مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 06 العدد: 01 السنة: 2019 ص ص: 331 - 349 رقم العدد التسلسلي: 15

خطاب ضمان المناقصات الدولية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247

Letter Of Guarantee Of International Tenders Under Decree 15-247

تاريخ الإرسال: 2018/01/24 تاريخ القبول: 2018/03/04

د/ سليم بشير
جامعة باتنة1- الحاج لخضر
bachir.salim@hotmail.fr
شريك السعيد (باحث دكتوراه)(*)
جامعة باتنة1- الحاج لخضر
Chaid1963@gmail.com

ملخص:

تلعب الضمانات البنكية دورا في تسهيل إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية الدولية، بما تمنحه للمقاولين ورجال الأعمال من ائتمان لدى الجهة المعلنة عن المناقصة لقبول التعامل معهم. وقد أشار المرسوم 15-247 إلى جملة من هذه الضمانات، لكنه لم يتناول بشكل صريح مصطلح "خطاب الضمان" والمتعارف عليه لدى الدول العربية.

الكلمات المفتاحية: خطاب الضمان؛ تعهد العروض؛ ضمان حسن التنفيذ؛ التسبيقات.

Abstract:

Bank guarantees play a role in facilitating the conclusion and execution of international public transactions, giving entrepreneurs and businessmen the credit of being accepted to deal with the project owner. Decree 15-247 refers to a number of these guarantees, but does not explicitly address the term "guarantee letter", which is customary in Arab countries.

Keywords: Guarantee letter; bid bond; Performance guarantee; advance payments.

(*)- المُؤَلِفْ المُرَاسِل: شريك السعيد، Chaid3@gmail.com

مقدمة:

خطـاب الضـمان هـو أحـد صـور الائتمـان المصـرفي غـير المباشـر، نشـأ وتطـور بفعـل الممارسات التجارية الدولية والعرف المصرفي، لمواجهة حاجيات محيط الأعمال وتزايد المخاطر المصاحبة له، وأصبح من بين شروط إتمام إبرام العقود وخصوصا في مجال المناقصات الدولية وبحسب المراحل التي تمر بها الصفقات المبرمة.

ورغم ما يتميز به من خصائص وما يوفره من مزايا للأطراف بسب مرونته وفعاليته في التنفيذ، إلا أنه وبسبب حداثته ونشأته العرفية وعدم اكتماله تشريعيا لدى أغلب الدول، فإن مفهومه لا زال يشوبه نوع من الغموض من حيث إيجاد تعريفا موحدا له ومن حيث تمييزه عن المفاهيم وخصوصا الكفالة .

وقد أشار المشرع الجزائري ضمن المرسوم 15-247 إلى جملة من الضمانات المتعلقة بتسهيل تنفيذ الصفقات العمومية الدولية، لكنه لم يتناول مصطلح "خطاب الضمان" بشكل صريح. ضمن هذا السياق يطرح التساؤل التالي:

مـا مـدى خضـوع خطـاب ضـمان المناقصـات الدوليـة لأحكـام المرسـوم الرئاسي 15-247؟

للإجابة على هذا التساؤل وجب التطرق إلى:

أولا: مفهوم خطاب الضمان وتمييزه عن الكفالة البنكية.

ثانيـا: أهميـة خطـاب ضـمان المناقصـات الدوليـة وموقـف المرسـوم الرئاسـي 15-247 منه

أولا: مفهوم خطاب الضمان وتمييزه عن الكفالة البنكية

يمثل خطاب الضمان حجر الزاوية في إتمام إبرام الصفقات الدولية[1]، باعتباره أداة لتوفير الثقة وتسهيل التعامل بين الأطراف وضمان والوفاء بالالتزامات على النحو المتفق عليه، لما يتميز به من فعالية ومرونة في التنفيذ. إلا أن مفهومه لا يزال يكتنفه الغموض لدى العديد من المتعاملين، وكثيرا ما يلتبس بنظام الكفالة البنكية [2].

1- مفهوم خطاب الضمان:

وضعت غرفة التجارة الدولية قواعد موحدة للضمانات لدى الطلب، وقامت بعض التشريعات المقارنة بسن أحكام خاصة بخطاب الضمان[3] وحاولت إعطاء مفهوما

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

دقيقا له بتعريفه وبيان أطرافه وخصائصه[4]، بينما فضلت دول أخرى كما هو الشأن بالنسبة للجزائر عدم تنظيمه.

أ)- تعريف خطاب الضمان وبيان أطرافه:

رغم تعدد تعاريفه إلا أنها متفقة في جوهرها وحول أهم خصائصه والعلاقات بين أطرافه[5].

- تعريفه: من مختلف التعاريف القانونية والفقهية والقضائية إجمالا يمكن القول بأن: "خطاب الضمان هو محرر صادر عموما عن البنك بناء على طلب أحد عملائه يسمى العميل الآمر لصالح طرف آخر يسمى المستفيد، بموجبه يتعهد البنك بأن يدفع للجهة المستفيدة عند أول طلب بسيط أو حسب كيفيات متفقا عليها ومضمنة بنص التعهد ذاته، مبلغا نقديا معينا أو قابلا للتعيين، على أن ترد المطالبة خلال مدة سريانه، دون إمكانية الاحتجاج بأية دفوع مستمدة من العلاقات الأخرى، وبغض النظر عن أية معارضة، ويذكر فيه الغرض الذي صدر من أجله".

