحول دون الوفاء بالالتزام الا بصفة مؤقتة ، مددت ، وفقا لقاعدة ماثلة في كثير من الأنظمة القانونية ، الفترة الزمنية المحددة للوفاء بالالتزام . وفي حالة العوائق المؤقتة ، لا يكون الدفع بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي مستحقا الا عن ذلك الجزء من التزام التجارة المكافئة الذي يبقى دون انجاز بعد مضي فترة التنفيذ الممدة . ويجوز لاتفاق التجارة المكافئة أن ينص على تطبيق تلك القواعد وأن يتضمن أحكاما تحدد العوائق المعفية وتسن قاعدة لتقرير الحالات التي يعتبر فيها العائق عائقا دائما (أنظر الفصل الثالث عشر "التخلف عن انجاز صفقة التجارة المكافئة" ، الفقرات ١٧ الى ٣٤) .

٩ - [٨] وينبغي التمييز بين شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية وبين نوعين آخرين من الشروط هما الشروط التي تحد المبلغ الذي يمكن تحصيله على سبيل التعويض ، والشروط التي تنص على التزامات بديلة . فالنص الذي يحد المبلغ الذي يمكن تحصيله على سبيل التعويض يضع حدا أقصى للمبلغ الذي يستحق اذا ما ثبتت المسؤولية ، ويكون على المدعي أن يثبت مقدار خسائره . فاذا قل هذا المقدار عن الحد الأقصى فان المبلغ المناظر لهذا المقدار وحده هو الذي يمكن تحصيله . أما في حالة شرط التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية ، فان المبلغ المتفق عليه يمكن تحصيله دون اثبات الخسارة . وفي حالة الشرط الذي ينص على التزام بديل ، يخير الطرف الملتزم بين تنفيذ التزام محدد أو دفع مبلغ متفق عليه ، ويفي الطرف الملتزم بالتزامه بإعمال أي من هذين الخيارين . أما في شروط التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية فلا توجد أمام الطرف الملتزم فرصة الاختيار بين تنفيذ الالتزام ودفع المبلغ المتفق عليه . واذا كان هناك أي شك فيما اذا كان من المقصود أن يتاح للطرف الملتزم هذا الخيار ، فمن المستصوب أن يحسم الأمر في الشرط ذاته .

١٠ - [٩] كذلك ينبغي التمييز بين الشروط التي يناقشها هذا الفصل وبين الأحكام التي ترد في اتفاقات التجارة المكافئة لاقرار الالتزام بأن يصفّى عن طريق المدفوعات النقدية ما ينشأ في تدفق التجارة في اطار عقود المقايضة أو عند تعويض مطالبات السداد العائمة . وتكون المدفوعات الرامية الى تصفية الفوارق بمثابة أداء لثمن البضائع التي سلمت في أحد الاتجاهين دون أن يسلم ما يقابلها في الاتجاه الآخر . وفضلا عن ذلك فان مبالغ هذه المدفوعات لا تحدد مقدما كما هو الحال في التعويضات المقطوعة أو الجزاءات . (للاطلاع على مناقشة للشروط المتعلقة بتسوية الفوارق في المقايضة ، أنظر الفصل الثالث "النهج التعاقدي" الفقرة ٧ ، وبتسوية الفوارق في ترتيبات المعاوضة ، أنظر الفصل التاسع "الدفع" ، الفقرات ٥٤ الى ٥٧) .

