



FILE COPY

Distr.
GENERAL

A/CN.9/362/Add.12
18 March 1992
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH



الأمم المتحدة

الجمعية العامة

لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي

الدورة الخامسة والعشرون

نيويورك ، ٤ - ٢٢ أيار/مايو ١٩٩٢

التجارة المكافئة الدولية

مشروع دليل قانوني بشأن صفقات التجارة المكافئة الدولية

إضافة

الثاني عشر : ضمان الأداء

المحتويات

<u>المصفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٣	٦ - ١	ألف - ملاحظات عامة
٥	٣٩ - ٧	باء - أحكام الكفالة في اتفاق التجارة المكافئة
٦	١٦ - ١٠	١ - اختيار الكفيل
٧	٢٢ - ١٧	٢ - شروط الحصول على الدفع بموجب الكفالة
٨	٢٦ - ٢٣	٣ - مبلغ الكفالة وتقليل المبلغ
١٠	٣٠ - ٢٧	٤ - وقت تقديم الكفالة

المحتويات (تابع)

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>
١٠	٢٨ - ٢٧ (أ) عند بدء نفاذ اتفاق التجارة المكافئة أو بعده بفترة قصيرة
١٠	٣٠ - ٢٩ (ب) في وقت لاحق من فترة الوفاء بالالتزام
١١	٣٦ - ٣١ ٥ - مدة الكفالة
١١	٣٣ - ٣١ (أ) تاريخ انقضاء المدة
١٢	٣٤ (ب) إعادة مستند الكفالة
١٢	٣٦ - ٣٥ (ج) التمديد
١٢	٣٩ - ٣٧ ٦ - تعديل اتفاق التجارة المكافئة أو انهاؤه
١٣	٤٨ - ٤٠ جيم - كفالة عدم التوازن في التبادل التجاري
١٤	٤٧ - ٤٣ ١ - كفالة الشحن في اتجاه واحد
١٥	٤٨ ٢ - الكفالات المتبادلة

[ملاحظة صياغية : المشروع الحالي للفصل هو صيغة منقحة لمشروع الفصل الثاني عشر الذي صدر تحت عنوان "ضمان الأداء" ونشر بالوثيقة A/CN.9/332/Add.7 . والملاحظة الواردة بين معقوفتين في مستهل كل فقرة تشير اما الى الرقم الذي وردت به الفقرة في الوثيقة A/CN.9/332/Add.7 أو الى أن الفقرة جديدة . وقد وضع خط تحت التنقيحات التي أدخلت على الفقرات الواردة بالوثيقة A/CN.9/332/Add.7 . أما العلامة النجمية (*) فتشير الى موضع حذف منه نص ولم يستعض عنه بغيره .]

الف - ملاحظات عامة

١ - [١] يركز هذا الفصل على الكفالات (ويشار إليها أيضا في واقع الممارسة بتعبير "سندات الضمان" أو "التعويضات عن الخسارة") التي تقدم في صفقة التجارة المكافئة وتدعم التزام التجارة المكافئة . أما الكفالات التي تدعم أداء كل عقد من عقود التوريد ، فلا يتطرق الدليل إليها على وجه التحديد نظرا لأنها لا تثير مسائل تنفرد بها التجارة المكافئة . وفي إطار صفقة من صفقات التجارة المكافئة ، يمكن أن تستخدم الكفالات لدعم الالتزام بشراء بضائع أو الالتزام بتوريد بضائع ، أو كلا هذين الالتزامين . وفي بعض الأحيان ، تدعم الكفالة التزام التجارة المكافئة عن طريق تأمين الدفع بموجب حكم بشأن التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية يغطي التزام التجارة المكافئة . وقد تستخدم الكفالات أيضا لدعم تسوية حالات الاختلال في تدفق التبادل التجاري (الفقرات ٤٠ إلى ٤٨ أدناه) .

٢ - [٢] وقد يكون لاشتراط تقديم الكفالات ميزة عامة في الحيلولة دون اشتراك أطراف لا يعول عليهم أو لا يملكون موارد مالية كافية في صفقات التجارة المكافئة . كما ان المؤسسات الكفيلة تعتمد بصفة عامة الى اجراء تحريات دقيقة عن أي طرف يطلب إليها أن تكفل التزاماته ، ولا تقدم الكفالات في العادة الا عندما يتوفر لديها سبب معقول يدعوها الى الاعتقاد بأن ذلك الطرف يستطيع أن يؤدي التزامه بنجاح . وقد يشكل ذلك ميزة خاصة بالنسبة الى المستوردين أو المصدرين الذين لا يستطيعون لولا هذه التحريات تحديد ما اذا كان طرف مكافئ مقترح جديرا بالتعويل عليه أم لا .