ورغم انتشار التعامل به بالبنوك في الجزائر إلا أنه لم يحظى بتنظيم خاص، فالقانون التجاري لم ينظمه. والمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومع أنه تضمن بعض تطبيقاته في العديد من مواده، إلا أنها صيغت أحيانا بلفظ الكفالة وأحيانا أخرى بمصطلح الضمان[6]. أما الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، فقد أشار إليه فقط من خلال المادة 68 في فقرتها الأولى على أنه "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان ...".

- أطرافه: يتدخل في العملية كلا من العميل الآمر، وهو المصدر أو المقاول الذي يطلب من بنكه إصدار خطاب الضمان لصالح المستورد أو صاحب المشروع، ليحل محل إيداع التأمين النقدي لدى الأخير ضمانا لتنفيذ التزاماته تجاهه، وهو الذي يسدد قيمته للبنك في حالة دفعها للمستفيد.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

والمستفيد أي المستورد أو صاحب المشروع[7] الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه، ويحق له اقتضاء قيمته كليا أو جزئيا من البنك المصدر له، عادة إذا أخل العميل بالتزاماته.

وطرف آخر هو البنك الذي يقوم بإصداره لصالح المستفيد ويرسله إليه بناء على طلب عميله، ويتعهد شخصيا بدفع قيمته لدى أول طلب[8]. وعادة ما يقوم البنك الأجنبي بالاتصال بفرع له أو ببنك آخر متواجد في بلد المستفيد ويطلب إليه تبليغ المستفيد بالضمان الصادر لصالحه أو تسليمه له، ويسمى الأخير "بنك مراسل أو مبلغ" ولا يتحمل أي التزام بالدفع وتبقى المسؤولية مباشرة على عاتق البنك الأجنبي، لكن الغالب في العمل أن يطلب من البنك المحلي إصدار ضمان جديد مباشرة لصالح المستفيد ويتحمل تجاهه المسؤولية نيابة عن البنك الأجنبي، بصفته ملتزما أصليا بالسداد عند تلقيه المطالبة بالدفع، وبعد الوفاء يقوم بدوره بالرجوع على البنك الأجنبي[9] الذي يتعهد بتغطيته، وفي هذه الحالة يطلق على البنك الأجنبي "الضامن المقابل" وعلى البنك المحلي "الضامن المباشر"،

ب- خصائص خطاب الضمان:

أهم خصائصه التي استقر عليها الفقه والقضاء هي:

- استقلالية التزام البنك وخصوصية وظيفته: يعني استقلالية التزام البنك عن العقود المهدة لإصداره[10]، مما يمنح الثقة والائتمان لدى المتعاملين، خصوصا للمستفيد الذي يطمئن إلى مركز البنك نظرا لملاءته وجديته في تنفيذ التزاماته وحفاظه على سمعته الدولية، حيث يكون ملتزما بصفة أصلية ومباشرة بالوفاء له وبمجرد طلبه[11].

وتتمثل خصوصية المهمة المنجزة في قيام البنك بمنح ائتمانه لصالح طرف ثالث ضمانا لتنفيذ التزام عميله، فهي تتجاوز نشاطاته التقليدية كتخصيص اعتمادات أو منح قرض[12].

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

- خطـاب الضـمان عمـل تجـاري ولا يعـد ورقـة تجاريـة: يعـد عمـلا تجاريـا بحسـب الموضـوع[13] وهـو لـيس أداة وفـاء وغـير قابـل للتـداول ولا يكـون لحاملـه، خلافـا للورقـة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان ووفاء ومعدة للتداول بطبيعتها.

- محـل التـزام البنـك مبلـغ نقـدي يـدفع فـور المطالبـة بـه: يفيـد نـص المـادة 2/أ مـن القواعد الدولية الموحدة[14] أن محل التزام البنـك دائمـا مبلغـا مـن النقـود[15]. وإذا كـان خطاب الضمان محدد المدة ينبغي المطالبة بقيمته خلالها[16]، أمـا إذا كـان غـير محـدد المـدة جـاز للمسـتفيد المطالبـة بقيمتـه منـذ إصـداره إلى تـاريخ سـقوطه بالتقـادم[17]. وتعـد قيمته مستحقة بمجرد إصداره ووصوله إلى علم المستفيد دون أن يعترض عليـه، وتعتبر خاصية الفورية ميزة مـلازمة له، ذلك أن المستفيد الذي يقبله ويرضـى بـه لأنـه يحقـق لـه نفس فائدة الوديعة النقدية، والبنـك يسـتجيب لطلبـه دون مناقشـته في مـدى قيامـه بتنفيـذ التزاماته تجاه العميل[18].

- الاعتبار الشخصي في خطاب الضمان وكفايته الذاتية:

يرى غالبية الفقه أن حق المستفيد ذو طـابع شخصـي[19]، فلـه وحـده سـلطة اسـتعماله ولا يجوز لدائنيه استخدامه باسمه **أو** توقيع حجز على قيمته تحت يـد البنـك[20]، كمـا لا يجوز للمستفيد تداوله أو التنازل عنه للغير ولو بالتبعية لتنازله عن العمليـة الـتي صـدر بشأنها إلا بموافقة البنك وبعد إذن عميله[21]، أو إذا كـان الغـير قـد حـل محـل المسـتفيد الأصـلي بـإجراء قـانوني معـين، كحالـة إدمـاج الشـركات أو تغـيير شـكلها، أو وفـاة المستفيد وحل محله ورثته.