١١ - [١٠] وكما جاءت مناقشته في الفصل الثامن "مشاركة أطراف ثالثة" ، يكون للطرف الملتزم في تجارة مكافئة بشراء بضائع أو بتوريد بضائع ، حق استخدام طرف ثالث للوفاء بهذا الالتزام . وفي بعض هذه الحالات ، يتفق على أن يبقى الطرف الملتزم أصلا مسؤولا عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . وعندما يكون الأمر كذلك ، قد ينص عقد استخدام الطرف الثالث على أن الطرف الثالث عليه - في حالة اخلال الطرف الثالث بالتزامه بشراء البضائع أو توريدها - أن يؤدي للطرف الملتزم أصلا تعويضات مقطوعة أو جزاء . ويكون الغرض من دفع مبلغ متفق عليه هو تعويض الطرف الملتزم أصلا عن مسؤوليته عن الاخلال بالتزام التجارة المكافئة نتيجة لأسباب تعزى الى الطرف الثالث . ويمكن أيضا أن يتخذ تعويض الطرف الثالث الطرف الملتزم أصلا شكل شرط لـ "درء المسؤولية" من النوع الذي نوقش في الفصل الثامن ، الفقرة ٣٧ . ومن الممكن كذلك أن يكون أي التزام بابرام عقود توريد مستقبلا يقدمه طرف ثالث مباشرة الى طرف التجارة المكافئة الذي ستبرم معه عقود التوريد هذه - مشمولا بشرط تعويضات مقطوعة أو بشرط جزائي (للاطلاع على مناقشة ذات صلة باستخدام أطراف ثالثة ، أنظر الفصل الثامن ،

الفقرات ٦ و ١٧ و ١٨ (الاطراف الثالثة المشتركة) والفقرات ٤٩ الى ٥١ (الاطراف الثالثة المورّدة)) .

باء - العلاقة بين تلقي المبلغ المتفق عليه وتلقي التعويضات

١٢ - [١١] كثيرا ما تنظم الانظمة القانونية العلاقة بين تلقي المبلغ المتفق عليه وتلقي تعويضات . وبالنظر الى أن أحد أهداف شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي هو ملافاة الصعوبات المقترنة بالبحث في مدى التعويضات المستحقة (أنظر الفقرة ٦ أعلاه) ، فان بعض الانظمة القانونية لا تتيح للطرف الذي يحق له تلقي المبلغ المتفق عليه ، في الحالات التي تزيد فيها التعويضات المستحقة بموجب القواعد الخاصة بالتعويضات على المبلغ المتفق عليه ، أن يتنازل عن المبلغ المتفق عليه ويطالب بالتعويضات . كما أنها لا تجيز للطرف الذي عليه أن يدفع المبلغ المتفق عليه ، في الحالات التي تقل فيها التعويضات المستحقة عن المبلغ المتفق عليه ، أن يحتج بأن مسؤوليته تقتصر على التعويضات . غير أن هناك أنظمة قانونية أخرى تتيح للطرف الذي يحق له تلقي المبلغ المتفق عليه أن يثبت أن خسائره تزيد قيمتها على قيمة المبلغ المتفق عليه . وفي ظل هذه الانظمة القانونية يستطيع الطرف المتضرر أن يتلقى ، فضلا عن المبلغ المتفق عليه ، تعويضات تعادل مدى زيادة الخسائر على المبلغ المتفق عليه ، وذلك اما بدون قيد ولا شرط أو اذا توافرت شروط معينة (منها مثلا أن يكون التخلف عن التنفيذ جاء نتيجة لاهمال او اقترف بقصد الحاق الخسارة ، أو أن يكون هناك اتفاق صريح على أن يدفع تعويض يعادل الزيادة في مقدار الخسائر) . وبالنظر الى هذه الاختلافات بين الانظمة القانونية ، والى اختلاف وجهات النظر التي قد يفسر منها شرط التعويضات المقطوعة ، فمن المستصوب أن يعمل الطرفان ، في الحدود التي يتيحها القانون الواجب التطبيق ، على أن يسويا في الشرط ذاته مسألة ما اذا كان الطرف المتضرر سيحق له الحصول على تعويضات فوق المبلغ المتفق عليه (القواعد الموحدة ، المادة ٧ (أنظر الحاشية ١)) . (وللاطلاع على مزيد من مناقشة التعويض المالي عن التخلف عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، أنظر الفصل الثالث عشر "التخلف عن انجاز صفقة التجارة المكافئة" ، الفقرتين ١١ و ١٢) .