٣ - [٣] وقد تكون الكفالة - تبعا لشروطها - مستقلة عن الالتزام الاساسي أو ملحقة به . فبموجب الكفالة المستقلة ، يكون الكفيل ملزما بالدفع عندما يقدم الطرف صاحب الحق في الالتزام الاساسي ("المستفيد") الى الكفيل طلبا بالدفع مشفوعا بأية مستندات اضافية تكون مطلوبة بموجب شروط الكفالة . ويمكن أن يكون المستند المطلوب ، مثلا ، بيانا من المستفيد يقر بأن الطرف الذي يحصل على الكفالة ("الاصيل") قد أخل بالالتزام الاساسي ، أو بيانا من المستفيد يحدد الظروف التي تعتبر اخلاxa بالالتزام الاساسي ، أو شهادة أو اقرارا من شخص ثالث أو هيئة ثالثة بوقوع الاخلاخل بالالتزام الاساسي . ويمكن أن يكون الشخص الثالث أو الهيئة الثالثة ، المسمى في الكفالة أو

وفقا لها ، على سبيل المثال ، خيرا أو هيئة اشرافية أو هيئة تحكيمية أو محكمة . وتضمن الكفالة المستقلة للمستفيد تسلمه دفعة مالية بمجرد تقديمه الطلب وأية مستندات مطلوبة ، وذلك حتى في حالة استمرار وجود خلاف بين الاصيل والمستفيد حول ما اذا كان الالتزام الاساسي قد أخل به أم لا . وليس الكفيل مدعوا ، لدى تقديره ما اذا كان يدفع ، الى أن يتحرى فيما اذا كان الالتزام الاساسي قد أخل به بالفعل ، بل تقتصر مهمته على التحقق مما اذا كان طلب الدفع وأية مستندات دعم أخرى تتفق والشروط المحددة في الكفالة (للاطلاع على مزيد من المناقشة بشأن شروط الدفع الممكنة ، أنظر الفقرة ١٨ أدناه .) واذا نشأ نزاع حول ما اذا كان للاصيل الحق في استعادة المبلغ المدفوع على أساس أنه لم يقع اخلال بالالتزام الاساسي ، فسيجري البت في هذا النزاع ضمن أية اجراءات لاحقة تتخذ بين الاصيل والمستفيد . وعلى الرغم من أن التزام الكفيل بالدفع مستقل عن الالتزام الاساسي ، فإنه يجوز في ظروف استثنائية أن يحرم المستفيد ، بمقتضى القانون المطبق على الكفالة ، من حق المطالبة بالدفع بموجب الكفالة ، وخصوصا عندما تكون مطالبة المستفيد مطالبة احتيالية .

٤ - [٤] أما بموجب الكفالة الملحقة ، فلا يجب على الكفيل أن يدفع الا عندما يكون الاصيل قد أخل بالفعل بالالتزام المكفول . وهذا النوع من الكفالات الملحقة يشار اليه في القوانين الوطنية بمصطلحات* مثل "suretyship" ، و "cautionnement" ، و "fianza" ، و "Bürgschaft" . ويجب على الكفيل ، قبل أن يدفع المبلغ المطالب به ، أن يتأكد من وقوع اخلال بالالتزام الاساسي لكي يثبت ما اذا كانت المطالبة لها ما يسوغها ؛ ويحق للكفيل عادة أن يتذرع بجميع الدفوع التي يمكن للاصيل أن يتذرع بها في اعتراضه على المستفيد .

٥ - [٥] بيد أن المناقشة في هذا الفصل تقتصر على الكفالات المستقلة ، دون أن ينطوي ذلك على تفضيل لهذا النوع من الكفالات . وبصفة عامة ، تستخدم الكفالات المستقلة لدعم الالتزامات المبينة في اتفاق التجارة المكافئة . وفي حين أن الاصلاء يميلون الى تفضيل الكفالات الملحقة ، فإن المستفيدين يعزفون عادة عن قبول تلك الكفالات بسبب ما يمكن أن يترتب عليها من تأخر في الحصول على الدفع . وعلاوة على ذلك ، يميل الكفلاء وخصوصا المصارف ، الى تفضيل الكفالات المستقلة لانهم لا يرغبون في تحري تنفيذ الالتزام الاساسي . وفي حين أن مختلف النظم القانونية السارية على الكفالات الملحقة قوانين راسخة ، فإن الكفالات المستقلة ، وهي اساسا ابتداع من جانب الممارسات المصرفية والتجارية ، لم تستقر بعد على نحو وطيدي في جميع القوانين الوطنية ، وليست هناك صيغة موحدة فيما يتعلق بمدى الاعتراف بالكفالات المستقلة .

* مقابلات بالانكليزية والفرنسية والايطالية والالمانية للمصطلحات "كفالة" أو "تأمين" أو "ضمان" .

٦ - [٦] وفي بعض البلدان ، تصدر المصارف "خطابات اعتماد ضامنة" ، وهي صكوك معادلة في وظيفتها للكفالات المستقلة . وبناء على ذلك فان المناقشة في الدليل القانوني بشأن الكفالات المتعلقة بضمان أداء الاصيل تنطبق على خطابات الاعتماد الضامنة .

باء - أحكام الكفالة في اتفاق التجارة المكافئة

٧ - [٧] عندما يقرر الطرفان استخدام كفالة لدعم التزام التجارة المكافئة ، ينبغي لهما أن يضمنًا اتفاق التجارة المكافئة بعض الأحكام الأساسية بخصوص إصدار الكفالة وشروطها المحددة . وقد يرغب الطرفان أيضا في النظر في موضوع تذييل اتفاق التجارة المكافئة بصيغة كفالة تتبعها الجهة المصدرة في انشاء الكفالة . ولدى صياغة شروط الكفالة المزمع اصدارها في اتفاق التجارة المكافئة ، ينبغي للطرفين أن يتحققا من أن الصياغة المتفق عليها ستحظى بقبول الكفيل .