ومعنى كفايته الذاتية أنه محررا يتضمن كل البنود، دون إمكـان اسـتنتاج الالتـزام مـن عناصـر خارجـة عنـه، فـلا يحتـاج المسـتفيد لإثبـات حقـه كمـا هـو عليـه الحـال في الأوراق التجارية[22].

2- تمييز خطاب الضمان عن الكفالة البنكية:

يتشابهان في أنهما من العمليات المصرفية التي تتم بطريق التوقيع، وكلاهمـا ثلاثـي الأطـراف عمومـا، إذ يغلـب أن يقـوم المـدين بطلـب كفالتـه مـن البنـك باشـتراط مـن الدائن[23].

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

والأصل في الكفالة أن تكون مكتوبة حيث لا ثبت إلا كتابة[24]، وكذلك الحال في خطاب الضمان إذ أنه لا يكون إلا محررا، وكلاهما ملزم لجانب واحد ويقصد من ورائه تحقيق غاية تأمينية هدفها مساعدة العميل في تقوية مركزه الائتماني تجاه الدائن أو المستفيد[25].

ورغم ذلك، إلا أنه توجد عديد النقاط التي تميز بينهما، ذلك أن الكفالة عادة تكون عقدا واحدا بين الكفيل والدائن[26]، بينما في عملية خطاب الضمان يوجد عقد الأساس بين العميل والمستفيد، وعقد الاعتماد بالضمان بين الآمر والبنك، ثم تعهد البنك تجاه المستفيد. وعكس البنك الكفيل الذي يلتزم بضمان تنفيذ التزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، فإن التزام البنك الضامن ينحصر في دفع مبلغ نقدي في حدود قيمة الضمان[27].

ومن النقاط الفاصلة في التمييز، أن التزام البنك الضامن هو التزام أصلي لا يرتبط ولا يتأثر بما يحدث من تغيرات في العلاقات الأخرى، يظل قائما في مواجهة المستفيد حتى ولو أبطل عقد الأساس أو عقد الاعتماد بالضمان أو تم فسخ أيا منهما، أما التزام البنك الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي[28] يرتبط به وجودا وعدما [29]. ولا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، وإنما تجوز في مبلغ أقل وبشروط أخف[30]، على خلاف خطاب الضمان، حيث يجوز أن تكون قيمته أكبر من المبلغ المتفق عليه في عقد الأساس، وأن تكون شروطه أشد من تلك الشروط الواردة بعقد الأساس، وذلك لاستقلال التزام البنك الضامن ونهائيته [31].

ولما كان التزام الضامن مقيداً بمدة سريان الضمان فإنه يسقط تلقائياً وتبرأ ذمته تجاه المستفيد إذا لم يصله طلبه خلالها، خلافا لالتزام الكفيل التابع لالتزام المكفول ومرتبطاً بانقضائه. وخطاب الضمان يرجع في تنظيمه للقواعد الدولية الموحدة[32] والعرف المصرفي ولاتفاق الأطراف، في حين أن الكفالة البنكية رغم أنها تضامنية فهي مجرد تطبيق للكفالة الشخصية التي تحكمها القواعد العامة للقانون المدني[33]، كما أن ورود ذكر العمليات المصرفية بمجرد التوقيع ومن بينها الكفالة

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

والضمان في المادة 68 من قانون النقد والقرض جاء على سبيل المثال، مما يعني أن الضمان البنكي المقصود يختلف عن الكفالة البنكية[34].

إن وضع الحدود الفاصلة بينهما يبدو سهلا من الناحية النظرية، إلا أن تطبيقه عمليا تعترضه مشاكل وصعوبات، ذلك لإطلاق تسمية الكفالة على خطاب الضمان مثل ما هو جاري عليه العمل في البنوك الجزائرية، وهذا قد يشكل مصدر للنزاعات في الممارسة، إضافة إلى الترجمة الخاطئة أو غير الدقيقة مما يؤدي إلى التباس حول طبيعة الالتزام.

وفي هذا الشأن صدرت أحكام قضائية نذكر منها:

قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1987/12/08 "أن العبرة بفحوى ومضمون الالتزام وليس باللفظ المعنون به التعهد". وذلك في قضية عنون فيها الأطراف التعهد بلفظ الكفالة[35]، حيث توصلت المحكمة إلى تكييفه بأنه ضمان مستقل وليس كفالة، وفقا لمضمون التزام الضامن بالدفع دون أي اعتراض.

قراران عن نفس المحكمة، الأول في 27 جوان 2000، أعادت فيه تكييف محكمة الاستئناف من اعتبار التزام البنك ضمانا مستقلا رغم احتوائه على عبارة كفيل شخصي ومتضامن لدفع مبلغ معين واعتبرته بمثابة كفالة. والثاني بتاريخ 30 جانفي2001، أيدت فيه ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من اعتبار التزام البنك مستقلا وليس كفالة، باعتبار أنه التزم بصفة مستقلة عن التزام المدين، ولدى أول طلب ودون الاحتجاج بالدفوع المستمدة من العقد الأصلي[36].