جيم - تأثير الدفع

١٣ - [١٢] ومن المسائل الهامة التي ينبغي أن يبحثها الطرفان مسألة ما اذا كان المستفيد من الشرط يصبح بمطالبته بالمبلغ المتفق عليه متخليا عن الوفاء بالالتزام الاصلي . ذلك أنه كثيرا ما يقصد الطرفان في صفقات التجارة المكافئة منع المستفيد من المطالبة أيضا بالوفاء بالتزام التجارة المكافئة ان هو اختار ، في حال الاخلال بالتزام التجارة المكافئة ، أن يطالب بالمبلغ المتفق عليه . غير أنه ، لما كان الطرفان يقصدان أحيانا أن يكون المبلغ المتفق عليه واجب الدفع في حال التأخر في الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، ويظل التزام التجارة المكافئة قائما والحالة

هذه على الرغم من دفع المبلغ المتفق عليه ، فمن المستصوب أن يتضمن شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي حكما صريحا بشأن تأثير دفع المبلغ المتفق عليه . واذا لم يوجد مثل هذا الحكم يتقرر تأثير الدفع عندئذ بمقتضى القانون الواجب التطبيق وعلى أساس الظروف التي تبين قصد الطرفين (ومنها مثلا مقدار المبلغ المتفق عليه) (القواعد الموحدة ، المادة ٦ (أنظر الحاشية ١)) .

١٤ - [فقرة جديدة] وتجدر الاشارة الى أن طبيعة الالتزام موضوع البحث قد تقرر ما اذا كان من الممكن إعمال التنفيذ . وعلى وجه التحديد قد يكون تنفيذ الالتزام بتوفير خدمات غير قابل للإعمال بموجب قوانين بعض الدول ، فيصبح سبيل الانتصاف هو التعويض بالوسيلة النقدية .

١٥ - [١٣] وقد يرغب الطرفان في أن ينصا على دفع مبلغ متفق عليه في حالة التأخير ، وذلك عندما يكون من المهم بنوع خاص لالتزام التجارة المكافئة أن ينجز قبل تاريخ محدد ، أو لجزء من التزام التجارة المكافئة أن يتم وفقا لجدول زمني متفق عليه . ويمكن أن يهم المورّد شرط كهذا مثلا عندما يكون الوفاء بالتزام التجارة المكافئة في الموعد المحدد في أحد الاتجاهين أمرا لا غنى عنه بالنسبة لقدرته على الوفاء بالتزاماته المالية بموجب عقد التوريد في الاتجاه الآخر . وقد يهم المشتري شرط كهذا مثلا عندما يكون قد قدم التزام باعادة بيع البضائع في تاريخ معين ، وفي الفرع دال أدناه المزيد من البحث في مسألة المبلغ المتفق على دفعه في حالة التأخر .

١٦ - [١٤] كذلك تنشأ مسألة تأثير دفع المبلغ المتفق عليه عندما يستحق الدفع عن تخلف عن الوفاء بجزء من التزام التجارة المكافئة خصص لانجازه مرحلة من اجمالي فترة الانجاز . ومن المستصوب في حالات كهذه أن يوضح ما اذا كان يستحق بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي دفع أي مبلغ عن أي جزء من التزام التجارة المكافئة لم ينجز ولا يمكن ترحيله أو يبقى غير منجز عند انتهاء فترة الانجاز الاجمالية ؛ أو ما اذا كان يستحق دفع أي مبلغ عن أي جزء من التزام التجارة المكافئة لم ينجز ورحل من مرحلة من اجمالي فترة الانجاز الى المرحلة التي تليها .

