القيمة القانونية لتعهدات الضمان المقابل الصادرة عن البنوك المراسلة في التشريع الجزائري

سهام قارون

كلية الحقوق، جامعة باجي مختار – عنابة، sihemekaroun@yahoo.fr

تاريخ الإيداع: 2015/07/02 **تاريخ المراجعة:** 2016/01/25 **تاريخ القبول:** 2017/03/09

ملخص

تصدر تعهدات الضمان المقابل من طرف البنوك المراسلة بمناسبة تنفيذ عقود مرتبطة بالتجارة الخارجية، وتعتبر هذه التعهدات من التقنيات المصرفية الفعالة في توفير عنصر الأمان للمستفيدين منها، كما تسهل حركة انتقال الأموال بين الأشخاص والمؤسسات في عدة دول. وبما أن تعهدات الضمان المقابل تتم بتدخل أحد البنوك الوسيطة المعتمدة حيث تقابل الضمان الصادر عن هذا الأخير، فهذا الوضع يثير العديد من الإشكاليات القانونية حول الأساس القانوني لالتزام كل من البنكين، وكيفية تنفيذ هذه التعهدات التي تتخذ صورا متعددة، وأخيرا تحديد مسؤولية كل طرف، وهو ما سوف يحاول هذا البحث الإجابة عليه.

الكلمات المفاتيح: ضمانات، بنوك مراسلة، ائتمان، تجارة دولية.

The legal value of the corresponding guarantee commitments issued by correspondent banks in the Algerian legislation

Abstract

Banks can edict counter guarantee engagements on the occasion of implementing foreign commerce contracts. These engagements are considered to be among the effective banking techniques to provide security to beneficiaries and to facilitate capital movements between individuals and institutions in many countries. The edition of the aforementioned engagements is carried out by the intervention of an accredited mediating bank to counter the engagement guarantee edited from another bank. This paper is an attempt to approach questions related to the legal basis of the obligations of the two banks, the modalities of implementing these obligations which can take multiple forms and the responsibility of each party.

***Key words**: Safeguards, correspondent banks, credit, international trade.*

La valeur juridique des engagements de contre garantie émis par les banques correspondantes dans la législation algérienne

Résumé

Les engagements de contre garantie sont émis par les banques correspondantes à l'occasion de l'exécution de contrats liés au commerce extérieur. Ces engagements sont des techniques bancaires efficaces pour la sécurité des bénéficiaires et pour la facilitation des mouvements des fonds entre les personnes physiques et morales dans différents pays. Etant donné que, les engagements de contre garantie s'effectuent par l'intervention d'une banque intermédiaire agréée, ceci soulève plusieurs problèmes juridiques relatifs au fondement de l'engagement des deux banques, aux modalités d'exécution de ces engagements qui peuvent avoir différentes formes et éventuellement à la détermination de la responsabilité de chaque partie. Ces différents questionnements vont faire l'objet de cette présente recherche.

***Mots-clés**: Garanties, banques correspondantes, crédit, commerce international.*

المؤلف المرسل: سهام قارون، sihemekaroun@yahoo.fr

مقدمـــــة

عرفت المبادلات التجارية الدولية توسعا ملحوظا في السنوات الأخيرة، ولقد انعكس ذلك على تطور تقنيات البنوك في هذا المجال سواء من حيث التمويل أو الضمان، مما أدى إلى التنافس فيما بينها لتوفير أحسن الخدمات، غير أن ضخامة الموارد المالية التي يتطلبها تنفيذ عقود التجارة الدولية ضاعفت من المخاطر التي يتعرض لها المتعامل الاقتصادي الوطني أو الأجنبي على حد سواء مثل خطر عدم التنفيذ أو الإخلال بالآجال المتفق عليها، هذا الوضع فرض على البنوك ضرورة تطوير أدوات الضمان الدولية التي تقدمها لزبائنها.

فبعدما كانت الودائع النقدية هي الوسيلة التقليدية المستعملة في الضمان، والتي أثبت الواقع العملي عدم فعاليتها بسبب التعقيدات الشكلية في عمليات تحويل العملات الأجنبية وإعادة التحويل مرة أخرى عند انتهاء العملية، أصبح المتعاملون في أغلب الدول يفضلون الضمانات الشخصية الصادرة عن البنوك، فيطلبون من بنك معين أن يصدر تعهدا لصالح الجهة المستفيدة مضمونه دفع مبلغ نقدي محدد في حال إخلال الآمر بإصدار التعهد بالتزاماته التعاقدية، لكن الآمر بإصدار التعهد والمستفيد قد يكونان غير مقيمين في بلد واحد، ويلاحظ على المستفيد أنه يشترط في هذا التعهد أن يكون صادرا من بنك من نفس جنسيته، على أساس مثلا أن ملاءة بنك الآمر بالإصدار غير معروفة لديه، وعليه كان لزاما على البنوك الوسيطة المعتمدة في مختلف الدول أن تتعاون فيما بينها لإصدار هذه الضمانات، هذا التعاون يتخذ عدة صور فقد تصدر تعهدات الضمان المقابل مباشرة من البنك الأجنبي إلى المستفيد الوطني، ويمثل البنك الأجنبي مراسلا له غالبا ما يكون أحد البنوك المحلية في بلد المستفيد، والتي تتولى عملية تبليغه بالضمان أو المساهمة في تنفيذه، كما قد يتم تعزيز الضمان بتدخل البنك المراسل... الخ.

ومهما تعددت صور تعهدات الضمان المقابل فإننا نكون دوما بصدد أربعة أطراف هم: الزبون الآمر بالإصدار، والجهة المستفيدة، والبنك الأصلي، والبنك المقابل، وهو ما يطلق عليه " الضمانات الدولية غير المباشرة" والتي تعد الأكثر انتشارا في الجزائر، حيث يهتم بها المتعاملون الجزائريون بسبب تدخل بنك أجنبي مما يسهل عليهم تتبع عملياتهم التجارية في الخارج، لكن وبسبب تدخل بنكين في هذه الضمانات تثار الكثير من الإشكاليات القانونية سواء على مستوى صياغتها أو التعامل مع طلبات التنفيذ وإجراءات الرجوع بعد الدفع، الأمر الذي دفع ببعض الفقه إلى اعتبار أن ضمان البنك المراسل من شأنه تعقيد عملية الضمان، رغم ذلك لا يمكن تجاهل أهميته في تقوية مركز الجهة المستفيدة وفي تمكين البنوك الوسيطة من تلبية طلبات زبائنها الخاصة بالضمان المقابل، يدفع هذا الوضع إلى طرح الإشكال الآتي: **ما هي القيمة القانونية لتعهدات الضمان المقابل الصادرة من طرف البنوك المراسلة لصالح المتعاملين الجزائريين؟ وما هو دور البنوك التجارية الوطنية في هذا المجال؟**

لمعالجة هذه الإشكالية سوف نعتمد على الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، إضافة لبعض النصوص التنظيمية الصادرة عن مجلس النقد والقرض على مستوى بنك الجزائر، وكذلك القواعد الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والمتعلقة بالضمانات البنكية المستقلة.