أما في الجزائر، فقد صدر قرار عن الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا، ملف 627056 بتاريخ 08 جويلية 2010، جاء فيه: "المبدأ: لا ينبغي الخلط بين الكفالة البنكية، الداخلة في المعاملات المصرفية العالمية، الخاضعة للأعراف الدولية، وبين الكفالة الشخصية، الخاضعة للقانون المدني. الكفالة البنكية مشروطة الدفع، عند أول طلب، وغير قابلة للطعن، وغير موقوفة بأي شرط. يشترط في الكفالة الشخصية، أن يكون الكفيل موسرا ومقيما في الجزائر ...". وجاء في نفس القرار في الوجه الثاني حول التسبيب بأنه: "... حيث أن المعاملة البنكية التي كان على أساسها الكفالة لأول طلب تحكمها الأعراف الدولية ولا مجال لتطبيق المادة 646 وما

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

يليها من القانون المدني التي تنطبق على الكفالة الشخصية إذ تشترط أن يكون الكفيل ميسورا ومقيما بالجزائر"[37].

يتضح أن قضاة المحكمة العليا يقرون بالضمان لدى الطلب خاضع للأعراف الدولية ويختلف عن الكفالة، لكنهم يستعملون عبارة الكفالة لدى أول طلب بدلا من خطابات الضمان.

ثانيا: أهمية خطاب ضمان المناقصات الدولية وموقف المرسوم 15-247

يسهم خطاب ضمان المناقصات في تحريك عجلة التنمية وتسهيل تنفيذ المشاريع. وقد وضعت الجزائر امتيازات مشجعة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار من خلال مراجعة وإصدار عديد القوانين الوطنية ذات الصلة ومن ضمنها المرسوم 15-247.

1- أهمية خطاب الضمان في المناقصات الدولية:

تتضح أهميته بارتباطه بأعمال المقاولات في إنجاز المشاريع الإنشائية الكبرى وعقود التوريد وتقديم الخدمات وتنفيذ الصفقات العمومية[38]، من خلال توفير السيولة التي تستخدم في عمليات الاستثمار، خصوصا بالنظر لما يحققه للأطراف من مزايا وتسهيل تعاملاتهم[39].

أ)- مزاياه بالنسبة للمقاول أو المورد:

تتمثل الفائدة الشخصية للعميل في أنه لن يحصل على العقد إلا بعد تقديم خطاب الضمان المطلوب الذي يشكل سندا ودعامة قوية يستند عليها عند التعاقد وأثناء التنفيذ[40].

ورجال الأعمال والشركات يفضلونه على تقديم الوديعة النقدية عندما يتعاملون مع أجهزة الدولة، لسهولة استرجاع التأمينات النقدية المودعة لدى البنوك في حالة تقديمها لها كغطاء لضمانها، بينما يتعذر استردادها من لدى الجهات العامة المستفيدة إلا بعد المطالبة بها والمرور بالروتين الإداري البطيء[41]، وغالبا ما يتم خصم نسبة من المبالغ لصالح الجهة العمومية. بالإضافة لخطر سحب المبلغ المودع ومصادرته لأسباب غير موضوعية، وخطر عدم التحويل بعد التنفيذ، فقد توجد إجراءات محلية من طرف السلطات النقدية لبلد المستفيد تمنع مؤقتا خروج العملة، مما يمنع العميل من استعادة المبلغ المودع، كما يتعرض أيضا لخطر تجميد الأموال[42].

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وخطاب الضمان يقضي على المخاطر ويحقق للعميل فوائد ، فبدلا من تجميد المبالغ لدى المستفيد ، يقوم باستصدار التعهد من البنك ويحصل به على قبول المستفيد التعاقد معه ، ويتيح له فرصة المشاركة في المناقصات وإبرام الصفقات[43]. ويحتفظ بأمواله ويستعملها في تحقيق حاجاته دون حبسها من التداول، ويستطيع استثمارها في مشاريع أخرى[44]، كما يمكنه التقدم بعرضه في المناقصات في حالة عدم توافر الأموال اللازمة لديه. بالإضافة إلى أنه يجنبه ويغنيه عن تحويل العملات الأجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب تقديمه ثم إعادة تحويله عند انتهاء العملية أو عند عدم رسو الصفقة عليه، وما يرتبه من آثار مالية نتيجة تغيير أسعار الصرف في الفترة ما بين إيداع التأمين النقدي وسحبه[45].

ب)- المزايا بالنسبة للمستفيد:

غالبا ما يكون صاحب المشروع يجهل الطرف الأجنبي ومدى ملاءته أو أمانته وجديته، فعندما يعلن عن المناقصة وترسو الصفقة على الشركة الأجنبية، فإن الأخيرة قد تتخلف عن إتمام التعاقد ، وقد ترفض التنفيذ أو يكون تنفيذه معيبا ، كما قد يدفع المستورد تسبيقات للمصدر الذي تعاقد معه للبدء في تنفيذ عقد التوريد أو المقاولة، أو قد يتسلم منه البضاعة أو المشروع المنجز دون أن يخصم منه مبلغا لضمان مطابقة البضاعة أو مطابقة إنجاز المشروع لمواصفات الاتفاق.