دال - مقدار المبلغ المتفق عليه

١٧ - [١٥] يمكن التعبير عن مقدار التعويضات المقطوعة أو الجزاء ، سواء اشترطا لعدم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة أو للتأخر في الوفاء به ، إما في صيغة مقدار مطلق أو في شكل نسبة مئوية من قيمة الالتزامات المستحقة . ولحساب المقدار على أساس نسبة مئوية من الالتزامات المستحقة ميزة خفض المقدار تلقائيا عند الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . أما اذا كان هناك ضمان مستقل لتأمين دفع المبلغ المتفق عليه (أنظر الفقرة ٢٧ أدناه) ، فان الطبيعة المستقلة لهذا الضمان تحول دون

أن يؤدي أي انخفاض في المبلغ الذي قد يصبح مستحقا الى انخفاض تلقائي في مقدار الضمان . لذا ، ومن أجل جعل مقدار الضمان متمشيا مع الالتزام الاصلي ؛ يستصوب أن تقضي شروط الضمان بأن يؤدي أي انخفاض في التزام التجارة المكافئة ، عند ابراز مستندات متفق عليها ، الى انخفاض مناظر في مقدار الضمان (أنظر الفصل الثاني عشر ، "ضمان التنفيذ" ، الفقرتين ٢٥ و ٢٦) . وفي حال الضمان الثانوي ، يؤدي الانخفاض في الالتزام الاصلي الى انخفاض تلقائي في المقدار المستحق بمقتضى هذا الضمان (أنظر الفصل الثاني عشر ، الفقرة ٣) .

١٨ - [١٩] وعندما يشمل شرط دفع تعويضات مقطوعة أو جزاء حالة التأخير ، كثيرا ما يحدد المبلغ المتفق عليه على درجات بحيث تستوجب كل فترة تأخير محددة مبلغا محددا . ومن المستصوب في مثل هذه الحالات أن يوضع حد أقصى للمبالغ المتراكمة . وقد يرغب الطرفان في التصدي لامكانية استمرار عدم الوفاء بالالتزام بعد بلوغ هذا الحد . ومن النهوج الممكنة ، النص على أنه لن يحق للمستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي أن يتلقى ، بعد التاريخ الذي يتم فيه بلوغ الحد الاقصى ، مبالغ أخرى من التعويضات المقطوعة أو من الجزاءات أو تعويضات عن الخسائر التي يتكبدها نتيجة لعدم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . وثمة نهج آخر يقضي بأن المستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي يحق له بعد بلوغ الحد الاقصى أن يطالب بالوفاء بالالتزام . وقد يرغب الطرفان في أن يتفقا في هذه الحالة على أنه اذا تخلف الطرف الملتزم عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة في غضون فترة متفق عليها بعد بلوغ حد التراكم ، فانه يحق للمستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي أن يطالب بمبلغ آخر متفق عليه عن عدم الوفاء بالالتزام . ومن المستصوب في أي من هذين النهجين ، النص على أن المستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي يحق له أن ينهي التزام التجارة المكافئة حالما يصل مبلغ المدفوعات المتراكمة عن التأخير الى حده الاقصى .

١٩ - [١٦] يثير تحديد المقدار المناسب للمبلغ الذي يتفق عليه بعض الصعوبات . ففي صفقة تجارة مكافئة طويلة الأمد ، قد يكون من الصعب أن تحدد وقت ابرام اتفاق التجارة المكافئة ، الخسائر التي قد تنجم وقت الاخلال بالتزام التجارة المكافئة . وبناء على ذلك قد يكون من الصعب تحديد مقدار المبلغ الذي ينبغي الاتفاق عليه حتى يصبح تعويضا حقيقيا أو مبلغا كافيا لحفز التنفيذ . ومن وجهة نظر المستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي لا ينبغي تقدير المبلغ المتفق عليه تقديرا منخفضا الى درجة يتكبد معها المستفيد خسائر جسيمة لا يعوض عنها عند تخلف الطرف الآخر عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . وفضلا عن ذلك فان مبلغا يقل عن المبلغ الذي يقتصده الطرف الملتزم بتخلفه عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة لن يحفزه الى تنفيذ التزامه على الوجه الصحيح وفي الوقت المحدد ؛ بل قد يكون في الواقع حافزا له على ألا يفعل ذلك . [الجملة التالية هي صيغة منقحة من الجملة الاولى الواردة في الفقرة ١٨ في الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 *] وقد يجد المستفيد من

الشرط أنه من المفيد تحديد المبلغ المتفق عليه بمقدار يوفر في آن واحد تعويضا معقولا ، وبالقدر الذي يسمح به القانون الواجب التطبيق ، يوفر ضغطا معتدلا بغية الوفاء بالالتزام .