٨ - [٨] ويتمثل النمط السائد في أن الطرف الذي يلتزم بالشراء هو الذي يدعم التزامه بكفالة . وذلك لأن الهدف الأساسي لذلك الطرف من اتفائه على التزام تجارة مكافئة هو تأمين بيع بضائعه هو أكثر مما هو الحصول على بضائع من الطرف الآخر . وعندما يكون للطرف الملتزم بشراء البضائع مصلحة خاصة في الحصول على البضائع ، فمن الجائز حينذاك أن يدعم بكفالة التزام المورد بابرام عقد لتوريد البضائع المتفق عليها . وحسبما هو مشار اليه في الفقرة ١ ، قد يتطلب اتفاق التجارة المكافئة ، في بعض الحالات ، من كل من الشاري والمورد الحصول على كفالات لدعم التزامهما . وعندما يتكهن طرفا اتفاق التجارة المكافئة بأن شخصا ثالثا قد يأخذ على عاتقه التزام التجارة المكافئة ، فقد يرغب الطرفان في النظر فيما اذا كان ينبغي استصدار الكفالة من جانب الطرف الثالث أو من جانب الطرف صاحب الالتزام الاصيل (أنظر الفصل الثامن ، "مشاركة الغير") .

٩ - [٩] وعندما تدعم الكفالة التزام الطرف الاصيل بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية ، فان المسألة المتعلقة بما اذا كان دفع المبلغ بموجب الكفالة سيحرر الاصيل من مسؤوليته عن الوفاء بالتزام التجارة المكافئة أو من المسؤولية عن أي أضرار تتجاوز قيمتها مبلغ الكفالة ، سوف تسوى بحسب أحكام التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية والقواعد المطبقة على هذه الشروط (أنظر الفصل الحادي عشر ، "التعويضات المقطوعة والشروط الجزائية" ، الفرعين باء وجيم) . وأما عندما لا تدعم الكفالة شرط التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية ، ويقصد الطرفان ، كما هي الحال أحيانا ، أن يكون للدفع بموجب الكفالة مفعول تحرير الاصيل من التزام التجارة المكافئة أو من المسؤولية عن أي أضرار تتجاوز قيمة المبلغ المدفوع بموجب الكفالة ، فينبغي للطرفين أن يبينا قصدهما في اتفاق التجارة المكافئة . فبدون وجود حكم بهذا الشأن ، لا يمكن افتراض أن دفع المبلغ بموجب الكفالة سيحرر الاصيل من

التزام التجارة المكافئة أو من المسؤولية عن الأضرار . ومن الجدير بالذكر فضلا عن ذلك أن دعم الالتزام بكفالة لا يعطي الطرف الملتزم حرية الاختيار بين الوفاء بالالتزام التعاقدى الأساسى وبين أن يدفع له مبلغ الكفالة .

١ - اختيار الكفيل

١٠ - [١٠] قد يرغب الطرفان في أن يحددا في اتفاق التجارة المكافئة كفيلا يكون مقبولا لكلا الطرفين . وذلك من شأنه أن يقنع المستفيد بأن الكفالة سيصدرها كفيل يملك الاحتياطيات المالية الضرورية ومقبول من سائر النواحي . ويمكن أن يكون تحديد هوية الكفيل مفيدا لكلا الطرفين من حيث أنه سيحد من الخلافات اللاحقة ويمكن الطرفين من معرفة تكلفة الكفالة منذ البداية .

١١ - [١١] أما إذا لم تحدد هوية الكفيل في وقت إبرام اتفاق التجارة المكافئة ، فقد ينص الطرفان ، مثلا على أن يكون الكفيل بالضرورة مصرفا من الدرجة الأولى ، أو يكون مقبولا لدى المستفيد ، أو يكون مؤسسة من موطن أحد الطرفين .

١٢ - [١٢] وقد يرغب المستفيد في أن تصدر الكفالة مؤسسة في موطنه نظرا لأن انفاذ حكم دعوى المطالبة بالدفع على مثل تلك المؤسسة قد يكون أسهل منه على مؤسسة أجنبية . بيد أن اشتراط استخدام كفيل محلي قد يكون غير مؤان بقدر ما يكون فيه منع للأصيل من استخدام كفيل تربطه به علاقة وطيدة وقد يقدم الكفالة نفسها بتكلفة أدنى . وبالإضافة الى ذلك ، قد يشترط الكفيل الكائن في موطن المستفيد أمن يؤمن استرداد أي مبلغ يدفع بموجب الكفالة بمعرفة مصرف يتصرف بالنيابة عن الأصيل ، وهو ما قد تترتب عليه تكاليف إضافية (أنظر الفقرة ١٤ أدناه) .

١٣ - [١٣] وفي بعض الدول ، تقضى القواعد الإلزامية التي تطبق على المستفيد بأن لا تقبل الكفالة إلا إذا أصدرتها مؤسسة مالية كائنة في البلد أو مؤسسة مالية مصرح لها بإصدار كفالات تدفع بعملة أجنبية ، أو إذا وافقت السلطة المختصة على الكفيل الذي يقع عليه الاختيار .

١٤ - [فقرة جديدة] عندما يكون من المزمع استصدار الكفالة من مصرف كائن في بلد المستفيد ، كثيرا ما لا يصدر ذلك المصرف الكفالة إلا إذا أمن استرداد المبلغ عن طريق إصدار "كفالة مقابلة" . وتعطي "الكفالة المقابلة" المصرف الذي يصدر الكفالة الحق في أن يطلب من الكفيل المقابل استرداد المبلغ فورا وفقا لشروط الكفالة المقابلة . وكثيرا ما يصدر الكفالة المقابلة مصرف الأصيل الذي أصدر التعليمات الى الكفيل بإصدار الكفالة .