تقتضي الإجابة على إشكالية البحث التطرق أولا إلى العلاقات القانونية بين البنوك الوسيطة المعتمدة والبنوك المراسلة **(المبحث الأول)**، ومن ثم أهم تعهدات الضمان المقابل وإشكالاتها القانونية **(المبحث الثاني)**، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: العلاقات القانونية بين البنوك الوسيطة المعتمدة والبنوك المراسلة.

تعكس العلاقات بين البنوك المحلية والخارجية ترابط الأنشطة الاقتصادية والمصالح المشتركة للدول، فأمام التغيرات التي يشهدها العمل المصرفي والذي لم يعد يقتصر على العمليات التقليدية كالإقراض، بدأ التوجه نحو تعزيز المراكز الائتمانية للزبائن وذلك بإصدار الضمانات البنكية الدولية، هذه الأخيرة تخضع في حالات معينة إلى إلزامية التغطية المسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي كما هو الحال في الجزائر، وللوقوف على القيمة القانونية لهذا الضمان لابد في البداية من شرح كيفية تدخل البنوك المراسلة في عملية الضمان، ومن ثم يتم تحديد التكييف القانوني للعلاقة بين البنوك الوسيطة المعتمدة ومراسليها في تعهدات الضمان، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تدخل البنوك المراسلة في عملية الضمان المقابل.

إن تدخل البنوك المراسلة في عملية الضمان المقابل لا يكون بناء على طلب الزبون، وإنما بطلب من البنك الأصلي الذي قصده ذلك الزبون طالبا إصدار ضمان معين، وتثور هنا مسألة تحديد الأساس القانوني لتعهد البنك المراسل، ومدى استقلاليته عن تعهد البنك المحلي، ولضبط هذه المسائل يتعين التطرق إلى خدمات البنوك المراسلة، وكيفية تبادل المراسلات بينها وبين بقية البنوك، وذلك في الفروع الآتية.

الفرع الأول: خدمات البنوك المراسلة.

إن البنوك التجارية في مختلف الدول لا تستطيع تقديم خدماتها في مجال التجارة الخارجية إلا إذا كانت لها علاقات مع غيرها من البنوك الأجنبية، فبموجب هذه العلاقات يمكن مثلا للبنك المحلي تحويل قيمة السلع التي استوردها زبونه إلى المستفيد الأجنبي من خلال بنك هذا الأخير، وفي هذه الحالة يسمى البنك الأجنبي بالبنك المراسل[1]، كما قد تكون البنوك الوسيطة داخل الدولة الواحدة مراسلة لبعضها البعض، ففي الجزائر مثلا نجد النظام رقم 01/07 المؤرخ في 03 فيفري2007 والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل والمتمم بالنظام رقم 06/11 المؤرخ في 19 أكتوبر 2011 [2]، يحدد صراحة في المادة السابعة منه أن البنوك، والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة، هي الوحيدة المؤهلة لمعالجة عمليات التجارة الخارجية، وذلك تحت رقابة بنك الجزائر.

غير أن هذه البنوك قد تحتاج بصدد عملية ائتمانية معينة إلى تدخل بنك أجنبي في دولة أخرى، لذلك نجد أن المنظم البنكي يحث على التعامل مع البنوك الأجنبية، وبما أن العمليات البنكية التي تتم من خلال البنوك المراسلة تتميز بكبر حجمها وضخامة التدفقات النقدية، فإنه لابد من الاستعلام جيدا عن وضعية البنك المراسل وسمعته قبل التعامل معه، وهو ما كرسه المنظم البنكي في الباب الثالث من النظام رقم 03/12 المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها[3]، حيث تنص المادة التاسعة منه على أنه يجب على البنوك والمؤسسات المالية، أن تجمع المعلومات الكافية حول مراسليها المصرفيين، مما يسمح بمعرفة طبيعة نشاطهم والتأكد من سمعتهم الجيدة، كما يجب أن تتم علاقات المراسل مع المؤسسات

المصرفية الأجنبية، وبذلك يسمح هذا النص للبنوك الجزائرية من مراسلة البنوك الأجنبية، وعقد اتفاقيات معها للاستعانة بها في بعض الخدمات البنكية.

إن الاستعانة بخدمات البنوك المراسلة قد يكون اختياريا، وقد يكون إلزاميا حسب نوع الخدمة البنكية، وحسب القوانين والأنظمة التي تحكم الجهاز المصرفي في مختلف الدول، وعليه تتنوع خدمات البنوك المراسلة فنجدها في مجال الاستثمار تقوم بإصدار الأسهم والسندات، وفي إطار تحويل الخدمات تعمد البنوك المراسلة لفتح الاعتمادات المستندية الخاصة بتحويل تكاليف تقديم الخدمات، كما تقوم بفتح الحسابات الجارية للبنوك لتسهيل التعامل فيما بينها[4].

بالنسبة لتعهدات الضمان يمارس البنك المراسل دور الوسيط بين بنك الزبون الذي طلب إصدار الضمان (يسمى الآمر بالإصدار)، والمستفيد من الضمان، وتتحدد مسؤولية البنك المراسل في العملية المصرفية على أساس دوره فيها، فقد يكون مشتركا مع بنك الزبون في تنفيذ العملية فهنا يتحمل المسؤولية باعتباره ضامنا، وقد يتوقف دوره على مجرد التبليغ فلا يتحمل بذلك أية مسؤولية تجاه المستفيد[5]. ويلاحظ أن أهم تعهدات الضمان التي يتوجب تعزيزها بضمان مقابل من طرف البنوك المراسلة هي التسهيلات الائتمانية غير المباشرة مثل الكفالة المصرفية والضمانات البنكية المستقلة، ونشير أن المنظم البنكي قد قرر إلزامية تدعيم هذه الضمانات بضمان مقابل، حيث تنص المادة 03/فـ2 من النظام رقم 02/93 المؤرخ في 3 جانفي 1993 والمتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين[6] على ما يلي:"...يخضع إصدار عقود الضمان إلى تغطية مسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل يصدره بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد."

يلاحظ على هذا النص إقراره لإلزامية التغطية المسبقة، بمعنى أنه يتعين على البنوك الجزائرية أن تسعى للحصول على ضمان مقابل من أحد البنوك الأجنبية قبل أن تقوم بإصدار عقود الضمان، وهذا بهدف تغطية المخاطر الائتمانية التي قد تتعرض لها، كما أن المنظم البنكي قد اشترط في هذا النص أن يكون الضمان المقابل صادرا من بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وهي بدورها بنوك وسيطة معتمدة في دولها، تتمتع بالثقة والملاءة وتحرص على تأكيد مصداقية إمضاءاتها وجدية التزاماتها، وتضيف المادة 09 من النظام رقم 03/12 المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، السالف ذكره، ضرورة أن تتوفر البنوك الجزائرية على حسابات مصدقة لدى البنوك المراسلة، وأن تخضع لمراقبة السلطات المختصة، فالهدف من النص هو منع البنوك الجزائرية من إقامة علاقة مراسل مع بنوك وهمية غير خاضعة للرقابة في بلدها، وهذا في إطار مكافحة تبييض الأموال[7].

الفرع الثاني: شكل المراسلات بين البنوك الوسيطة المعتمدة والبنوك المراسلة.