٢٠ - [١٨] وينبغي تجنب الاتفاق على مبالغ باهظة ، لأن اشتراطها قد يثني شركاء تجاريين محتملين عن الدخول في اتفاق تجارة مكافئة . كذلك قد تجعل المبالغ الباهظة من الصعب العثور على طرف ثالث على استعداد للمشاركة في الوفاء بالتزام تجارة مكافئة مع اشتراط "درء المسؤولية" (أنظر الفقرة ١١ أعلاه ، والفصل الثامن "مشاركة أطراف ثالثة" الفقرة ٣٧) . كما أنها قد لا تكون ذات أثر رادع بما فيه الكفاية اذا أمكن التوقع بأن من المرجح تماما أن يتقرر اعتبارها غير صحيحة أو تخفيضها في حالة رفع دعوى (أنظر الفقرة ٧ أعلاه) . وفضلا عن ذلك فان الطرف الذي يلتزم بشراء بضائع ويطلب منه أن يقبل مبلغا متفقا عليه يحدد عند مستوى بالغ الارتفاع قد يسعى ، كردة فعل على ذلك ، للحصول على سعر أدنى للبضائع التي سيشتريها ، أو قد يسعى للحصول على سعر أعلى لبضائعه هو .

٢١ - [١٨] واذا كان القانون الواجب التطبيق لا يسمح للمبلغ المتفق عليه أن يكون فحسب بمثابة التعويض ، ينبغي للطرفين عندئذ أن يضعا تقديرا دقيقا ما أمكن للخسائر التي يحتمل أن يتكبدها المشتري . [الجملة التالية هي صيغة منقحة من الفقرة ١٧ من الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3*] . وينبغي للطرفين أن يضعا في اعتبارهما أنه بموجب قوانين كهذه قد ترى المحكمة في مقدار المبلغ المتفق عليه عاملا هاما في تقرير ما اذا كان الالتزام بدفع المبلغ المتفق عليه قُصد به التعويض عن الأضرار أم حفز التنفيذ (أنظر الفقرة ٧ أعلاه . وينبغي الاحتفاظ بأي مستندات تتعلق بأساس التقدير وبالحسابات لتكون دليلا على أن المبلغ لم يحدد بشكل تعسفي . وقد يرغب الطرفان فضلا عن ذلك في أن يضمنا اتفاق التجارة المكافئة بيانا بأن المبلغ المحدد في الشرط يمثل تقديرا صادقا للأضرار التي قد تنجم عن الاخلال بالتزام التجارة المكافئة .

٢٢ - [١٨] وعند تقرير المبلغ المعقول ليغطي المبلغ المتفق عليه حالة عدم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، يمكن للطرفين أن ينظرا في عوامل يذكر منها الثمن الذي قد يحصل عليه المورد في بيع بديل والثمن الذي قد يضطر المشتري الى دفعه في صفقة شراء بديلة ، والخسائر التي قد تنجم عن عدم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، والى أي مدى يحتمل ألا يوفى بالتزام التجارة المكافئة ، وضرورة أن يكون المبلغ كبيرا بما يكفي لحفز التنفيذ .

٢٣ - [فقرة جديدة] وعند تقرير المبلغ المعقول ليغطي المبلغ المتفق عليه حالة التأخر في الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، يمكن أن يأخذ الطرفان في اعتبارهما الظروف التي أثرت في قرار تضمين اتفاق التجارة المكافئة شرط تعويضات مقطوعة أو

شرطا جزائيا (أنظر الفقرة ١٥ أعلاه) . وعلى سبيل المثال اذا كان المستورد يعول على بيع الصادرات المكافئة في الوقت المناسب لسداد قرض مصرفي ، فقد يكون أساس تقرير مقدار المبلغ المتفق عليه هو تكاليف التمويل التي يتعين تكبدها نتيجة التأخر في اتمام المشتروات بموجب اتفاق التجارة المكافئة . واذا كان المستورد المكافىء هو الذي سيستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي ، فقد يكون من العوامل ذات الصلة العواقب التي قد يواجهها المستورد المكافىء بسبب عجزه عن اعادة بيع بضائع التجارة المكافئة بانقضاء موعد معين .