١٥ - [فقرة جديدة] ويمكن تطبيق شرط مماثل يقضي بأن يتولى كفالة الدفع مصرف كائن في بلد المستفيد عندما يتخذ الضمان شكل خطاب اعتماد ضامن . ويمكن الوفاء بهذا الشرط عندما يقر مصرف محلي خطاب الاعتماد الضامن الذي أصدره مصرف أجنبي . وسيسترد المصرف الذي أقر خطاب الاعتماد الضامن المبلغ من المصرف الذي أصدر ذلك الخطاب . وفي بعض الأحيان أيضا يقوم مصرف كائن في بلد المستفيد باقرار ضمان ، يتخذ شكل كفالة . وسواء تعلق الامر بخطاب اعتماد ضامن تم اقراره أو كفالة تم اقرارها ، يكون للمستفيد أن يختار بين أن يطالب بالدفع المصرف الذي أقر الخطاب أو الكفالة أو المصرف الذي أصدر الخطاب أو الكفالة .

١٦ - [١٤] وقد وجدت حالات أعطى فيها الطرف المراد كفالة التزامه بتجارة مكافئة تعهدا بدفع مبلغ من المال ، اصطلح على أن "كفالة" ، لدعم التزام تجارة مكافئة أو لاداء ما يتصل به من تعويضات مقطوعة أو شروط جزائية . والاثر المترتب على "كفالة" كهذه أن الطرف الكفيل يعد بأن يدفع للطرف الآخر بموجب شروط الكفالة دون اثاره 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 ادعاء بعدم الاخلال بالالتزام الاساسي . وقد تكون تلك الكفالة مقبولة لدى المستفيد اذا كانت الكفالة مستقلة عن الصفقة الاساسية صادرة 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 اضافة الى الحقوق الناشئة عن الالتزام المشمول بالكفالة .

٢ - شروط الحصول على الدفع بموجب الكفالة

١٧ - [١٥] ينبغي أن يبين اتفاق التجارة المكافئة بوضوح الشروط التي لا بد من الوفاء بها لكي يكون الكفيل ملزما بدفع المبلغ ، وخصوصا فيما يتعلق بأية وثائق يتعين تقديمها دعما للمطالبة بالدفع . وإذا لم تبين الشروط بوضوح ، زادت احتمالات نشوء نزاعات من جراء عدم التيقن مما اذا كانت الوثائق التي يقدمها المستفيد مطابقة لشروط الكفالة .

١٨ - [١٦] وقد تنص شروط الكفالة المستقلة على أن طلب الدفع وحده يكفي ، مع إمكانية اضافة اشتراط يقضي بأن يكون الطلب مشفوعا ببيان المستفيد فيما يخص موضوع الاخلال بالالتزام . وقد يكفي تقديم اعلان عام بهذا الخصوص . وبدلا من ذلك ، قد يشترط على المستفيد أن يذكر مزيدا من التفاصيل ، مثل طبيعة اخلال الاصيل بالالتزام ، وأن المستفيد يستحق أن يدفع له المبلغ المطالب به ، وأن المبلغ لم يدفع بعد . وبالإضافة الى طلب الدفع ، قد يشترط على المستفيد أن يقدم وثيقة صادرة عن شخص ثالث فيما يتصل بالتقصير من جانب الاصيل ؛ ويمكن أن تكون هذه الوثيقة ، على سبيل المثال ، شهادة من خبير مستقل أو قرارا تحكيميا أو قرارا من محكمة ابتدائية يبين

أن التصيير قد وقع . وقد تنص الكفالة على عدم انطباق الاشتراط القاضي بتقديم بيان من شخص ثالث اذا قدم الاصيل اقرارا كتابيا بالتصيير . وفي جميع هذه الحالات ، يُكتفى بأن يتحقق الكفيل من أن الوثائق مطابقة في ظاهرها لمقتضيات الكفالة ولا ينتظر منه أن يتقصى موضوع الصفة الأساسية . كما لا ينتظر من الكفيل على الاخص أن يتحقق من أن البيانات الواردة في وثيقة ما تقوم على أساس من الصحة .

١٩ - [١٧] وفي بعض الاحيان يتفق الطرفان على أنه يجب على المستفيد أن يشعر الاصيل بعزمه على طلب الكفالة ، وعلى أن المطالبة لا يمكن أن تتم قبل انقضاء فترة محددة من الزمن على تلقي الاشعار . والغرض من هذا الاشتراط الخاص بالاشعار اتاحة الفرصة للاصيل لكي يبادر الى معالجة اخلال أو تسوية خلاف . ومن ثم فان وجود شرط فرعي في الكفالة بهذا الصدد سيقتضي من المستفيد أن يقدم مع طلب الدفع دليلا مستنديا يثبت أن الاشعار قد سلم الى الاصيل .

٢٠ - [١٨] وحيث تدعم الكفالة الالتزام بالدفع بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية ، فقد يرغب الطرفان في أن ينصا على أن تتضمن شروط الدفع شرطا يلزم المستفيد بتقديم بيان يذكر فيه أن الدفع بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشروط الجزائية كان مستحقا .

٢١ - [١٩] وبالإضافة الى الشروط المستندية ، عادة ما تحدد الكفالة اشتراطات لا تخص أداء الالتزام الأساسي . وفي الأغلب ، تتعلق تلك الاشتراطات ، التي لا تقتضي تقديم وثيقة ما ، بالفترة التي يمكن أن تتم المطالبة في غضونهما ، وبمبلغ الكفالة ، وبمكتب الكفيل الذي تقدم اليه المطالبة .