تقدم البنوك المراسلة خدمات الضمان المقابل بالمراسلة مع البنوك الوسيطة المعتمدة، وتتنوع شكل المراسلات بين وسائل تقليدية كالبريد والفاكس والبرقية، ووسائل حديثة تتمثل في مجموعة من الأنظمة الالكترونية لاسيما نظام (Swift) الذي يعد من الأنظمة الأكثر انتشارا.

إن إصدار تعهدات الضمان المقابل وكذلك تنفيذها، مسألة تحتاج للتعامل المباشر بين البنك الوسيط المعتمد المحلي والبنك الأجنبي، ويتم ذلك في إطار مراسلات متبادلة بينهما، تتضمن كل ما يتعلق بشروط إصدار الضمان المقابل سواء القيمة أو الآجال[8] أو التعديلات التي تطرأ عليه، إضافة إلى العمولات والمصاريف وعملية تثبيت الرقم السري بين البنكين، ولقد كانت الرسائل البريدية معتمدة بكثرة في السابق، لكن الواقع أثبت تراجعها

بسبب ما تتميز به من بطء في تنفيذ جميع العمليات المصرفية الخارجية، في حين أن استعمال الفاكس كان له الأثر الجيد في تحسين مستوى التعامل بين البنوك الوسيطة ومراسليها، لاسيما عند إجراء عمليات التحويل المصرفي بينهما، وذلك للسرعة التي يتميز بها، مع الحد من الأخطاء التي كثيرا ما تحصل عند استخدام الرسائل البريدية[9].

لقد أثر التطور التكنولوجي على تقنيات البنوك، وهو ما انعكس على طرق الاتصال بينها، حيث أصبحت في معظمها تعتمد على الطرق الالكترونية، وهكذا اتخذ شكل المراسلات بين البنوك الوسيطة والبنوك المراسلة شكلا الكترونيا، لدرجة أن بعض العمليات باتت لا تتم إلا بالشكل الالكتروني مثل توجيه الأمر بدفع قيمة الضمان المقابل، حيث يتم بث أمر التحويل للبنك المراسل، ليقوم هذا الأخير بالوفاء إما عن طريق الخصم المصرفي أو الوفاء النقدي المباشر[10]، وتجدر الإشارة هنا إلى أن أمر الدفع يتم بثه مباشرة إلى البنك المراسل أو وكيل عنه أو إلى أحد أنظمة التحويل الالكتروني كنظام Swift وهو النظام المركزي العالمي لتنفيذ الحوالات المالية المتبادلة بين البنوك العالمية الكترونيا، وذلك باعتماد مقاييس دولية، وبرمز محدد لكل بنك يسمى "سويفت كود"، هذا النظام تعتمده البنوك الجزائرية، وجاء النص عليه في النظام رقم 01/07 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل والمتمم، وبالضبط في المادة 52 منه التي تنص على ما يلي:" إن مراقبة ملفات التوطين المصرفي والتحويل من قبل الوسيط المعتمد الموطن تتم على النحو الآتي:

- فيما يخص واردات السلع، على أساس:
  - العقد التجاري و/أو الفواتير النهائية،
  - وثائق الإرسال،
  - الوثائق الجمركية (نسخة البنك أو مستند يقبل كوثيقة معادلة)،
  - نسخة من رسالة "سويفت" الخاصة بها...".

وكذلك أشار المنظم البنكي إلى نظام "سويف" في النظام رقم 03/12 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما السالف ذكره، ضمن نص المادة 17 منه.

وعليه تتعامل البنوك الجزائرية بنظام التحويل الحر، أو ما يسمى"سويفت" والذي يستعمل الرسائل الالكترونية النمطية أو النموذجية عبر شبكة مؤمنة، ومن شأن هذه الرسائل تسجيل مديونيات ودائنيات معينة في سجلات البنوك الأعضاء في شبكة سويفت[11]، وتتم التسويات النهائية بين الأعضاء من خلال اتفاقيات ثنائية، ويهدف نظام "سويفت" العالمي إلى تحسين طرق الدفع الدولية بإدخال مقاييس موحدة في العلاقات المصرفية، الأمر الذي يعزز عامل السرعة والمرونة، والحماية من ضياع المستندات وانخفاض التكلفة[12]. لكن الإشكال الذي يطرح هنا هو عند عدم وجود وسائل اتصال الكترونية بين البنك الوسيط ومراسله لعدم الاشتراك في نفس شبكة الاتصالات الالكترونية، هنا يضطر البنك الوسيط إلى الاستعانة ببنك مراسل آخر، ليستقبل هذا الأخير أمر الدفع من البنك الوسيط، ويصدر من جانبه أمرا آخر إلى البنك المراسل الأول أو يصدر أمرا آخر إلى بنك وسيط ثان، وهو ما يستنتج منه أنه قد يشترك أكثر من بنك مراسل أو وسيط بصدد أحد الضمانات المقابلة.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للعلاقة بين البنوك الوسيطة المعتمدة ومراسليها في تعهدات الضمان المقابل.

تعددت الآراء الفقهية والقضائية حول تحديد الأساس القانوني لعلاقة البنك الوسيط بالبنك المراسل بصدد عملية إصدار الضمان المقابل، وذلك بسبب اختلاف التزامات كل طرف، ومسؤولية كل منهما، وكذلك تعدد المراكز القانونية التي تشغلها البنوك المراسلة، فهناك من يكيف هذه العلاقة على أساس قواعد عقد الوكالة، وهناك من ينفي ذلك بحجة استقلالية الضمانات الصادرة عن هذه البنوك، ورأي آخر يستند إلى عقد الاعتماد المصرفي كأساس قانوني لهذه العلاقة، وسوف نستعرض هذه الآراء في الفروع الموالية:

الفرع الأول: عقد الوكالة كأساس قانوني لعلاقة البنك الوسيط بمراسله.

ذهب بعض الفقه[13] إلى تفسير العلاقة بين البنك الوسيط المعتمد ومراسله من خلال أحكام عقد الوكالة، وذلك على أساس أن تدخل البنك المراسل في عملية الضمان كان نتيجة لتعاقده مع البنك الوسيط، كما أن هذا الأخير هو الذي يوجه له التعليمات الخاصة بإصدار الضمان الذي سبق الاتفاق عليه مع الزبون الآمر بالإصدار، ويترتب على هذا التكييف أن حق الجهة المستفيدة يكون في مواجهة البنك الوسيط (ويسمى هنا بالضامن الأول)، ما لم يكن البنك الأجنبي قد التزم بدوره في مواجهتها[14].

تلزم قواعد الوكالة البنك الوسيط بوصفه الضامن الأول تعويض البنك المراسل الأجنبي إذا ما اضطر هذا الأخير لدفع قيمة الضمان للجهة المستفيدة (والتي قد تكون أفرادا أو مؤسسات أو بنوكا) مع المصاريف والعمولات، أما لو قام البنك الوسيط الأول بالدفع فهنا يستطيع بعد ذلك الرجوع بقيمة ما أوفاه على البنك المراسل الأجنبي الذي يقع عليه التزام بتغطية البنك الوسيط الأول بموجب تعهد الضمان المقابل، حيث يقوم البنك المراسل بتقييد مبلغ الضمان المقابل في حساب البنك الوسيط، وغالبا ما يتم ذلك من خلال ما يسمى بالمقاصة اللاحقة لعمليات البنوك المراسلة[15].

