



جامعة المنصورة



كلية الحقوق
قسم القانون المدني

ماهية البيع على المكشوف
بحث مقدم كجزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد الباحث

سيف محمود خليل

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

حسام الدين محمود حسن

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

٢٠٢١م

المقدمة

تعدُّ مسألة الديون التجارية، من أهم وأخطر المسائل التي تُصادف المؤسسات التجارية، فهي من أهم العوامل التي تؤدي في النهاية إلى تعثرها وإفلاسها، وتعرضها لخطر التصفية والحجز على ممتلكاتها العينية والمنقولة.

إنَّ المعاملات التجارية تفرضُ على المؤسسات في غالب الأحيان التسليم العاجل مع الوفاء الآجل، وهي في سبيل ذلك تُحرِّر لزمائنها فواتير مؤجلة الدفع. ثم بعد ذلك تكون أمام مجموعة من الأخطار؛ أدناها نقص السيولة المالية بسبب تأجيل تاريخ الوفاء، وأخطرها رفض المدين الوفاء عند حلول أجله، أو وقوعه في حالة إفلاس وتصفية قضائية لأمواله، مما يجعل الدائن في حالة مزاحمة مع دائنين آخرين، قد يساوونه في المرتبة، أو يفوقونه.

لتفادي مثل هذه الأخطار؛ تلجأ المؤسسات الاقتصادية والتجارية للبحث عن مصادر تمويل لإعادة دورتها الإنتاجية، وتقليص نسبة العجز المالي المعلق بالفواتير المؤجلة، وذلك من خلال اللجوء إلى البنوك والمؤسسات المالية، بغية الحصول على قروض قصيرة أو متوسطة المدى. غير أنَّ حل اللجوء إلى الاقتراض، لم يساهم في حل مشكلة التوازن المالي للمؤسسات الاقتصادية، وإنما لعب دور المسكن الظرفي فقط؛ ذلك أنَّ اللجوء إلى الاقتراض البنكي، عادةً ما يضع تكاليف وأعباء إضافية على عاتق هذه المؤسسات، تتمثل في الفوائد والعمولات الباهظة التي يطلبها البنك من جهة، والإجراءات الطويلة والمُشددة التي تفرضها المؤسسات المالية من جهة أخرى.

كما لم تستطع العقود والقوالب القانونية التقليدية؛ كالتأمين، والرهن، وشرط الاحتفاظ بالملكية، والوكالة، والقرض، وعقد خصم الأوراق التجارية، حل هذه المشكلة. وهو الأمر الذي دفع إلى البحث عن تقنية قانونية اقتصادية، تستوعب هذه المشكلة من جميع أوجهها، وأدى إلى ظهور ما يُعرف بعقد الفاكْتورينغ، الذي سيكون محل دراستنا هذه. وإذا حاولنا الرجوع للتأصيل التاريخي لعقد الفاكْتورينغ، نجد أنَّ ظهوره - بالرغم من التطبيقات الحديثة له - إلَّا أنَّ ظهوره يرجع إلى تاريخ قديم منذُ عصر البابليين، ومن بعدهم الفينيقيين، الذين عرفوا وطبقوا أحكامه في مجال التجارة البحرية^(١)، غير أنَّ هذا العقد لم يظهر في شكله الحالي إلَّا في بدايات القرن التاسع عشر.

(١)

وحتى غاية القرن الثامن عشر كان الوكلاء يقومون بمهمة بيع البضائع وتحصيل ثمنها لحساب المصدرين مقابل عمولة^(٢)، وهذا هو الأصل لفكرة عقد الفاكторинг، فهذا العقد استمد فكرته العامة من عقد الوكالة، بعد أن تمت بلورته، أو دمجها في إطار نظام حوالة الحق، أو الحلول الاتفاقية، أو نظام حوالة دايلي - وسنأتي إلى تفصيل ذلك - بغية استيعاب عملية شراء الحقوق التي عرفها سوق التبادل التجاري بين الموردين البريطانيين وعملائهم الأمريكيين، مع بداية ظهور هذا العقد.

ولعل الظروف السيئة التي عرفها سوق لندن من تضخم في البضائع وكساد السوق، كانت السبب المباشر في انتشار عملية شراء الحقوق، بسبب سعي الوكلاء إلى البحث عن أسلوب جديد يتلاءم مع الظروف الجديدة، ويحقق لهم الفائدة والاستمرارية، خاصة مع الضعف الذي اعتري عملية التصدير^(٣). حيث كان للرسوم الجمركية، التي فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية على البضائع البريطانية بمقتضى قانون ١٨٨٣؛ تأثيرها السلبي على العملية الكلاسيكية^(٤)، أي كان الوكيل الأمريكي مجرد ممثل قانوني للمورد البريطاني.