٢٢ - [٢٠] ومن المستصوب ، أن ينص اتفاق التجارة المكافئة ، اضافة الى تبيان اتفاق الطرفين بشأن الكفالة ، على أن المستفيد لا يحق له المطالبة بموجب الكفالة الا اذا كان هناك في الواقع عجز عن الوفاء بالتعهد . وقد ييسر هذا الحكم على الاصيل أمر استرداد الخسارات التي يتكبدها في حال تسديد مطالبة دون أن يكون هناك اخلال بالالتزام الأساسي .

٣ - مبلغ الكفالة وتقليل المبلغ

٢٣ - [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 . واذا كان الغرض من الكفالة دعم الدفع بموجب شرط للتعويضات المقطوعة أو شرط جزائي ، فمن الجائز أن يقتضي شرط الكفالة في اتفاق التجارة المكافئة أن تشمل الكفالة دفع مبلغ التعويضات المقطوعة أو الجزاء بالكامل أو دفع جزء منه . ومن الجائز أن يكون مقدار التعويضات المقطوعة ذاتها أو مقدار الجزاء

نفسه نسبة مئوية معينة من التزام التجارة المكافئة الذي لم يتم الوفاء به .
(بخصوص مقدار التعويضات المقطوعة أو الجزاء ، أنظر الفصل الحادي عشر ، الفرع
دال .)

٢٤ - [٢٢] ولدى تحديد مبلغ الكفالة أو مقدار التعويضات المقطوعة أو الجزاء الذي
تشملة 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 يتمثل عامل آخر في
مدى اليسر الذي يمكن به الحصول على دفع المبلغ المطالب به بموجب الكفالة . وفي
هذا الصدد ، يكون على المستفيد بصفة عامة أن يقوم بمقايضة وكلما كانت شروط
الكفالة أقرب الى شرط كفالة طلب بسيطة ، وكان الحصول على الدفع أيسر ، ربما كان
الاصيل أقل رغبة في أن يقدم كفالة تغطي نسبة مئوية عالية من تعهد التجارة
المكافئة ، ومن ناحية أخرى ، اذا كانت تلبية الشروط المستندية أكثر صعوبة عندما
لا يخجل الاصيل بالالتزام (مثلا عندما يتوجب تقديم قرار تحكيمي أو قرار من محكمة) ،
ربما كان الاصيل مستعدا للموافقة على مبلغ أعلى للكفالة .

٢٥ - [٢٣] وقد يرغب الطرفان في تضمين شروط الكفالة وسيلة اجرائية لتقليل مبلغ
الكفالة كلما تقدمت مراحل الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . فتقليل مبلغ الكفالة
ستكون له ميزة التقليل من مدى التعرض للمخاطر بموجب الكفالة وربما من تكلفة
الكفالة أيضا . واذا كانت الكفالة تؤمن دفع تعويضات مقطوعة أو جزاء ما ، فان
الاحكام بشأن التقليل من مقدار الكفالة ينبغي أن تكون متنسقة مع أية وسيلة لاجراء
التقليل بالنسبة الى مبلغ التعويضات المقطوعة أو الجزاء .

٢٦ - [٢٤] ومن المستصوب أن تستخدم الوسيلة الاجرائية الخاصة بتقليل المبلغ على
أساس تقديم مستندات محددة الى الكفيل تثبت الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، دون
أن يكون الكفيل ملزما بالتحقق من درجة الوفاء بالتزام 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
ارسالها الى الكفيل . وحين تكون فترة الوفاء مقسمة الى فترات فرعية ، قد يرغب
الطرفان في النص على أن يجرى 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 اتفاق التجارة المكافئة أو بعده بفترة قصيرة

٢٧ - [٢٥] ينصح الطرفان بالاتفاق على المرحلة الزمنية التي يتم فيها إصدار الكفالة . وقد يتفق ، على سبيل المثال ، على أن تصدر الكفالة الى المستفيد عند بدء نفاذ اتفاق التجارة المكافئة أو بعده بفترة قصيرة (مثلا ، بعد ثلاثين يوما من بدء نفاذ اتفاق التجارة المكافئة) . وقد يحصل الطرفان على تأكيد بأن الكفالة سيتم تأمينها في الوقت المتفق عليه ، بالنص على أن اتفاق التجارة المكافئة لن يبدأ نفاذه بدون تأمين الكفالة أو أن الاميل يعتبر قد أخل بالتزام التجارة المكافئة اذا لم تؤمن الكفالة خلال الفترة الزمنية المتفق عليها .

٢٨ - [٢٦] وعندما يبرم عقد في اتجاه واحد (عقد تصدير) مع اتفاق التجارة المكافئة ، يستطيع الطرفان أن يتفقا على أن إصدار كفالة تدعم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة شرط لبدء نفاذ عقد التصدير . ومن شأن حكم كهذا أن يطمئن المستورد بأنه غير ملزم بموجب عقد التصدير قبل إصدار كفالة لدعم التزام التجارة المكافئة .

(ب) في وقت لاحق من فترة الوفاء بالالتزام

٢٩ - [٢٧] قد يتفق الطرفان على الإيتم استصدار الكفالة الا في موعد لاحق معين من فترة الوفاء بالالتزام اذا لم يكن الوفاء بالالتزام قد استكمل بعد 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 تتمثل في أن مبلغ الكفالة يمكن أن يحسب كنسبة مئوية من قيمة التزام التجارة المكافئة المستحقة حينذاك . وبجعل مبلغ الكفالة متوقفا على الرصيد المستحق لا على قيمة التزام 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 .