وعليه فإن المستورد عادة ما يشترط على المصدر تقديم خطاب ضمان بنكي لكي يقبل التعاقد معه، وغالبا ما يشترط صدوره عن بنك في بلده، ولهذا يطلب العميل من بنكه بالخارج إصدار الضمان بالمواصفات المتفق عليها. ومتى تقدم المستفيد بمطالبة البنك المحلي بالدفع فإن الأخير يرجع بدوره على البنك الأجنبي[46]. فهو يعتبر ضمانا كافيا بالنسبة للمستفيد لا يقل عن التأمين النقدي المودع لديه[47]. وبذلك يتمكن من تجاوز الصعوبات المحتملة التي كان يواجهها الدائن في حالة مماطلة الكفيل والمدين الأصلي[48] ولا يحتاج إلى نقود يودعها العميل لديه، فهو آلية توفر له الثقة والاطمئنان نظرا لمرونته في التنفيذ بشكل شبه آلي[49]، ويجنبه المشاكل الناتجة عن إيداع المبالغ لديه وإعادة تحويلها في نهاية المدة، مع ما يترتب عنها من إجراءات إدارية وخطر تغير سعر الصرف[50]، كما أن قبول الضمان بديلا عن التأمين النقدي يشجع الموردين

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

والمقاولين بالتقدم للمناقصات المعلنة ويستطيع عدد أكبر منهم من المشاركة فيها، الأمر الذي يفيد الجهة المعلنة بأن يكون لديها الفرصة أوسع في اختيار مقدم العرض الأنسب من بين مجموعة أكبر من المشاركين[51].

ج)- أهمية خطاب الضمان بالنسبة للبنك:

بالنظر إلى المركز المالي المتميز والمتين للبنك وحرصه على الوفاء بالتزاماته حفاظا على سمعته الدولية، فإن لتوقيعه قيمته الائتمانية، ولذلك يكفي في كثير من الأحيان أن يستند العميل إلى هذا التوقيع دون أن يؤدي ذلك إلى خروج مبلغ نقدي من خزينة البنك إليه[52]. وإقراض التوقيع أقل خطورة بالنسبة للبنك والتزامه بدفع المبلغ للمستفيد يظل عرضيا، فالأصل أن لا يقوم البنك بتسديد المبلغ إذا تمت العملية حسب ما هو مسطر لها، والاستثناء هو تسديده عند مطالبة الجهة المستفيدة بالدفع.

ولا يقوم البنك بالإصدار مجانا بل نظير تقاضى عمولة[53] من كل عميل تتناسب مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية[54] وفي نفس الوقت ينتظر منه أن يقوم بتنفيذ التزاماته في وقتها، وبالتالي فعملية الإصدار لا تكلف إلا نفقات إدارية بسيطة مقارنة بعمليات مصرفية أخرى، ومن ثم فالبنوك تجني من ذلك مبالغ تضيفها إلى دخلها[55]. هذا بالإضافة إلى تجميع مبالغ أخرى في حساب التأمين النقدي وتستطيع استثمارها خلال فترات محددة في قروض قصيرة الأجل وهي مطمئنة بأنها لن تطلب من العملاء خلال هذه المدة[56]، كما أن البنك لا يتحمل خسارة إذا قام بالوفاء، إذ يحتفظ عادة بغطاء مناسب ويأخذ على العميل تعهدات كافية تضمن له سداد هذه القيمة ورجوعه عليه، فضلا على أن أموال العميل جميعها تشكل ضمانا عاما[57]، والبنك يهدف من الإصدار تحقيق خدمة عملائه والحفاظ عليهم وكسب عملاء جدد للاستفادة منهم في عمليات مصرفية أخرى أكثر ربحا[58].

2- ضمان المناقصات الدولية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247

يعتبر ضمان المناقصات من أهم الضمانات وأكثرها انتشارا في العمل[59]، وتصدر غالبا لفائدة المصالح والهيئات العامة والمؤسسات والشركات ضمانا لحقوقها في عقود الإنشاء أو التوريد[60]. وهي تنقسم إلى عدة أنواع تبعا للإجراءات والمراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات الدولية[61].

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

أ)- ضمان العروض:

هو تعهد العروض ويقدم للمصالح العامة ضمانا لجدية المشاركة في المناقصة المعلنة للتوريد أو تنفيذ مشاريع، ويرفقه العميل أو الشركة المقاولة بالملف المقدم في العرض الذي تشترطه الجهة صاحبة المشروع، للتأكيد على جدية المشارك وضمان عدم تراجعه أو انسحابه إذا ما ارتفعت الأسعار أو أخطأ التقدير حيث يمثل مبلغه نسبة معينة من قيمة العرض المقدم[62]. وينتهي مفعوله ويتم استرداده عند عدم رسو الصفقة على المعني أو برسوها عليه وتوقيع العقد وتقديم ضمان حسن التنفيذ، أما إذا انسحب العميل أو امتنع عن توقيع العقد النهائي بعد رسو الصفقة عليه، كان لصاحب المشروع مصادرة قيمته بمطالبة البنك بالدفع[63].

ونصت المادة 62 من المرسوم 15-247 على وجوب أن يحتوي إعلان طلب العروض على بيانات إلزامية ومن بينها كفالة التعهد، وأضافت المادة 67 منه أن يتضمن العرض التقني أيضا على كفالة تعهد[64].