واختفى دور الوكلاء، بعد انتعاش الإنتاج الوطني، واغتناء المنتجين الذين قاموا بإنشاء مصانع جديدة ومخازن للبضائع، ولجؤهم إلى القيام بعمليات التخزين والتوزيع المباشر للمستهلكين، وتحصيل الفواتير منهم^(٥).

وأمام هذه الصعوبات التي لاقاها الموكّلين، أو الوسطاء، في إقناع المصدرين أو الموردين بجدوى الخدمات التي يُقدّمونها؛ بدأ الوكلاء في الولايات المتحدة الأمريكية يبحثون عن خدمات جديدة لتقديمها للمنتجين، بشأن حقوقهم الناشئة عن البيع، فلاحظوا مدى حاجة هؤلاء إلى تمويل هذه الحقوق، خاصة مع صعوبة الحصول على الاعتمادات المصرفية^(٦).

Papians de Marchevert (J.C), la convention d'un droit sur l'affacturage de sa mise en œuvre en droit français et belge, IBLJ, 1996.P 863, N ° 7

(٢) تورية توفيق: وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، أطروحة دكتوراه جامعة عين شمس، مصر، القاهرة، عام ١٩٨٧، ص ٩.

(٣) هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، عام ١٩٩٧، ص ٤.

(٤) France, Merqui (Jean), Aspects économiques et adaptation juridique de l'affacturage en (٤) France, thèse Nice, 1976, P 10.

(٥) هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق، ص ٤.

(٦) هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق، ص ٥.

فبعد أن كان عمل الوكيل مجرد عمل تمثيلي نيابي، أصبح يفكر وبجدية في ولوج العملية الانتاجية التجارية، والتكفل بالشرط الثاني من هذه العملية، أي الشرط التسويقي التجاري، تاركاً الشرط الأول للمصدر، الذي اكتفى بعملية الإنتاج وحسب. أما تصريف المنتج وتنظيم الحسابات المتعلقة بالفواتير وغيرها، فقد تخلّى عنها لصالح المحصل أو مشتري الحق؛ فبدأ يظهر هذا العقد في شكله الحديث، المتمثل في التمويل والضمان والخدمات الإدارية.

وهذا بدوره شجع بعض البنوك - التي كانت ترفض في البداية منح الاعتمادات المصرفية خوفاً من الكساد والركود الاقتصادي للمنتجين - إلى اقتحام هذا السوق الجديد، أي شراء الحقوق التجارية. وانسحب الوكلاء تدريجياً لحساب المؤسسات المالية، التي انبهرت بهذا النظام الجديد الذي لم تعرفه سابقاً، وتسابقت إلى فتح فروع لها متخصصة في تحصيل وضمان الحقوق التجارية للمصدرين، كبديل عن الاعتمادات المصرفية التي تحمل ضمانات أقل من هذا العقد الائتماني الجديد.

أول هذه الفروع التي عرفت من البنوك الأمريكية First national Bank of Boston^(٧)، تم انتقل هذا النظام بعد ذلك إلى أوروبا في أواسط القرن العشرين، وأنشأت شركات كبرى تخصصت فيه. وهذا في فرنسا بدءاً من سنة ١٩٦٤؛ وأولها المؤسسة الفرنسية للفاكتورينغ - (La Société Francaise de Factoring) SFF التي ساهمت في إنشائها عدة بنوك فرنسية؛ تم توالى إنشاء شركات أخرى، بعد الحصول على موافقة المجلس الوطني الائتمانية^(٨)، هدفها الرئيس تسهيل عمليات شراء الحقوق في مجال التصدير، بحيث يتعهد كل منها بتحويل الحقوق التجارية في الدول الأخرى طبقاً لنظام الشبكة، أو بناءً على اتفاقيات خاصة.

في سنة ١٩٨٨؛ تم توقيع اتفاقية أوتوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق في المجال التجاري الدولية^(٩)، وقد كان لهذه الاتفاقية دوراً كبيراً في ترسيخ أحكام هذا العقد، ومحاولة جادة لتوحيد الأنظمة التي تحكمه والتشريعات التي تناولته؛ ومن بينها التشريع التجاري القانوني الذي جاء لأول مرة بعقد الفاكترينغ، بمقتضى المرسوم التشريعي الصادر سنة ٢٠١٨ رقم ١٧٦.