٣٠ - [٢٨] ونظرا لأن هذا النهج يعرض المستفيد لمخاطرة 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 التزام التجارة المكافئة وكأنه قد أخل به وأن يطالب بالدفع بموجب شرط التعويضات المقطوعة أو الشرط الجزائي . وعلاوة على ذلك ، من الجائز الاتفاق على أنه يحق للمستفيد أن يخصم قيمة التعويضات المقطوعة أو الجزاء من أي مبالغ تصبح مستحقة بموجب عقد التصدير بعد التخلف عن تأمين الكفالة .

٥ - مدة الكفالة

(أ) تاريخ انقضاء المدة

٣١ - [٢٩] من المستصوب أن يتفق الطرفان على الشرط الواجب ادراجه في الكفالة بخصوص المدة الزمنية التي نظل الكفالة خلالها نافذة المفعول . ومن الجدير بالملاحظة أنه ، بالنظر الى استقلال الكفالة عن اتفاق التجارة المكافئة الاساسي ، فان الشرط المتعلق بمدة الكفالة في اتفاق التجارة المكافئة لن يحدد مدة سريان الكفالة حسبما هو محدد في الكفالة . وعادة ما تتضمن الكفالات تاريخا محددًا لانقضائها . وثمة امكانية أخرى قد تتمثل في النص على كفالة مفتوحة المدة لا تنتهي الا عندما يتم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة والا حرّر الطرف الملتزم من التزامه (أنظر الفصل الرابع ، "التزام التجارة المكافئة" ، الفقرات ٢٥ الى ٢٧) . ومن الجدير بالذكر أن أكثر الكفلاء لن يكونوا على استعداد لاصدار كفالات الا اذا حدد تاريخ الانقضاء . كما تصدر الاشارة الى أن قوانين بعض الدول تتضمن أحكاما الزامية تنظم مدة صلاحية الكفالات * .

٣٢ - [٣٠] ومن المستصوب أن يقع تاريخ انقضاء مدة الكفالة بعد نهاية فترة الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . فوجود فترة من الزمن (مثلا ، ثلاثين يوما) بين انقضاء فترة الوفاء بالالتزام وانقضاء مدة الكفالة من شأنه أن يسمح للمستفيد بأن ينتظر ابرام عقود التوريد حتى ختام فترة الوفاء بالالتزام دون التخلي عن امكانية المطالبة بالدفع بموجب الكفالة . وعلاوة على ذلك ، سيكون باستطاعة المستفيد ، ان شاء ، أن يسمح بحدوث بعض حالات التأخر الطفيفة ، التي تعزى الى الاصيل ، في الوفاء بالتزام التجارة المكافئة ، دون التخلي عن امكانية المطالبة بالدفع بموجب الكفالة . وفي الوقت نفسه ، إذا بقيت الفترة الفاصلة قصيرة نسبيا فسيسمح ذلك بجعل الكفيل في حل من مسؤوليته في موعد قريب نسبيا بعد الادعاء بحدوث عدم الوفاء بالتزام التجارة المكافئة . وقد يرغب الطرفان أيضا في تطبيق مثل هذا النهج فيما يتعلق بالكفالات التي تغطي فترات فرعية من فترة الوفاء بالالتزام .

٣٣ - [فقرة جديدة] في حالة عدم ورود حكم في الكفالة يحدد أثر تاريخ الانقضاء ، فمن المفهوم عموما أن طلب الدفع ، مشفوعا بأية مستندات مطلوبة ، يجب أن يقدم قبل حلول تاريخ الانقضاء أو في ذلك التاريخ ، وأن الكفيل ليس بالتالي ملزما بدفع أية مبالغ صدر طلب بشأنها بعد تاريخ الانقضاء . غير أنه يصح طبقا لتفسير المحاكم في بعض الولايات القضائية ، في غياب النص على خلاف ذلك ، تقديم طلب الدفع بعد تاريخ انقضاء الكفالة شريطة أن يكون الحدث الذي أعطيت الكفالة من أجله قد وقع قبل حلول تاريخ الانقضاء أو بحلوله . ويمكن ، بموجب هذا التفسير تقديم طلب الدفع اما في غضون فترة معقولة بعد تاريخ الانقضاء أو ، حسب بعض المحاكم ، أثناء فترة التقادم .

* [٣١]

(ب) اعادة مستند الكفالة

٣٤ - [٣٣] في بعض الدول قد تظل الكفالة نافذة المفعول حتى بعد تاريخ الانقضاء إذا لم يرد المستفيد صك الكفالة . لذلك ينبغي أن يلزم اتفاق التجارة المكافئة المستفيد باعادة الكفالة فور الوفاء بالالتزام المكفول . بيد أن نص الالتزام باعادة الكفالة ينبغي أن يصاغ على نحو لا يستتبع أن تظل الكفالة نافذة المفعول حتى بعد تاريخ الانقضاء إذا لم يتم ردها .