وتقرر المادة 125 منه، أن قيمة الضمان لا تقل عن نسبة 1% من مبلغ العرض، وتضيف نفس المادة أنه "... وتصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى ..."[65]. كما تنص على وجوب رد كفالة المتعهد الذي لم ترسو عليه الصفقة، أما في حالة رسوها على العميل المتنافس وتوقيعه العقد فعليه تقديم كفالة حسن التنفيذ قبل استرداد كفالة التعهد.

ب)- ضمان حسن التنفيذ:

إذا رست الصفقة على العميل يتعين عليه تقديم ضمان حسن التنفيذ[66] لتغطية الخلل المحتمل أثناء الإنجاز[67]. وهو تعهد بدفع مبلغ من المال[68] تحدده المادة 133 من نفس المرسوم بنسبة من 5٪ إلى 10٪ من قيمة المشروع أو الصفقة، تفاديا لمخاطر عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب للصفقات، وتستحق قيمته في حالة تخلف المعني عن الوفاء بالتزاماته[69].

وتنص المادة 125 منه على تقديمه بعد رسو المناقصة على المعني، ليحل محل ضمان العروض وقبل أن يتم استرداده. ويبقى ساري المفعول إلى غاية الانتهاء من التنفيذ، مع

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

ترك فترة للتأكد من حسن التنفيذ أو لحين انتهاء مدته المحددة فيه. وحددت المادة 134 بذات المرسوم مدة استرجاعه بشهر ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للمشروع[70].

ويحق لصاحب المشروع مصادرة ضمان حسن التنفيذ إذا ثبت أن المقاول أو المورد استعمل الغش، أو إذا فسخ العقد بسبب تأخره أو امتناعه عن تنفيذ الأعمال أو توريد الأصناف أو أداء الخدمات في المواعيد المتفق عليها. أو إذا أخل بأي من شروط العقد أو أهمل القيام بالالتزامات أثناء التنفيذ [71].

ج)- ضمان رد التسبيقات:

الأصل أن يتم الدفع بعد إتمام العمل أو أداء الخدمة، لكن يمكن الاتفاق بأن يدفع صاحب المشروع دفعات مقدمة بنسبة معينة من قيمة الصفقة للعملاء الذين رست عليهم قبل البدء في التنفيذ، لمساعدتهم في تمويل العمليات الكبيرة المسندة إليهم عند عجز إمكانياتهم عن تدبير مواردها [72] للبدء في تنفيذ المشروع. لذا فإن صاحب المشروع يطلب من المقاول أو الشركة استصدار ضمان بنكي بقيمة المبلغ المدفوع له[73] ويكون ساري المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد، لضمان استعادة المبلغ عند عدم تمكن العميل من إتمام إنجاز العمل الموكول إليه[74]، أو كان الجزء المنفذ لا يغطي المبلغ المدفوع كله، وبهذا يمكنه الرجوع على البنك بقيمة الضمان كلها أو بعضها في حدود الجزء غير المنفذ[75].

وجاء بالمادة 109 من المرسوم أعلاه: "... التسبيق: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة ...".

وتنص المادة 110 أنه: "... لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات، يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين. ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى"[76].

وحسب نص المادة 111 منه فإن قيمته تعادل قيمة التسبيقات المقدمة، وعموما لا تتجاوز نسبة 15% من السعر الأولي للصفقة.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وعادة ما يتم تسديد قيمة التسبيقات على فترات بقيام صاحب المشروع باقتطاعها تدريجيا من مستحقات العميل تناسبا مع درجة تقدم التنفيذ، وهذا ما أكدته المادة 116 من نفس المرسوم. ويتم تخفيض خطاب الضمان بنسبة من قيمة المستخلصات المدفوعة مقابل القدر المنفذ من الأعمال.

د)- ضمان الصيانة:

تنص المادة 131 من ذات المرسوم أنه: "عندما تنص الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه عند التسليم المؤقت، إلى كفالة ضمان".

أي بعد استلام المشروع [77] وتحسبا لظهور عيوب أو نقائص غير ظاهرة، ونظرا لإمكانية بروز حاجة إلى إجراء بعض الإصلاحات والترميمات، فإن الجهة المستفيدة وقبل قيامها بإعادة ضمان حسن التنفيذ، تطلب إصدار ضمان آخر يضمن إصلاح ما قد يظهر من عيوب في المشروع[78]. وعمليا عادة ما يتم تقديم ضمان الصيانة فور الانتهاء من المشروع، ويبدأ سريانه من تاريخ التسليم المؤقت للمشروع ويستمر مفعوله لغاية التسليم النهائي له، وبعد تقديمه تقوم الجهة المستفيدة بإعادة ضمان حسن التنفيذ للبنك لإلغائه، وتسليم نسخة من محضر الاستلام النهائي للمقاول الذي يبقى مسئولا عن تسوية وإصلاح أية عيوب تظهر إلى غاية المدة المحددة حسب طبيعة المشروع، والتي ينتهي مفعول ضمان الصيانة بانتهائها.