لذلك؛ فإن أول ملاحظة يمكننا أن نسوقها في هذا المجال هي حادثة مثل هذا النظام، خاصة إذا خرجنا عن بيئته الطبيعية (أمريكا وأوروبا)، فهو لا يزال في طور التبلور والنشأة.

(٧) نادية فضيل: الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار هومة، الجزائر، ط٢، عام ١٩٩٨، ص ١٤٣.

(٨) نادية فضيل: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٩) هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق، ص ٦.

وبما أنّ التجارة تتّصف بالسرعة والائتمان، فإنّ التجارة الدوليّة تمتاز بنفس صفتي السرعة والائتمان، ولكن بصورة أكثر حدّة، ذلك أنّ التاجر الذي يُمارس عمليّة التجارة الداخلية، من السهل عليه معرفة السوق الداخلية والعملاء الذين يتعامل معهم، نظراً لمحدودية معاملاته الجغرافية. غير أنّ التاجر الذي يُمارس عمليّة التصدير، أو التجارة الخارجية، من الصعب عليه الإلمام بكامل أسرار الأسواق الدوليّة، ومدى يسر وأمانة المتعاملين الدوليين، لذلك نجده يلجأ إلى أشخاص أو مؤسسات تُحقّق له هذه المزية.

لن يجد المتعاملين الاقتصاديين والتجارّيين أفضل من مؤسسات الفاكترنغ، التي تضع أمامهم مجموعة من الحلول القانونيّة، والتنظيميّة، والاقتصاديّة، لمعالجة مشكلة الحصول على الاعتمادات المصرفيّة، بالإضافة إلى كمّ هائل من الخدمات الإداريّة والتصرّفات القانونيّة المتداخلة، والتي يعجز أيّ عقد آخر غير عقد الفاكترنغ عن استيعابها.

إنّ صعوبة الحصول على الاعتمادات المصرفيّة من البنوك - كما سبق وأنّ أشرنا إلى ذلك - كان السبب المباشر في محاولة البحث عن بديل قانونيّ، يكفل للموردين الحصول على الاعتمادات الماليّة من جهة، ويكفل للمؤسسات الماليّة ضمان حقوقها من جهة أخرى، وهذا البديل القانونيّ هو عقد الفاكترنغ.

إنّ يقوم عقد الفاكترنغ في جوهره؛ على التزام إحدى المؤسسات المتخصّصة بتعجيل قيمة فواتير عميلها على مدينه، مقابل انتقال ملكية هذه الحقوق لها، وتعهّدها بعدم الرجوع عليه في حالة اخفاقها في استيفاء هذه الحقوق، ومساعدته بمجموعة كبيرة من الخدمات^(١٠).

من خلال هذا المفهوم؛ يتبيّن لنا أنّ ضمان عدم الرجوع على صاحب الحق الأصليّ، هو أساس العملية، والقائمة على الثقة وعلى الإعفاء من مخاطر عدم الوفاء؛ خاصّة بالنسبة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة، التي لا تملك أموال كافية وفعالة لتحصيل حقوقها^(١١).

فالعقود الكلاسيكية التي عهدها الفقه الكلاسيكي القديم، سواء كان الفقه اللاتيني، أو الجرمانى، أو الأنجلوساكسونى، أو حتى الفقه الإسلامى؛ لا تعرف عقداً يجمع هذه القدرة، وهذا الكم الهائل من العمليات القانونيّة في آن واحد. وتصرّفات قانونيّة متداخلة ومتماسكة، من الصعب بمكان على أيّ عقدٍ

(١٠) هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجاريّة، المرجع السابق، ص ٥.

(١١) علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجه القانونيّ، دار المهضه العربية، مصر، القاهرة، ط ١، ص

آخر أن يجمعها في اتفاق واحد؛ وهنا فقط تظهر الأهمية القانونية لهذا العقد من الوجهة القانونية، باعتباره الإطار القانوني للأوحد، الذي بإمكانه تحقيق هذه الخاصية.