(ج) التمديد

٣٥ - [٣٣] لأسباب شتى ، قد تمدد الفترة الزمنية المحددة للوفاء بالتزام التجارة المكافئة ومن ثم قد تستمر الى ما بعد تاريخ انقضاء الكفالة (أنظر الفصل الرابع ، "التزام التجارة المكافئة" ، الفقرات من ١٣ الى ١٦ ، فيما يخص تمديد فترة الوفاء بالالتزام) . ومن الجائز أن ينص اتفاق التجارة المكافئة على أنه إذا مدت فترة الوفاء بالالتزام ، يكون الطرف الاصيل ملزماً بأن يرتب ، في غضون فترة زمنية معقولة ، اجراء تمديد مقابل لمدة الكفالة . ومن الجائز عوضاً عن ذلك أن تنص الكفالة على اجراء تمديد تلقائي لتغطية أي تمديد لفترة الوفاء بالالتزام الأساسية المتفق عليها فيما بين الطرفين . بيد أن مثل هذا الحكم قد لا يكون مقبولاً لدى كفييل لم يرغب في الالتزام بكفالة تتوقف مدتها على اتفاق لم يكن الكفييل طرفاً فيه .

٣٦ - [٣٤] أما فيما يتعلق بتكلفة تمديد فترة صلاحية الكفالة ، فقد يرغب الطرفان في الاتفاق على أن الطرف المسؤول عن تمديد فترة الوفاء بالالتزام سيكون ملزماً بتحمل تكاليف تمديد فترة الكفالة .

٦ - تعديل اتفاق التجارة المكافئة أو انهاؤه

٣٧ - [٣٥] في القوانين الوطنية التي تعترف باتفاق الطرفين على انشاء كفالة مستقلة ، تظل الكفالة المستقلة سارية المفعول حسبما هو منصوص عليه ، بصرف النظر عما يطرأ من تغييرات على الالتزام الأساسي . فإذا كان التغيير في العقد الأساسي يؤثر في امكانية الحصول على المستندات اللازمة لدعم المطالبة بالدفع بموجب الكفالة المستقلة ، فينبغي الحرس على أن ينعكس التغيير في العقد الأساسي في تعديل مقابل يجري على شروط الكفالة .

٣٨ - [٣٦] وتقضي بعض القوانين الوطنية التي لا تعترف اعترافاً كاملاً بالكفالة المستقلة ، بأن أي تبديل في التعهد الأساسي قد ينجم عنه تيرئة الكفييل ؛ فبموجب هذا

النوع من القوانين الوطنية ، قد يعتبر أن الكفالة لا تغطي الا التزام الاصيل الحاصل في تاريخ اصدار الكفالة . وقد ينس الطرفان بهدف تجنب عواقب غير مرغوب فيها ، على أن الكفالة تظل نافذة المفعول على الرغم مما يدخل من تعديلات في اتفاق التجارة المكافئة .

٣٩ - [٣٧] وقد يؤدي تعديل اتفاق التجارة المكافئة الى توسيع نطاق مسؤولية الاصيل الى ما تتجاوز قيمته مبلغ الكفالة . ومن ثم فقد يرغب الطرفان في النص في اتفاق التجارة المكافئة على أن الاصيل يكون ملزما في تلك الحالات بالتحقق من تعديل مبلغ الكفالة تبعا لذلك .

جيم - كفالة عدم التوازن في التبادل التجاري

٤٠ - [٣٨] قد يتفق الطرفان على شحن بضائع مقابل بضائع أخرى وعلى عدم دفع أموال على الشحنات في كل من الاتجاهين ، وقد ينهض هذا النوع من الصفقات على أساس عقد مقايضة (أنظر الفصل الثالث ، "النهج التعااقدي" ، الفقرات ٣ الى ٨) ، أو على أساس المقاصة في مطالبات الدفع الفائضة (أنظر الفصل التاسع ، "الدفع" ، الفرع دال) . وفي مثل هذه الحالات ، يعرّف الطرف المورد نفسه لاحتمال تجاوز قيمة الشحنات قيمة البضائع المتلقاة من الطرف الآخر ، وعدم تسوية هذا الخلل في التوازن اما بتوريد بضائع أو من خلال دفع القيمة بالمال ولدرء هذا الاحتمال ، قد يستخدم الطرفان كفالات لتأمين تسوية أي خلل في التوازن قد يحصل في تدفق التبادل التجاري . ويمكن أن يتفق على تسوية عدم التوازن في نهاية مدة الوفاء بالتزام التجارة المكافئة أو في أوقات محددة من هذه المدة .

٤١ - [٣٩] وينبغي أن يرتبط مبلغ الكفالة بمقدار الخلل في تدفق التبادل التجاري ، مع وجود حد أعلى . وهذا الحد الأعلى الخاص بالكفالة يمكن تقديره بمستوى عدم التوازن الذي تسمح به صفقة التجارة المكافئة . وقد يتفق على أن يغطي المبلغ الذي يمكن المطالبة به بموجب الكفالة مقدارا أقل من قيمة الخلل الكاملة (مثلا ، ٨٠ في المائة) . والغرض من هذا النهج أن يثني عن اللجوء الى الكفالة الا كملاذ أخير . ومن ثم ، فان المستفيد الذي لم يستطع استعادة كامل قيمة الخلل باللجوء الى الكفالة ، سيكون لديه حافز أكبر على تحقيق التوازن المتفق عليه في تدفق التبادل التجاري عن طريق طلب بضائع من الطرف الآخر .