هـ)- خطاب ضمان الأشياء المعارة:

قد يحدث عمليا أن ترسو الصفقة على أحد المقاولين، ولكن إمكانياته لا تسمح بتوفير الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز المشروع إلا أنها قد تتوفر لدى الجهة المستفيدة، فتقوم بإعطائها للمقاول لتسهل له سرعة إنجاز العمل المكلف به، غير أن الجهة المستفيدة تطلب منه تقديم ضمان بنكي يضمن رد هذه الأشياء بحالتها السليمة[79]. ورغم أهميته ودوره الحيوي والفعال في تسهيل مهام المقاولين على إنجاز المشاريع إلا أن القانون الجزائري لم يتضمن هذا النوع من الضمانات.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

خـاتمة:

يعد خطاب الضمان من ضرورات الاقتصاد والتجارة الخارجية، خصوصا مع زيادة حجم التعاملات الدولية وتنوعها وما يصاحبها من مخاطر، فازدادت بذلك الحاجة إلى التعامل بهذه الآلية لما توفره من ثقة واطمئنان لدى الأطراف، فأصبحت لا تكاد تخلو أي صفقة دولية من اشتراط اللجوء إلى استصداره لمواجهة الأخطار الممكن أن تتعرض لها، وبالتالي تسهيل التبادلات الدولية وتدفقها وإنجاز مختلف مشاريع البنية التحتية ونقل التكنولوجيا، مما يساهم في تطور الدول خصوصا النامية لترتقي إلى مستويات أفضل في النواحي التقنية والإنشائية والتعليم والطب والصناعة وغيرها من المجالات.

النتائج:

رغم أهمية خطاب الضمان وانتشار التعامل به بين البنوك، إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار عديد الدول لم يضع قواعد خاصة به، تاركا المجال للعرف المصرفي وأحكام القانون المدني مع الإشارة إليه بشكل غير مباشر في بعض النصوص الأخرى ومن بينها:

- الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، الذي أشار إليه فقط من خلال المادة 68 في فقرتها الأولى على أنه "يشكل عملية قرض ... ".

- المرسوم الرئاسي 15-247 الذي تضمن أغلب أنواع ضمانات المناقصات الدولية خلال مراحلها، لكنه يستعمل أحيانا لفظ الكفالة وفي أحيان أخرى مصطلح الضمان، ولم يفرق بين الكفالة البنكية وخطاب الضمان رغم الاختلافات الواضحة بينهما من الناحية القانونية.

- رغم أهمية ضمان الأشياء المعارة في تسهيل أعمال المقاولين وسرعة إنجاز المشاريع، إلا أن المشرع الجزائري لم يقم بتنظيمه.

الاقتراحات:

بناءا على ما تقدم يمكن اقتراح الآتي:

- ينقسم الائتمان المصرفي إلى ائتمان مباشر ويشتمل صورتي القرض والاعتماد البسيط، وائتمان غير مباشر ويشتمل عدة صور من بينها الاعتماد المستندي وخطاب الضمان. لذا يستحسن على المشرع الجزائري تغيير مصطلح "القرض" الوارد بالمادة 68

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

من قانون النقد والقرض واستبداله بمصطلح "الائتمان" والذي يتسع مفهومه ليشمل جميع هذه الصور.

- نظرا للاختلافات الواضحة بين خطاب الضمان والكفالة، فإنه يستحسن على المشرع الجزائري تغيير تسمية "الكفالة" الواردة في المرسوم 15-247، ويقترح استبدالها بتسمية "خطاب الضمان" وهو المصطلح المعتمد والمستعمل لدى بقية الدول العربية.

- نظرا لأهمية خطاب ضمان الأشياء المعارة في تسهيل أعمال المقاولين وسرعة إنجاز المشاريع، فإنه يقترح على المشرع الجزائري في حالة مراجعته للقانون المتعلق بالصفقات العمومية، إدراج مادة تجيز للجهة المستفيدة إذا كان لديها آلات أو معدات أن تؤجرها للمقاول مقابل خطاب ضمان بنكي، يضمن سلامة إعادتها في المدة المحددة لذلك.

الهوامش:

(1)- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج2 (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، دار الثقافة للنشر، عمان، ط1، ص449.

(2)- رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2015، ص 41.

(3)- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، مجلد4(عمليات البنوك)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص329

(4)- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دار الفكر، الإسكندرية، 2009، ص39

(5)- عمر مصطفى جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصر، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 1430هـ- 2009م، ص 206.

(6)- المواد 38 و125 و128 و131 بالمرسوم الرئاسي 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق 16سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، (ج ر عدد 50 في 20 سبتمبر 2015م).

(7)- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر، عمان، ص 292

(8)- محمد بن سالم بن عبد الله بخضر، التكييف الفقهي للخدمات المصرفية، دار النفائس للنشر، عمان، ط1، ص25.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(9)- ROSSI Tuto, La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta- édition,le montsur- Lausanne,0,P88

(10)- Konaté Madou, L'obligation d'information dans les suretés personnelles,Thèse doctorale en droit privé,s- direction de Kamel Saidi, Université Paris VIII Vincennes Saint- Denis, école doctorale sciences sociales,1-2,P244

(11)- صلاح الدين حسن السيسي، الموسوعة المصرفية العلمية والعملية، ج1، مجموعة النيل، القاهرة، ط1، ص347

(12)- ROSSI Tuto, Op.Cit, P 18.