هاء - الحصول على المبلغ المتفق عليه

٢٤ - [٢٠] قد يرغب الطرفان في أن ينصا على أن الطرف المتضرر يفقد الحق في المطالبة بالمبلغ المتفق عليه اذا لم يطالب به في غضون فترة محددة من الزمن بعد انقضاء فترة الانجاز (ولتكن ثلاثين يوما) . والغرض من حكم كهذا هو تسوية المسائل المتعلقة بالمسؤولية عن التخلف عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة في غضون فترة معقولة من الزمن بعد انقضاء فترة الانجاز . وينبغي أن تكون الفترة الزمنية التي تحدد لتقديم الطلب كافية لتمكين الطرفين من البت فيما اذا كان الوفاء بالتزام التجارة المكافئة قد تحقق . وسيتسم ذلك بأهمية خاصة عندما يكون من الممكن أن تتخذ اجراءات الوفاء بالتزام التجارة المكافئة قبل انقضاء فترة الانجاز بوقت قصير ، أو حيث يكون من العزمع ابرام عقود توريد مع أشخاص غير الطرف الذي يقدم له الالتزام .

٢٥ - [٢١] وفي حال انقسام فترة الانجاز الى مراحل ، يكون من المستصوب أن يبين اتفاق التجارة المكافئة ما اذا كان دفع المبلغ المتفق عليه يستحق بعد كل مرحلة يحدث فيها تخلف عن الوفاء بالالتزام أم في نهاية فترة الانجاز بكاملها . فاذا كان الدفع يستحق بعد كل مرحلة ، أمكن النص على مهلة تلي انقضاء كل مرحلة ، يمكن في غضونها المطالبة بدفع المبلغ المتفق عليه (أنظر الفقرة السابقة) .

٢٦ - [٢٢] وتتطلب الاجراءات القانونية التي قد تكون ضرورية للحصول على المبلغ المتفق عليه وقتا ومصاريف . ويمكن تقليل الحاجة الى اتخاذ اجراءات قانونية اذا كان اتفاق التجارة المكافئة يخول المستفيد أن يستقطع المبلغ المتفق عليه من أموال الطرف الآخر الموجودة لدى المستفيد أو أن يجري موازنة للحق الادعائي بالمبلغ المتفق عليه مقابل الأموال المستحقة على المستفيد لذلك الطرف . من ذلك مثلا أنه قد يتفق - عندما يكون من المتفق عليه استبقاء حصيلة عقد التصدير لاداء ثمن عقد التصدير المكافىء - على أنه يجوز للمصدر المكافىء أن يحتجز مبلغا يعادل المبلغ المتفق عليه اذا تخلف المورّد المكافىء عن الوفاء بالتزامه الدخول في عقد لشراء بضائع التصدير المكافىء (أنظر الفصل التاسع "الدفع" ، الفقرتين ١٢ و ٦٢) . وحيث لا يكون المستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي قد احتجز على هذا النحو حصيلة شحنة ما ، يمكن بلوغ هدف ضمان دفع المبلغ المتفق عليه بالاذن بالاستقطاع من

أموال أو مطالبات لا صلة لها بصفقة التجارة المكافئة المعنية . ومن الجدير بالذكر من جهة أخرى أن الاحكام التي تخول الاستقطاع والموازنة تكون في بعض النظم القانونية منظمة بقواعد الزامية . ومن هذه القواعد قاعدة موجودة في قوانين عدد من الدول لا يسمح بموجبها باجراء موازنة ما لم تكن المطالبات الادعائية المراد اجراء موازنتها ناجمة عن علاقة تجارية بين الطرفين . وعلاوة على ذلك قد يتقرر فيما بعد بطلان الاستقطاع أو الموازنة اذا رأت المحكمة أن المبلغ المتفق عليه الذي استقطع أو أجريت له موازنة مبلغ تجاوز الحد ، وقررت تخفيضه .