٤٢ - [فقرة جديدة] عندما يملك شخص ثالث معلومات بشأن تدفق الشحنات بين الطرفين (مثلا المصرف الذي يدير حساب المقاصة) يمكن أن يُنس في الكفالة على أن يُشفع طلب الدفع ببيان من هذا الشخص الثالث يصادق فيه على مقدار الخلل في التوازن الذي لم يسوّ بعد . وعلاوة على ذلك ، يمكن أن تنص الكفالة على الترخيص للكفيل بألا يدفع ما يطالب به من مبالغ الا في حدود مقدار خلل التوازن الذي صودق عليه .

١ - كفالة الشحن في اتجاه واحد

٤٣ - [٤٠] وحين يُنص على تتابع معين للشحنات في كلا الاتجاهين ، قد ينص اتفاق التجارة المكافئة على أن يقدم الطرف المقرر له أن يتسلم البضائع أولاً كفالة تدعم التزامه بشحن بضائع في المقابل . ومن شأن هذه الكفالة أن تغطي المخاطرة التي يعرض نفسه لها الطرف الذي يشحن أولاً والتمثلة في عدم اتمام الشحنة المقابلة في الموعد المتفق عليه أو عدم اتمامها بالقيمة أو الكمية المتفق عليهما . وعندما يتقرر تنفيذ الشحنة الأولى على مراحل ، قد يتفق على تقديم كفالة منفصلة لكل شحنة جزئية تكون قيمتها مقابلة لقيمة هذه الشحنة ، ويمكن الاستعاضة عن ذلك بأن يتفق الطرفان والكفيل على أن يزيد مبلغ الكفالة لدى تقديم مستندات تثبت تنفيذ شحنات اضافية .

٤٤ - [٤١] وفيما يتعلق بتوقيت اصدار الكفالة ، قد ينص اتفاق التجارة المكافئة على تسليم الكفالة الى المستفيد مقابل وثائق الشحن المتعلقة بالشحنة الأولى . ومن شأن هذا الاجراء أن يدرأ احتمال أن تعطى الكفالة للطرف المقرر له أن يبدأ بالشحن ولكنه يتخلف عن الشحن بعد ذلك . وحرصاً على عدم وضع المستفيد من الكفالة (الطرف الذي شحن أولاً) في موقف يسمح له بالمطالبة بالدفع بموجب الكفالة حالما يكون الاصيل (الطرف الذي يشحن ثانياً) قد وفى بالتزامه بشحن البضائع ، قد يتفق طرفا التجارة المكافئة على أن المستفيد من الكفالة لا يحصل على سندات ملكيته للشحنة الثانية الا عند تسليمه الكفالة .

٤٥ - [٤٢] وقد تستخدم الكفالات على نحو مشابه في صفقات التجارة المكافئة المتعددة الأطراف . وعندما يربط الأطراف بين الشحنات المسلمة على نحو يكون فيه على المستورد ، مقابل تسلمه بضائع من المصدر ، أن يشحن بضائع الى مستورد مكافئ ثالث (من الغير) ، ويدفع المستورد المكافئ الثالث القيمة الى المصدر (أنظر الفصل التاسع ، "الدفع" ، الفقرة ٦٨) . 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 المصدر في وقت سابق لاستلام البضائع من المصدر 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 . ومن شأن كفالة من هذا النوع أن تغطي المخاطرة التي يتعرض لها المصدر الذي يكون قد شحن البضائع ولكنه لم يتلق شيئاً من المستورد المكافئ لأن التصدير المكافئ لم يتم .

٤٦ - [٤٣] وقد تستخدم كفالة مشابهة عندما يتسلم المصدر ، عوضا عن أن يدفع له المستورد المبلغ ، بضائع من مصدر مكافئ. ثالث يحدد له المستورد (أنظر الفصل التاسع ، الفقرة ٦٨) . وفي هذه الحالة ، قد يتفق على أن يعطي المصدر كفالة تغطي المخاطرة المتمثلة في قيامه بالشحن أولا ، ثم عدم حصوله على مقابل بشحنة من البضائع من المصدر المكافئ .

٤٧ - [٤٤] وقد تستعمل كفالة على نحو مشابه عندما يكون كلا المستورد المكافئ والمصدر المكافئ طرفا منفصلا عن كل من المصدر والمستورد (أنظر الفصل التاسع ، الفقرة ٦٩) . 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 . ومن شأن ذلك أن يحمي المستورد المكافئ من المخاطرة بدفع المبلغ الى المصدر دون أن يتسلم بضائع من المصدر المكافئ . غير أنه عندما لا يكون على المستورد المكافئ أن يسدد المبلغ الى المصدر الا عند شحن بضائع التصدير المكافئ ، فان المستفيد من الكفالة سيكون المصدر . ومن شأن ذلك أن يحمي المصدر من المخاطرة بشحن بضائع دون أن تدفع له قيمتها .

٢ - الكفالات المتبادلة

٤٨ - [٤٥] عندما يتفق الطرفان على تبادل بضائع مقابل بضائع ، قد يفعلان ذلك دون اشتراط تتابع معين تتم فيه الشحنات في الاتجاهين . ويرجع حدوث ذلك بصفة خاصة عندما يزمع القيام بشحنات متعددة في كل من الاتجاهين . وفي مثل هذه الاحوال ، يتعرض كلا الطرفين لاحتمال حدوث خلل في تدفق التبادل التجاري يتعين اصلاحه اما من خلال شحن البضائع أو بدفع مبلغ من المال . ولدرء هذا الاحتمال ، قد يتفق على أن يقدم كل طرف كفالة لتأمين تسوية ما قد يحدث من خلل لصالح الطرف الآخر .