إن عمل المؤسسة لا يقتصر على مجرد تحصيل الحق الثابت، بل أن عمله الفعلي والحقيقي يسبق فعل التحصيل بكثير، بل أنه يسبق حتى نشأة الحق محل التحصيل. فجوهر العملية العقدية؛ ينحصر في ذلك الإطار التنظيمي الذي توفره المؤسسة للعميل صاحب الحق^(١٢)، خاصة بالنظر إلى الطبيعة الدولية للعقد، مما يجعل في غالب الأحيان الدائن بالحق والمدين به، من بلدين مختلفين؛ فلا يمكن للدائن قبل نشأة الدين، أن يعرف ولوحده - بإمكانياته الخاصة - حجم ووزن المخاطر التي قد يتعرض لها في هذه السوق الأجنبية عليه.

وهنا يُتيح للمؤسسة أن تقدم خدمات للعميل؛ لأنه بأجهزتها الخاصة وبأجهزة الهيئات التي لها علاقة بها، يمكنها تقديم دراسة وافية للعميل حول السوق الذي يريد الاستثمار فيها، ويجنبه مخاطر التعامل مع أشخاص، أو في سلع، أو بشروط، قد تعرضهم لمخاطر لا يستطيعون الإلمام بها، لبعدهم عن السوق.

من الوجهة الاقتصادية؛ من الصعب على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة استغراق جمع مراحل العملية الاقتصادية لوحدها، ولا يمكنها احتكار الإنتاج، والتصدير، والتمويل، والتحصيل، والضمان، لوحدها.

بمقتضى عقد الفاكторинг؛ تكفي المؤسسة المُصدرة بعملية الإنتاج فقط، أما باقي العمليات الأخرى المتعلقة بدراسة السوق ومدايسار المتعاملين والممولين، والضمان، والتحصيل، وغيرها^(١٣)، فتعود للمؤسسة التي تتلقى عمولة مقابل قبولها تحمل مخاطر العملية عن العميل؛ ويستفيد هذا الأخير

^(١٢) - «l'originalité de l'affacturage, également public par la présente, à coté l'opération de crédit, d'autres services que l'établissement rend à ses adhérents: tel que la mise à disposition des adhérents de méthodes modernes compatibilité». -Rodine (R), Rives

longe (J-L), Droit Bancaire, précis Dalloz, p 364. de de gestion et de

Cet aspect de technique de gestion commerciale et important du point de vue ⁽¹³⁾ économique, l'affacturage permet aux chefs d'entreprises de se concentrer sur leur rôle de direction, le slogan des facteurs est, à cet égard, significatif: «vendez, nous ferons le reste!». -Rodine (R), Rives longe (J-L), op-cit, p 364.

بدوره من جهة تخفيض نفقات الإنتاج، ومن جهة ثانية تُجنَّب المخاطر المصاحبة لعملية التصدير والتحصيل، وبالتالي تفرُّغ التاجر للإدارة الحقيقية لمنشأته.

إشكالية الدراسة:

بناءً على ما تقدّم ورغبةً في الإحاطة بمختلف الجوانب المتعلّقة بالموضوع، طرحنا إشكالية الدراسة على النحو الآتي: "ما هو النظام القانوني الذي يحكم شراء الديون التجارية، بموجب عقد الفاكْتورنغ؟

يُثار تساؤل في بحثنا هذا؛ حول القواعد العامة والخاصة التي تحكم النظام القانوني لعقد الفاكْتورنغ، باعتبار أن هذا الأخير يُثير العديد من المشكلات والتساؤلات القانونية، يتفرّع عن هذه الإشكالية الرئيسية، مجموعة من الأسئلة الفرعية، تتمثل أهمّها فيما يلي:

١- ما هو الأساس القانوني الذي يستند عليه انتقال الحقوق، أو الديون التجارية الثابتة في الفواتير، من العميل إلى المؤسسة؟..

وهي من أهم النقاط القانونية التي يتعيّن دراستها بشيءٍ من التحليل والتفصيل؛ ذلك أن معرفة وتحديد الأساس، أو التكييف القانوني للعقد، من شأنه أن يضع لنا الأساس لفهم النظام القانوني للعقد بأسره، من حيث نشأته، وآثاره، وأحكامه.

٢- ما هي الخصائص القانونية التي ينفرد بها عقد الفاكْتورنغ، عن غيره من العقود الكلاسيكية، من حيث الشروط القانونية لنشأته ونفاذه؟.

أيضاً سنلاحظ ما يميّز هذا العقد من خصائص تجعله منفرداً و متميزاً عن غيره من العقود المُسمّاة، أو غير المُسمّاة، وهذا التميّز يمتد إلى الشروط القانونية لانعقاد ونفاذ هذا العقد..