(13)- الفقرة 13 بالمادة الثانية من الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون.

(14)- المادتين الثالثة/(أ) والرابعة من القواعد الدولية الموحدة، النشرة رقم 458، المتعلقة بالضمانات لدى الطلب.

(15)- طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، ص293

(16)- صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 348.

(17)- المادة 25 بالقواعد الدولية الموحدة بالنشرة 758، المتعلقة بالضمانات لدى الطلب، تحدد مدة السقوط بثلاث سنوات من الإصدار.

(18)- بسام عاطف المهتار ومايا سليت مشرفية، الضمانات غب الطلب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص13

(19)- كامل الوادي، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها، دار الكتب، الدوحة، ط1، ص132

(20)- سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري(العقود التجارية وعمليات البنوك)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص728

(21)- Jean- Pierre Mattout, « La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande N° », recueil DALLOZ, hebdomadaire e année, N° 21/6, DALLOZ, Paris, 03 Juin 0, P 1299.

(22)- محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، عمان، ط2، ص175.

(23)- رجاء السلاموني، الوجيز في عقود التأمين في القانون المدني والشريعة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص173.

(24)- المادة 645 بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(25)- محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص 293.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(26)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص71.

(27)- عبد الرحمان توفيق، عمليات وإجراءات الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، بميك، الجيزة، ص18-20.

(28)- Jean- Baptiste Seube, Droit des suretés, DALLOZ, Paris, 6° éd, 2, P.19.

(29)- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 26-28.

(30)- Laure SINE, Droit commercial et droit du crédit, DUNOD, Paris, P. 95.

(31)- محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، مرجع سابق، ص 175.

(32)- المادة 27 من النظام رقم 07-01 مؤرخ في 03 فيفري 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر عدد 31 بتاريخ 13 ماي 2007.

(33)- محمد السيد الفقي، القانون التجاري(الإفلاس- عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، ص 714

(34)- المادة 68 بالأمر 03-11 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(35)- Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4° éd, P.372

(36)- Dominique, Legeais, travaux dirigés de droit des sûretés, 3éme editions, Litec, paris 3, P.

(37)- الغرفة التجارية والبحرية، ملف 627056 بتاريخ 2010/07/08، قضية مؤسسة (ن.م) ضد عرب بنك الجزائر وناسيونال بنك الكويت والشركة ذ.م.م للتوزيع والشركة ذ.م.م برقان انترناشيونال الجزائر، (كفالة بنكية ـ كفالة شخصية ـ أعراف دولية ـ معاملة مصرفية عالمية)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 251 و256.

(38)- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 448.

(39)- كامل الوادي، مرجع سابق، ص 131.

(40)- رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، دراسة مقارنة في القانون والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، ص 426-427.

(41)- خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ص 99.

(42)- Hubert Martini et autres, Crédits documentaires lettres de crédit Stand- By cautions et garanties, Revue Banque, Paris, 2° édition, P .

(43)- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 9-10.

(44)- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 449.

(45)- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 43.

(46)- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية ـ في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 19-21.

(47)- رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 427.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(48)- Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie- Noell JOBARD-BACHELLIER, Droit des suretés, DALLOZ, Paris, 3° édition, P .

(49)- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 39-40.

(50)- Hubert Martini et autres, Op.Cit, P .

(51)- خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية، دار الإسراء، عمان، ط1، ص149

(52)- إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة (عمليات المصارف)، منشورات بحر المتوسط، ومنشورات عويدات، بيروت- باريس، ج 3، ط1، 1983، ص 470.

(53)- محمد احمد زيدان، الوقاية من مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، بحث منشور بمركز الدول العربية للبحوث والدراسات ومركز البحوث والدراسات الجنائية، الرياض، البريد الالكتروني: www.arablawinfo.com

(54)- خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص 99.

(55)- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 410.

(56)- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 450.

(57)- المادة 188 بالأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

(58)- رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 428.

(59)- صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 350.

(60)- Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, 4°éd, Op.Cit, P .

(61)- ROSSI Tuto, OP.Cit, P 93.

(62)- عبد الحميد الغزالي، الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، مطابع المختار الإسلامي، مركز الاقتصاد الإسلامي، ص16

(63)- محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص295.

(64)- المواد 62 و67 بالمرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

(65)- المادة 125 بالمرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.

(66)- محمد إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 597.

(67)- محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة بمصر، ط1، 2017، ص 85.

(68)- جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر السنوي لكلية الحقوق بيروت، ج2، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص 379-380.

(69)- Philippe Simler, Philippe Delebecque, Droit civil (Les suretés La publicité foncière), DALLOZ, Paris,6°éd, P .

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(70)- مرسوم رئاسي 15-247، مرجع سابق.

(71)- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص50.

(72)- ROSSI Tuto, OP. Cit, P 93

(73)- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 92-93.

(74)- جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، مرجع سابق، ص 380.

(75)- خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص108.

(76)- مرسوم رئاسي 15-247، مرجع سابق.

(77)- بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، المسيرة للنشر، عمان، ط1، ص440

(78)- صلاح الدين حسن السيسي، مرجع سابق، ص 351.

(79)- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 95.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X