الواقع أن تكييف العلاقة بين البنك الوسيط ومراسله على أنها عقد وكالة لا يتماشى مع جميع الصور التي يصدر بها الضمان المقابل، ولتوضيح ذلك يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: عند صدور الضمان من البنك المراسل إلى الجهة المستفيدة بناء على طلب البنك الوسيط، في هذه الحالة تكون العلاقة بين البنكين علاقة وكالة.

الحالة الثانية: عند صدور ضمان بنكي من البنك الوسيط ويتم تعزيزه من أحد البنوك المراسلة له، هنا يتحمل كلاهما مسؤولية ذلك الضمان تجاه الجهة المستفيدة، وهذا ما ينفي وجود علاقة الوكالة بينهما، حيث يلتزم كل بنك بشكل مستقل عن الآخر، فبالرغم من أن هنالك ترابطا بين الضمانتين (الضمانة الأولى المباشرة والضمانة المقابلة)، إلا أنه لا توجد بينهما في هذه الحالة علاقة تبعية، وهو ما يدعم فكرة الاستقلالية، فتخضع كل ضمانة لشروطها المحددة في الصك أو السند الذي صدرت به[16]، ويمكن هنا تقديم مثال على أحد تعهدات الضمان المقابل وهو خطاب الضمان المقابل، حيث أكدت غرفة التجارة الدولية في آخر نشرة لها رقم 758 والمتضمنة القواعد الموحدة لخطاب الضمان تحت الطلب لسنة 2009[17] على استقلالية الضمان المقابل وذلك بالمادة 5/ب.

الفرع الثاني: عقد الاعتماد المصرفي كأساس قانوني لعلاقة البنك الوسيط بمراسله.

إن أغلب الفقه الفرنسي[18]، وجانبا من الفقه العربي[19]، يكيف العلاقة بين البنك الوسيط ومراسله في تعهدات الضمان المقابل على أنها تدخل في إطار الخدمات المصرفية، وبالضبط عقد فتح الاعتماد بالضمان، يضاف إليه توكيل من الزبون الآمر بالإصدار لبنكه المحلي بالاستعانة بأحد مراسليه لتأييد الضمان الذي يصدره، ذلك أن البنك المراسل يلتزم بموجب الاتفاق الذي أبرمه البنك الوسيط مع زبونه والمتمثل في عقد الاعتماد المصرفي بالضمان.

يتعاقد البنك المراسل باسمه ولحسابه الخاص مع البنك الوسيط، كما أنه لم يكن ليقبل الاعتماد لولا اطمئنانه بوجود ائتمان البنك الوسيط، إذن فالعلاقة بين البنكين هي علاقة عقدية، لأنه تم التراضي على مقابلة الضمان الأول بضمان مقابل، ويلتزم البنك الأول بدفع العمولات المقررة على هذه الخدمة المصرفية، ونلاحظ أن هذا الرأي يجد سندا له في نص المادة 37/ب من القواعد والعادات الموحدة الجديدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ضمن النشرة رقم 600 والتي تنص على أنه لا تتحمل البنوك أية تبعة أو مسؤولية إذا كانت التعليمات التي تبلغها لم تتبع (تحترم)، حتى ولو كانت هي نفسها قد بادرت إلى اختيار البنك أو البنوك الأخرى، يعفي هذا النص البنوك المراسلة من المسؤولية عن عدم تنفيذ البنوك الوسيطة للتعليمات الصادرة إليها من زبائنها، وهذا ينفي نظرية الوكالة بالنسبة للضمان المقابل المباشر.

تعرضت هذه النظرية بدورها للنقد على أساس أن عقد الاعتماد بالضمان ينطوي بدوره على توكيل من الزبون الآمر بالإصدار لبنكه بطلب الضمان المقابل من البنك الأجنبي، بمعنى أن البنك الوسيط التزم في عقد فتح الاعتماد تجاه زبونه بالحصول على الضمان المقابل، وهو ما يعيدنا لتكييف عقد الوكالة في علاقة البنكين.

يتضح من مجمل النظريات التي صيغت في هذا المجال، أنه لا توجد هناك علاقة مباشرة بين البنك المراسل والمستفيد من الضمان (نقصد هنا المتعاقد من الزبون)، كما تنتفي هذه العلاقة بينه وبين الزبون الآمر بالإصدار، في حين أن هذا البنك المراسل يرتبط مباشرة مع البنك الوسيط من خلال طلب إصدار الضمان المقابل أو تبليغه أو تعزيزه، ونرى في تكييف هذه العلاقة بين البنكين أنه يجب الاعتماد على الاتفاق المبرم بينهما، والذي يختلف فيه المركز القانوني للبنك المراسل، بين وكيل عن البنك الوسيط، وبين ملتزم أصلي يغطي خطر مطالبة البنك الوسيط الضامن من المخاطر التي يتحملها بسبب إصداره لأحد تعهدات الضمان.

المبحث الثاني: أهم تعهدات الضمان المقابل وإشكالاتها القانونية.

تتنوع تعهدات الضمان المقابل التي تتم بتدخل البنوك المراسلة، إذ تشمل الضمانات المقدمة في إطار الصفقات الدولية، وكذلك الضمانات المقدمة للإدارات الجبائية والجمركية وغيرها، والواقع أنه يصعب حصرها جميعا، لذلك سوف يركز هذا البحث على أهم تعهدات الضمان المقابل المنتشرة بكثرة بين المتعاملين بالتجارة الدولية، ويمكن تقسيمها اعتمادا على طبيعة التزام البنك المراسل إلى ضمانات تبعية وضمانات مستقلة، وبسبب قصور تشريعات بعض الدول فيما يخص هذه الضمانات، فإنه تثور العديد من الإشكاليات القانونية خاصة إذا ما اضطر البنك المراسل إلى صرف قيمة الضمان المقابل، وسوف نعالج هذه الإشكاليات عند تطرقنا لكل ضمانة، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الضمانات البنكية التبعية.

تعد الكفالة المصرفية من أهم آليات الضمان التي تقدمها البنوك التجارية خاصة في مجال الصفقات العمومية، ولكن الكفالة التي تعنينا في مجال بحثنا هي الكفالة المصرفية المقابلة التي تقدمها البنوك المراسلة لتعزيز الضمانات الصادرة عن البنوك الوسيطة، وذلك إما ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة، أو لضمان إرجاع التسبيقات، كما سوف يتم توضيحه في الفروع الموالية:

الفرع الأول: كفالة حسن التنفيذ.

تنص المادة 128 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[20] على ما يأتي: "الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الاقتصاديين الأجانب، لاسيما في الميدان المالي، هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري **يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى**".