كما سيّضح من خلال دراستنا؛ أن مؤسسة الفاكْتورنغ تُمارس نشاطها في علاج مشكلة تحصيل الحقوق التجارية، من خلال مجموعة كبيرة من العقود، وهي عناصر اتفاق الشراء، ومن غير المُجدي التطرُّق لكلِّ عنصرٍ على حدة، بدون ربطه بالفكرة المحورية للعقد، وهي طبيعته الائتمانية. وهنا سوف تظهر مسألة مُهمّة جداً، فإذا كان هذا العقد هو عقد ائتماني، فهل تنطبق عليه نفس الأحكام العامة لعقود الائتمان، خاصة تلك المتعلّقة بمنح واسترداد الائتمان؟. وهل هذا العقد، ينسحب على جميع الحقوق الثابتة، أو يقتصر على تلك المتعلّقة بالفواتير.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية موضوع هذه الدراسة في النقاط الآتية: عقد الفاكترينغ؛ من العقود الحديثة جداً التي عرفها سوق المعاملات التجارية الدولية، ونظراً لحدائث مثل هذا النظام، فقد عرف في بداية ظهوره بعض العثرات عند تطبيقه، نظراً لعدم تمكن التشريعات الحديثة من استيعاب أحكامه؛ مما أدى إلى انعقاد اتفاقية دولية بتاريخ ١٩٨٨ / ٠٥ / ٢٨ بمدينة أوتاوا الكندية، انتهت باتفاق يحمل اسم هذه الأخيرة ويتكون من ٢٣ نص، بغرض خلق تشريع دولي موحد لهذا التصرف. وهي الاتفاقية التي سنحاول إسقاط بعض بنودها على أحكام هذا العقد، بغية معرفة ماهيته والأطر القانونية التي تحكمه وآثاره.

إن تطوير الأدوات الاستثمارية يعد الانشغال الأكبر لجميع الحكومات، وذلك لمساعدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، التي تشكل أساس العملية الاقتصادية في أي بلد في إيجاد مصادر تمويل بديلة عن المصادر التقليدية المتمثلة في القروض البنكية، التي أثبتت عدم نجاحها بسبب طول وتعدد وكلفة إجراءاتها.

ويشكل عقد الفاكترينغ؛ أحدث وأنجح الوسائل التمويلية الحديثة التي ابتكرها العقل الاقتصادي العالمي، لمجابهة مشكلة تمويل المؤسسات الاقتصادية.

منهج الدراسة:

بحكم أن موضوع النظام القانوني لأي عقد يعتمد بالدرجة الأولى على دراسة طبيعة هذا العقد وأحكامه القانونية، ومحاولة التركيز على الأبعاد القانونية والفقهية له؛ فقد اعتمدنا في إنجاز هذه الدراسة منهجاً مقارناً، يعتمد بالدرجة الأولى على رصد وتتبع مختلف المدارس الفقهية المقارنة، تارة من الجانب المدني وتارة من الجانب التجاري، وصولاً إلى الجوانب القانونية، التي تميز عقد الفاكترينغ عن غيره من العقود التقليدية.

واستعنا بالمنهج القانوني المقارن؛ بالنظر للطبيعة القانونية الدولية للعقد التي حتمت علينا اللجوء لمختلف التشريعات القانونية المقارنة، معتمدين في ذلك على أحكام الفقه، والقضاء، والقانون المقارن. كما اعتمدنا على المنهج التاريخي بصورة عرضية في بعض أجزاء الرسالة، عند معالجتنا مثلاً للتطور التاريخي لنشأة عقد الفاكترينغ.

خطة الدراسة:

تماشياً مع اشكالية الدراسة؛ ورغبةً في الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، قسّمنا بحثنا هذا إلى ثلاثة فصول ؛ للتعريف القانوني للعقد في (الفصل الأول)، وللأنواع المختلفة لعقد الفاكْتورنغ في (الفصل الثاني)، والتي تختلف بحسب الوظيفة التي يؤديها من جهة، وبحسب الزاوية التي يُنظر منها إلى العقد من جهة ثانية، وبحسب خصائص أخرى ستكون محل تفصيل وتدقيق.

وأخيراً تناولنا خصائص هذا العقد، باعتباره عقد ائتمانيّ في أساسه، مُركّب في تكوينه، مُتميّز في عناصره، ذو طبيعة تجارية دولية في أصله؛ وحاولنا معرفة القصد من هذه الخصائص، التي تُميز عقد الفاكْتورنغ، وتجعل منه عقداً منفرداً ومتميّزاً عن باقي العقود في (الفصل الثالث).