٢٧ - [٢٣] وقد يود المستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي تضمين اتفاق التجارة المكافئة حكما يقضي بأن يتخذ الطرف الآخر ما يلزم من ترتيبات لتقدم احدى المؤسسات المالية ضمانا بصدد المبلغ المتفق عليه . ويستطيع المستفيد عندئذ أن يطالب المؤسسة المالية بالمبلغ المتفق عليه وفقا لشروط الضمان . وتكون هذه الضمانات في الحالات النموذجية ذات طابع مستقل ، وان تكن امكانية استخدام ضمان ثانوي أمرا غير مستبعد . وللاطلاع على المناقشة المتعلقة بالضمانات المستقلة واختلافها عن الضمانات الثانوية وبشروط الضمانات الممكنة فيما يتعلق بالدفع ، أنظر الفصل الثاني عشر "ضمان التنفيذ" ، ولا سيما الفقرات ٣ و ٤ و ١٨ .

واو - انهاء التزام التجارة المكافئة وشروط لدفع المبلغ المتفق عليه

٢٨ - [٢٤] قد يرغب الطرفان في أن ينصا على أنه ، حيث يستحق دفع مبلغ متفق عليه عن التأخير على درجات مقترنة بحد أقصى للمبلغ المتراكم المستحق (أنظر الفقرة ١٨ أعلاه) ، لا يجوز انهاء التزام التجارة المكافئة قبل بلوغ الحد الاقصى على أساس التخلف عن الوفاء الذي نص بصدده على المبلغ المتفق عليه .

٢٩ - [٢٥] وقد يرغب الطرفان أيضا في أن ينصا على أن الانهاء بعد بلوغ الحد الاقصى لا يؤثر في أي التزام بدفع تعويضات مقطوعة أو جزاءات أصبحت مستحقة قبل الانهاء . فمن شأن ذلك أن يمنع اللبس الذي قد ينجم عن القاعدة الماثلة في بعض النظم القانونية والقاضية بأن انهاء عقد ما يؤثر في الالتزامات التي أصبحت مستحقة قبل انهاء العقد . غير أنه اذا أنهي التزام التجارة المكافئة قبل بلوغ الحد الاقصى (مثال ذلك عندما ينهي المستفيد من شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي التزام التجارة المكافئة نظرا لتخلف آخر غير التخلف الذي حدد من أجله مبلغ متفق عليه) ، فقد يرغب الطرفان في النص على أن الانهاء لا ينال من الحق في الحصول على مبلغ متفق عليه مستحق في تاريخ الانهاء وعلى أنه لا يستحق بعد الانهاء أي مبلغ بوصفه دفعا لمبلغ متفق عليه .

الحواشي

(١) وردت دراسات في طبيعة وإعمال شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية في العقود الدولية في حولية لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي المجلد العاشر : ١٩٧٩ ، الجزء الثاني ، أولا ، جيم ، والمرجع نفسه ، المجلد الثاني عشر : ١٩٨١ ، الجزء الثاني ، أولا ، باء ، ١ ، ووردت "القواعد الموحدة بشأن شروط العقد المتعلقة بالمبلغ المتفق عليه الذي يستحق في حالة التخلف عن الاداء" التي اعتمدتها اللجنة في تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها السادسة عشرة ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الثامنة والثلاثون ، الملحق رقم ١٧ (A/38/17) ، المرفق الاول (واستنسخت أيضا في حولية لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، المجلد الرابع عشر : ١٩٨٣ ، الجزء الاول ، أولا ، ألف) . وأوصت الجمعية العامة بقرارها A/RES/38/135 المؤرخ في ١٩ كانون الاول/ ديسمبر ١٩٨٣ بأن تنفذ الدول القواعد الموحدة حيثما كان ذلك مناسبا ، اما في شكل قانون نموذجي أو في شكل اتفاقية . ويمكن أن يستخدم الطرفان القواعد الموحدة في صياغة شروط التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية .

- - - - -