تمر الصفقات العمومية بعدة مراحل لإنجازها، وكل مرحلة تتطلب استصدار ضمانات بنكية معينة، فبالنسبة لكفالة حسن التنفيذ المذكورة في المادة 128 أعلاه، فإنها تقدم للمصلحة المتعاقدة بعد رسو العطاء على أحد المشاركين في المناقصة أو المزايدة، حيث يقدمها هذا الأخير لتغطية مخاطر تنفيذ الصفقة مثل: التأخر في الإنجاز، أو سوء التنفيذ، ويستمر سريان تعهد البنك في هذه الصورة من صور الكفالة المصرفية طيلة استمرار التزام المكفول (أي المقاول)، وينقضي بانقضائه بدون دفع قيمتها للمصلحة المتعاقدة ما لم يثبت إخلال المكفول بالتزاماته التعاقدية[21]، ولقد حددت المادة 133/ف1 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة في المائة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة، حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

إذا كان الآمر بإصدار هذه الكفالة والمستفيد منها موجودين في بلد واحد فهنا تعتبر كفالة داخلية لا يتدخل فيها أي ضامن مقابل، لكن بالنسبة للكفالات الخارجية التي تقدم بصدد الصفقات الدولية[22]، فنلاحظ أن الآمر بالإصدار يكون جهة أو شخصا مقيما في الجزائر مثلا والمستفيد يكون شخصا أجنبيا غير مقيم، أو العكس، حيث يكون الآمر بالإصدار(المكفول) شخصا غير مقيم والمستفيد(المصلحة المتعاقدة) يكون في الجزائر، ونشير هنا إلى أن المادة 2/ف2 من النظام رقم 01/07 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل والمتمم السالف ذكره، تعتبر أن الأشخاص غير المقيمين في مفهوم هذا النظام هم الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين يتواجد المركز الرئيسي لنشاطهم الاقتصادي خارج الجزائر.

وعليه إذا كان الشخص الذي رست عليه الصفقة الدولية هو شخص مقيم، فيمكن لأحد البنوك الوسيطة الجزائرية الاتصال بالبنوك المراسلة في بلد المستفيد لتعزيز الضمان، حيث تنص المادة 3/ف1 من النظام رقم 02/93 المؤرخ في 3 جانفي 1993 والمتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين بأنه يمكن للبنوك الوسطاء المعتمدين أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر، عقود الضمان لفائدة المقيمين بموجب الالتزامات المتخذة بالجزائر من طرف غير المقيمين. لكن إذا كان الشخص الذي رست عليه الصفقة الدولية غير مقيم فإنه يلجأ إلى بنكه الأجنبي طالبا منه إصدار كفالة حسن التنفيذ لصالح المصلحة

المتعاقدة الموجودة بالجزائر، فيقوم البنك الأجنبي بدوره بالاتصال بأحد البنوك المراسلة له في الجزائر ويطلب منه تعزيز تلك الكفالة، لكن البنوك الجزائرية لن تستجيب لهذا الطلب إلا بشروط هي:

– الحصول على ضمان مقابل يأخذ شكل كفالة مقابلة تغطي التزامها تجاه المستفيد.

– ضرورة أن يكون الضامن المقابل بنكا أجنبيا من الدرجة الأولى.

– ضرورة أن يتأكد البنك الجزائري بوصفه الضامن الأول من عدم وجود قيود على تحويل العملات في بلد البنك الأجنبي بوصفه الضامن المقابل.

– التأكد من أن الكفالة المقابلة لكفالة حسن التنفيذ تقع ضمن سقف التعامل مع ذلك البنك المراسل.

– لا يجوز على الإطلاق، أن تصطحب هذه العقود بإيداع أو تكوين فعلي لاحتياط في الخارج[23].

وفي حالة ما إذا اضطر البنك المحلي لدفع قيمة الكفالة، فإنه يكون محميا بسبب الضمان المقابل، حيث يرحل إلى الوطن المبلغ الإجمالي أو الجزئي الناجم عن استعمال الكفالة المقابلة المقدمة من البنك الأجنبي، ويضاف إليه عند الاقتضاء، غرامات التأخير وكل النفقات والمصاريف الأخرى التي تحملها البنك[24]، ونشير في الأخير إلى أن أهم إشكالية تثيرها هذه الضمانة هي اختلاف التسميات المستعملة بشأنها بين البنوك، فالبعض يستعمل مصطلح الكفالة المصرفية للدلالة على تبعية التزام البنك الوسيط لالتزام مراسله، وآخرون يشيرون في تعهداتهم إلى مصطلح الضمان للدلالة على استقلالية التزام كلا البنكين، وهو ما تترتب عليه منازعات في تفسير هذه التعهدات، لذلك يتعين توحيد المصطلحات القانونية لنصوص الضمان والضمان المقابل على الأقل بين البنوك المراسلة لبعضها البعض.

الفرع الثاني: كفالة التعهد بإرجاع التسبيقات.

تقدم هذه الكفالة كذلك في مجال الصفقات العمومية، حيث تنص المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه:" لا تدفع التسبيقات... وإذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات...ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، **يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى**".

الأصل في المناقصات والمزايدات أن عملية الدفع بالنسبة للمتعاقد تلي إنجاز الخدمة، غير أنه بالنسبة للمشاريع الاقتصادية الكبيرة فإن قيمة الإنجاز تكون مرتفعة جدا تفوق أحيانا قدرة المقاول، فيلجأ هذا الأخير لطلب تسبيقات مالية من المصلحة المتعاقدة، والتي تقدمها له على شكل دفعات عبر مراحل التقدم في إنجاز المشروع على أن تحسم من مستحقاته[25]، وذلك بعد أن تحصل منه على كفالة بنكية تضمن التزامه برد هذه التسبيقات، ونشير هنا إلى أنه قد يترتب عن هذه العملية تحويل التسبيقات إلى الخارج، وهو ما يعني تحويل العملات الصعبة للخارج، ولا يجوز إلا للبنوك الوسيطة المعتمدة القيام بذلك حسب المادة 37 من النظام رقم 01/07 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل والمتمم، والملاحظ أن أغلب الدول تنتهج هذا الأسلوب وذلك بهدف المحافظة على احتياطي العملة الصعبة الذي تملكه.

أما بخصوص الحالة التي يكون فيها هذا المتعاقد(المقاول) أجنبي، فإن المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، تشترط أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب الخاصة بالتسبيقات من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل، غالبا يتخذ شكل كفالة بنكية مقابلة صادرة عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وبذلك نكون بصدد ضمانتين، الأولى صادرة من طرف بنك

المستفيد(المصلحة المتعاقدة)، وتقابلها كفالة أخرى صادرة عن البنك الأجنبي لصالح البنك الأول، وتنفيذ هذه الكفالات يخضع لنصوصها، حيث يلتزم البنك الأول بتنفيذ تعهده بموجب الكفالة التي أصدرها إذا ما تحققت شروطها، ومن ثم يرجع على البنك الأجنبي بمقتضى الكفالة المقابلة.

لكن بالنسبة للبنوك الجزائرية فالأمر ليس كذلك لأنها كثيرا ما تقوم بإحالة طلبات التنفيذ التي تقدم إليها مباشرة على البنك الأجنبي وذلك قبل دراستها ودون أن تبادر أولا إلى التنفيذ، وهكذا فإنها وفي مثل هذه العمليات تصبح مجرد وسيط بين المستفيد من الضمان والبنك الأجنبي[26]، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عزوف الكثير من البنوك المراسلة الأجنبية على مقابلة الضمانات الصادرة عن البنوك الجزائرية.

تتميز هذه الكفالات عموما بأنها غالبا ما تنقضي دون وفاء، فعندما يقوم المتعاقد (المقاول) بإرجاع التسبيقات إلى المصلحة المتعاقدة، تقدم هذه الأخيرة إبراء كتابي للبنك الضامن الأول من تسديد قيمة الكفالة نظر لعدم تحقق سببها، وتبعا لذلك يقوم هذا البنك الضامن الأول بتحرير مراسلة للبنك الأجنبي لتبرئته من تعهداته في الكفالة المقابلة التي قدمها.

المطلب الثاني: الضمانات البنكية المستقلة.

تتعدد صور الضمانات المستقلة بين مختلف البنوك في العالم، وتعرف على أنها التعهدات البنكية التي تستقل عن العقود الممهدة لإصدارها، ويستقل فيها تعهد البنك عن العلاقة التي تربط زبونه بالمستفيد، ومن أهم هذه الضمانات المستعملة بكثرة في عقود التجارة الدولية نجد خطاب الضمان والاعتماد المستندي، ولن نتطرق هنا لدراسة جميع أحكامها، بل سوف نركز فقط على الحالة التي تكون فيها هذه الضمانات ضمانات مقابلة صادرة عن بنوك مراسلة، وذلك تماشيا مع موضوع البحث، وعليه نخصص فرعا لكل ضمانة على النحو الآتي:

الفرع الأول: خطاب الضمان المقابل.

بالرغم من أن الكفالة البنكية تعد جوهر الضمانات المقدمة في إطار عقود التجارة الدولية، غير أنه بسبب خاصية التبعية التي تميزها، والتي لا تتماشى مع مصالح المتعاملين الاقتصاديين بدأ التوجه نحو الضمانات غير التبعية، وبالضبط المستقلة منها، فأصبح خطاب الضمان يلعب دورا لا يقل في أهميته عن الكفالة، ويعرفه الفقه[27] على أنه "تعهد مصرفي بدفع مبلغ نقدي لدى أول طلب من المستفيد، دون إمكانية التمسك بأية دفوع مستمدة من العقد الأصلي، ماعدا حالة الغش والتعسف البين"، ونشير هنا إلى أنه عند نشأة هذا الضمان كان يفتقر لنصوص قانونية تنظم أحكامه، وبقي يخضع للعرف المصرفي لمدة من الزمن، بل مازال كذلك في عدة دول مثل الجزائر والمغرب، وقد يكون خطاب الضمان مباشرا أي يصدره البنك مباشرة للمستفيد الذي عينه زبونه الآمر بالإصدار، وقد يكون غير مباشر حيث يتدخل فيه طرف رابع وهو بنك آخر، ويسمى خطاب الضمان المقابل.

يعرفه جانب من الفقه الخطاب الضمان المقابل[28] على أنه "تعهد مصرفي بتغطية الالتزام المباشر الذي يتحمله البنك الضامن الأول تجاه المستفيد، والذي يمكنه من الرجوع عليه، ويتمتع خطاب الضمان المقابل بنفس الاستقلالية المقررة لخطاب الضمان الصادر من البنك الأول"، كما عرفته المادة 07 من اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بأنه" تعهد مقدم إلى ضامن آخر مصدر لتعهد آخر، وينص على السداد لدى تقديم مطالبة بسيطة أو

مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية التي يتبين أو يستدل منها أن الشخص المصدر للتعهد الآخر قد تمت مطالبته بالسداد، أو أنه قام بالسداد بموجب ذلك التعهد الآخر".

يلاحظ من هذه التعاريف أنه في خطاب الضمان المقابل نكون بصدد علاقة بين بنكين ينتج عنها إصدار ضمانتين، ضمان للبنك المحلي الذي يسمى في هذه الحالة بالضامن المثبت للتعهد، وضمان مقابل من البنك الأجنبي الذي يتدخل في العملية حتى يطمئن المستفيد من حصوله على حقوقه من بنك في بلده، ويشتمل على تعهد البنك الضامن المقابل بالدفع الفوري لقيمة الضمان بمجرد مطالبة البنك الأول، أو لدى تقديمه المستندات المشترطة في نص التعهد، وهذا يعني أن الضامن المقابل مدين للبنك المثبت للتعهد وليس للمستفيد. وبخصوص الضمانتين نجد أن هنالك توجها لجانب من الفقه والقضاء المقارن لتكريس فكرة الاستقلالية بينهما تماشيا مع مبدأ استقلالية الإرادة، ما يعني أن تنفيذ خطاب الضمان المقابل يخضع للشروط التي تضمنها، ولا يتأثر بما قد يلحق خطاب الضمان الأول من عدم تنفيذ، وهذا ما يعبر عنه قانونا بمبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفوع الذي يعد أحد مظاهر الاستقلالية[29]، لكن القضاء الفرنسي[30] يرى أن هذه الاستقلالية للضمان المقابل لا تتعارض مع جواز رجوع الضامن المقابل على الضامن الأول إذا كانت صيغة الضمان تجيز له أي للضامن المقابل الوفاء للمستفيد مباشرة، لكن الرجوع هنا يجب أن يتم بعد عملية الدفع على أساس أن هذه الضمانات مستحقة الدفع لدى الطلب.

ومن أهم الإشكاليات التي تطرح بمناسبة خطاب الضمان المقابل هي تلك المتعلقة بالحالة التي يقوم فيها البنك الضامن الأول بصرف قيمة الضمان للمستفيد، في هذه الحالة هل يلزم هذا البنك عند رجوعه على الضامن المقابل أن يقدم له المستندات التي تبرر صرفه لقيمة الضمان أو أنه غير ملزم بذلك؟ الواقع بالرغم من خاصية الاستقلالية التي تميز الضمانتين إلا أن الواقع العملي يثبت أن البنوك المراسلة تشترط ذلك التبرير، وهذا ما أكدته أيضا المادة السادسة من اتفاقية الأمم المتحدة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال).

الفرع الثاني: الاعتماد المستندي المؤيد والمنفذ.

لقد انتشر العمل بالاعتماد المستندي في العقد التجاري الدولي بين مختلف البنوك، بسبب ما تؤمنه هذه التقنية للبائع الأجنبي من استيفاء ثمن البضاعة بمجرد تقديمه المستندات المشترطة للبنك المفتوح لديه الاعتماد، أو لمراسله في الخارج[31]، ولقد عرفته المادة 2/ ف8 من النشرة رقم 600 لسنة 2007 المتضمنة القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والصادرة عن غرفة التجارة الدولية كما يلي "أي ترتيبات، مهما كانت تسميتها أو وصفها، تكون غير قابلة للإلغاء، وبذلك يشكل تعهدا باتا على البنك المصدر للاعتماد للوفاء بالتزامه مقابل تقديم مطابق".

يعد الاعتماد المستندي في الجزائر تقنية إلزامية لدفع مقابل الواردات وذلك بموجب المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، المعدلة بموجب المادة 44 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010[32]، والواقع أنه غالبا ما تتدخل عدة بنوك وسيطة لتنفيذ الاعتماد المستندي، ويختلف دور هذه البنوك حسب شكل التدخل، فقد تكلف فقط بتبليغ خطاب الاعتماد، وقد يطلب منها تأييده، وأحيانا يصل الأمر لتدخلها في تنفيذ الاعتماد، هذه هي صور الضمان المقابل في الاعتماد المستندي، والتي سوف نتطرق إليها في النقاط الآتية:

أولا: تبليغ البنوك المراسلة لخطاب الاعتماد.

تنص المادة 09 من النشرة رقم 600 المتضمنة القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية على جواز تبليغ الاعتماد من بنك آخر غير البنك الذي أصدره، ونجد ذلك في الحالة التي يكون فيها المستفيد من الاعتماد شخصا أجنبيا، فيستعين البنك مصدر الاعتماد بأحد البنوك المراسلة له في بلد المستفيد لتبليغ ذلك المستفيد، ولقد اختلف الفقه كثيرا في تكييف العلاقة التي تجمع بين البنكين، لكن الراجح أنها علاقة وكالة في تبليغ مضمون خطاب الاعتماد، خاصة وأن الفقرة 02 من المادة 09 من النشرة رقم 600 السالفة الذكر تؤكد على عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة بين البنك المراسل المبلغ وبين الآمر بالإصدار أو المستفيد[33]، وهنا يتجسد مبدأ الاستقلالية الذي يمنع رجوع الأطراف الأصلية للاعتماد على البنك المراسل المبلغ.

بالنسبة لمسؤولية هذا البنك المراسل المبلغ تجاه المستفيد، فالأصل فيها أنه لا يتحمل أية مسؤولية عن تبليغ الاعتماد مادام لم يتعهد بشيء، فإذا رفض القيام بالتبليغ يتعين عليه إخطار البنك مصدر الاعتماد بذلك خلال فترة معقولة تتحدد على ضوء العرف الجاري بين البنوك، أما لو قبل القيام بالتبليغ فمن الضروري أن يتأكد من صحة خطاب الاعتماد، وليس المقصود هنا التحقيق فيه بل مجرد تدقيق ظاهري، إما من خلال التأكد من صحة التوقيعات أو التثبت من الأرقام السرية التي يتضمنها[34]، ونشير هنا إلى أهمية الدور الذي تمارسه البنوك المراسلة باعتبارها وسيطا بين البنك مصدر الاعتماد والمستفيد، إذ لا ينحصر دورها في مجرد تبليغ خطاب الاعتماد، بل تتلقى كذلك من المستفيد المستندات الممثلة للبضاعة لتقوم بإرسالها إلى البنك مصدر الاعتماد.

ثانيا: تعزيز البنوك المراسلة للاعتماد المستندي.

نجد هذه الحالة عندما يشترط المستفيد على المتعاقد معه أن يكون الاعتماد الذي يستصدره مؤيدا من طرف بنك آخر لتعزيز الثقة فيه، فيطلب هذا المتعاقد من البنك منشئ الاعتماد أي مصدره أن يسعى لإضافة تعزيز على الاعتماد من أحد البنوك الموجودة في بلد المستفيد، وتدخل البنوك المراسلة لتعزيز الاعتماد المستندي مسألة تخضع لإرادتها، لكن متى قامت بالتأييد أو التعزيز أي الموافقة عليه، فإنها تكون قد ألزمت نفسها بمثل ما يلتزم به البنك منشئ الاعتماد تجاه المستفيد، التزام نهائي غير قابل للرجوع فيه[35]، وجرت العادة على أن يقوم المستفيد بسحب كمبيالة مستندية على البنك المراسل المعزز بقيمة الاعتماد.

يتحمل البنك المراسل مسؤولية تعزيزه للالتزام الناشئ عن الاعتماد الأصلي، لاسيما وأنه تقع على عاتقه مجمل الالتزامات الخاصة بالبنك مصدر الاعتماد من تبليغ المستفيد بالاعتماد، وإبلاغه تأييده له، وقبول المستندات وغيرها[36].

ثالثا: تنفيذ البنوك المراسلة للاعتماد المستندي.

إضافة إلى تبليغ وتعزيز الاعتمادات المستندية، هناك صورة أخرى لتدخل البنوك المراسلة، تتمثل في تنفيذ الاعتماد المستندي من خلال قيامها بعمليات الخصم أو القبول أو الدفع، وذلك بعد أن تكون قد قامت بفحص المستندات التي قدمها المستفيد، وأجرت عملية المطابقة بينها وبين الشروط المحددة في خطاب الاعتماد[37]، لكن السؤال الذي يطرح هنا هو ما مدى حق المستفيد في الرجوع على البنك المراسل؟ الواقع بالرغم من أن عملية التنفيذ تهم المستفيد، لكنه لا يملك حقا مباشرا في مواجهة البنك المراسل، ما دام هذا الأخير قد تعاقد مع البنك المنشئ، وعليه فإن المستفيد يستطيع الرجوع على البنك المنشئ دون المراسل، وإذا قام البنك المراسل بتنفيذ الاعتماد فانه يملك حق الرجوع على البنك المنشئ بقيمة ما دفعه.

خاتمـــة

نستنتج من هذا البحث أن التعاون بين البنوك التجارية في مختلف الدول أصبح ضرورة حتمية لأداء دورها كوسيط في تسوية وضمان الالتزامات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، لذلك تؤكد التشريعات المقارنة على أهمية أن تؤسس البنوك لعلاقات مع مراسلين لها في الخارج، وأن تحافظ عليها من خلال ضمان حسن تنفيذ التزاماتها، لاسيما وأن علاقات المراسلة تقوم عموما على أساس مبدأ المعاملة بالمثل بين البنوك.

كما أن ازدياد الطلب على الضمانات الشخصية خاصة تعهدات الضمان والضمان المقابل، قد دفع بالبنوك المحلية إلى السعي للحصول على مزيد من التسهيلات المصرفية الخارجية، ومن هنا برز دور البنوك المراسلة التي لم تكتف باعتبارها مجرد وسيط بين البنوك والمستفيدين، بل أصبح لها دور إيجابي من خلال التدخل في عملية إصدار الضمان أو تعزيزه أو تنفيذه، وهو ما دفع بالفقه إلى اعتبارها أحيانا وكيلا عن البنك الأول، وأحيانا أخرى طرفا أصليا في العملية فتتحمل بذلك مسؤولية الإخلال بالتزاماتها.

تتمتع تعهدات الضمان المقابل الصادرة لصالح المتعاملين الجزائريين سواء كانوا مقيمين أو غير مقيمين بقيمة قانونية، تتمثل في التزام الضامن المقابل بتغطية البنك الأول عن المخاطر الائتمانية التي قد يتعرض لها، وهذا الالتزام المقابل يشترط فيه المشرع الجزائري أن يكون صادرا من بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وتدخل بنك في العملية يدعم عنصر الضمان بالنسبة لكل من البنك الأول والمستفيد، لما يتمتع به من يسر ومركز مالي مستقر.

لكن بالرغم من ذلك نجد أن المشرع الجزائري، على غرار العديد من المشرعين، لم يضع نظاما قانونيا خاصا بتعهدات الضمان المقابل، لاسيما المستحدثة منها كخطاب الضمان المقابل والاعتماد المستندي المؤيد، باستثناء تدخل المنظم البنكي بإصدار النظام رقم 02/93 المؤرخ في 3 جانفي 1993 والمتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين، هذا القصور التشريعي من شأنه أن يعيق الاستثمار الأجنبي والوطني على حد السواء.

تأسيسا على هذه النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث، نقدم بعض التوصيات التي نرى أنها ضرورية لتدعيم القيمة القانونية لتعهدات الضمان المقابل التي تتم بتدخل البنوك المراسلة:

– الحرص على وضوح الصياغة في الاتفاقيات المبرمة مع البنوك المراسلة، وذلك لتحديد حقوق والتزامات ومسؤولية كل طرف.

– بما أن الضمانات المقابلة تعد إحدى الآليات القانونية التي تلجأ إليها البنوك لتقديم خدمات مصرفية متخصصة لزبائنها، فإنه يتعين عليها توخي درجة من الحرص عند اختيار البنك المراسل، حيث يؤخذ بعين الاعتبار التشريعات السائدة في الدولة التي يتم التعامل مع البنك المراسل فيها، وكذلك الاختصاص القضائي، والجهات الرقابية على نشاطه، ودراسة مدى الاستقرار السياسي لتلك الدولة.

– في حال حصول منازعات بين البنك الوسيط ومراسله بخصوص تنفيذ أحد تعهدات الضمان المقابل يفضل اللجوء للتحكيم التجاري الدولي، باعتباره الأنسب مادام الضمان المقابل يتمتع بالطابع الدولي، على أن يتم إدراجه كشرط في الاتفاقيات التي تبرم مع البنوك المراسلة.

– الاستفادة من التقنيات الالكترونية الدولية في علاقة المراسلة، وذلك على غرار نظام سويفت، مع تدعيم عنصر الرقابة على شبكات تأمين المعاملات البنكية الالكترونية.

– ضرورة سن المشرع الجزائري لنظام قانوني خاص بتعهدات الضمان المقابل، يوضح إجراءات إصدارها، وآثارها القانونية، على أن يراعي فيه العرف المصرفي المستقر والقواعد الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية.

– أخيرا نوصي باستحداث هيئة خاصة مركزية على مستوى بنك الجزائر، تتولى دراسة المخاطر الائتمانية الناجمة عن العمليات التي تتم مع البنوك الأجنبية المراسلة، للتخفيف من جرائم غسيل الأموال.

الهوامش:

1- د. خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 84.

2- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، المؤرخ في 2007/5/31.

3- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12، المؤرخ في 2013/02/27.

4- د. محمود الكيلاني، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، دراسة قانونية مقارنة، معهد الدراسات المصرفية، عمان، الأردن، 2009، ص 247.

5- د. خالد وهيب الراوي، المرجع السابق، ص 85.

6- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، المؤرخ في 1993/3/14.

7- وهذا ما تؤكده المادة 35/ف2 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، والتي تنص على أنه "...ولهذا الغرض يكلف (بنك الجزائر) بتنظيم الحركة النقدية...، ويسهر على حسن تسيير التعهدات المالية تجاه الخارج وضبط سوق الصرف والتأكد من سلامة النظام المصرفي وصلابته".

8- تؤكد التشريعات المقارنة على ضرورة أن يتضمن صك الضمان المقابل آجال محددة لتنفيذه، ولقد واكب المنظم البنكي هذا التوجه، حيث تنص المادة السابعة من النظام رقم 02/93 المؤرخ في 3 يناير 1993 والمتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين على ما يلي" يجب أن تحمل عقود الضمان والضمان المقابل، موضوع هذا النظام، وتاريخ بدايتها وتاريخ استحقاقها".

9- د. جلال وفاء محمدين، التحويلات المصرفية الالكترونية من الوجهة القانونية، الجزء الأول، بنك الكويت الصناعي، 2008، ص 212.

10- د. جلال وفاء محمدين، المرجع نفسه، ص 230.

11- منذ سنة 2002 استحدث نظام جديد يسمى Swift Net الذي يستعمل شبكة الانترنيت، ولقد تم الترحيل الكلي من النظام القديم Swift إلى النظام الجديد Swift Net سنة 2005.

12- د. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 216.

13- د. السيد محمد اليماني، الاعتماد المستندي والطبيعة القانونية لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص 392.

14- عادل إبراهيم السيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1996، ص 366.

15- Tuto Rossi, « la garantie bancaire a première demande, pratique des affaires, droit compare, droit international prive », Méta éditions, ch. 1000 Lausanne, 1990, p 77.

16- بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية، الضمانة لدى الطلب، آلية دفعها، تعطل الآلية، مسؤولية المصارف، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 64.

17- صدرت القواعد والعادات الموحدة لخطاب الضمان لدى الطلب بتاريخ 03 ديسمبر 2009، أما دخولها حيز النفاذ فتقرر في 01 جويلية 2010، ونشير أن البنوك الجزائرية تطبق هذه القواعد لكن ليس على سبيل الإلزام وإنما اختياريا، والمنظم البنكي يجيز ذلك من خلال المادة 27 والمادة 50 من النظام رقم 01/07 المؤرخ في 3 فيفري2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل والمتمم.

18- Jean Louis Rives- Monique Contamine-Raynaud, «droit bancaire», 6 éme édition, Dalloz, Paris, 1995, p 638.

19- د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 287.

20- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، المؤرخ في20 سبتمبر 2015.

21- د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 278.

22- د. السيد محمد اليماني، الرسالة السابقة، ص 383.

23- هذا ما تنص عليه المادة 4/ فـ2 من النظام رقم 02/93 المؤرخ في 3 يناير 1993 والمتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين.

24- انظر المادة 05 من النظام رقم 02/93 المؤرخ في 3 جانفي 1993 والمتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوسطاء المعتمدين.

25- تنص المادة 50 من النظام رقم 01/07 المؤرخ في 3 فيفري 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل والمتمم، ضمن الباب الخامس المتعلق بالقواعد المطبقة على عمليات التجارة الخارجية الخاصة بالسلع والخدمات على أن قيمة هذه التسبيقات تكون في حدود 15% من المبلغ الإجمالي للعقد، بشرط تقديم ضمان إرجاع التسبيق بقيمة مساوية، ويتم تسليم هذا الضمان من طرف بنك من الدرجة الأولى.

26- محمد أمين باندو، الممارسات الجزائرية للضمانات البنكية الواجبة الأداء عند أول طلب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص 99.

27- د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 362-363.

28- Tuto Rossi, Op.cit., p 126.

29- Jean Louis Rives-Monique Contamine-Raynaud, Op.cit, p 638.

30- Cass. Com, 19.Oct. 1985: Bull.civ.lV, n° 274. - 3 av. 1990, obs. Vasseur, voire: Christian Gavalda, Jean Stoufflet, «Droit Bancaire», 8^{e} édition, LITEC, Paris 2010, p 522.

31- عادل إبراهيم السيد مصطفى، الرسالة السابقة، ص 195.

32- انظر الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 2009/7/22، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44 لسنة 2009.

33- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 6.

34- عادل إبراهيم السيد مصطفى، الرسالة السابقة، ص 241.

35- انظر المادة 02 والمادة 08 من النشرة رقم 600 لسنة 2007 المتضمنة القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.

36- د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 247.

37- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 282.