وعلى ذلك ستكون دراسة موضوع بحثنا وفق الخطة الآتية:

الفصل الأول: التعريف القانوني لعقد شراء الديون التجارية

الفصل الثاني: الأنواع المختلفة لعقد الفاكْتورنغ

الفصل الثالث: خصائص عقد الفاكْتورنغ

الفصل الأول

تعريف عقد شراء الديون التجارية

سوف نبيّن في هذا المبحث محاولات الفقه لتعريف عقد الفاكْتورنْغ، وكذلك محاولات القانون المقارن إعطاء تعريف مناسب لما يشوبه اللبس ولا الغموض (المبحث الأول)، وكذلك دور اتفاقية أوتاوا في بيان المفهوم القانوني من عقد الفاكْتورنْغ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التعريف القانوني لعقد شراء الديون التجارية

المبحث الثاني: تعريف عقد الفاكْتورنْغ في ضوء اتفاقية أوتاوا

المبحث الأول

التعريف القانوني لعقد شراء الديون التجارية

بما أن مهّد هذا العقد هو الدول الأنجلوسكسونية فإنّ أوّل المحاولات لتعريف وحصر مفهومه كانت بالطبع من فقهاء هذه المدرسة التي اعتبرت أنّ جوهر عمليّة العقد هو قيام المؤسسة بالاتّفاق مع التاجر بإعفائه من المتاعب الماليّة، وبخاصة تحصيل الثمن من المشتري في الدول الأخرى^(١٤)، بحيث يتفرّغ التاجر لتلك المؤسسة عن حق تحصيل الديون التجاريّة مقابل فائدة، أو عمولة، أو خصم جزء من الثمن يتمّ الاتّفاق عليه بين الطرفين^(١٥).

ومن التعريفات التي نجحت نسبياً في حصر مفهوم عقد شراء الديون التجاريّة، التعريف الذي جاءت به موسوعة المعارف البريطانيّة^(١٦)، التي عرّفت مؤسسة شراء الديون التجاريّة بأنّها: (هيئة تجاريّة تقوم بخدمات تمويل ائتمان، وتحصيل، ومحاسبة، المنتجين والموزعين للسلع)، ورغم دقّة هذا التعريف إلّا أنّه لا يعرف عقد شراء الديون التجاريّة بقدر ما يعرف بالمحول إليه، أو مشتري الحق.

وفي الاتجاه المقابل عرّفت المدرسة اللاتينية هذا العقد بأنّه: (العقد الذي بموجبه يستطيع أحد التّجار أن يحصل على قيمة ديونه المضافة إلى أجل قصير، عن طريق مطالبة المؤسسة الماليّة

(١٤) وهذا باعتبار الطبيعة الدوليّة لعقد الفاكْتورنْغ هي الصفة الأساسيّة كما سيأتي توضيحها لاحقاً.

(١٥) نادر عبد العزيز شافي: عقد الفاكْتورنْغ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، عام ٢٠٠٥، ص ٣٦.

(١٦) حيث عرّفت موسوعة المعارف البريطانيّة في نصّها الأصلي لسنة ١٩٦٤ عقد الفاكْتورنْغ على النحو الآتي:

A business Organization Rendering, Specialized Financial , Credit , Collection and book keeping services to manufacturers and distributors of merechandise.

المتخصصة بهذا النوع من النشاط بالوفاء بها، مقابل منح هذه المؤسسة حق الرجوع على مدين الطرف الأول^(١٧).

وقد عرف إحدى المؤسسات المتخصصة في شراء الديون التجارية - وهي مؤسسة (Finagios) الفرنسية، والتي تعد رائدة في مجال شراء وتحصيل الحقوق التجارية - تُعرف هذا العقد بأنه: (عملية يلتزم في إطار اتفاقها مؤسسة متخصصة بتسيير حسابات المؤسسات الاقتصادية عن طريق تلقّي وضمان ديونها مع تحمل الخسائر المحتملة في حالة رفض الوفاء من طرف المدينين المعسرين، وهذا ما يمكن المؤسسات الاقتصادية من تحسين ميزانيتها وتخفيض مصاريف التسيير)^(١٨)، وهو تعريف رغم طابعه التجاري إلى أننا نجد أنه أقرب إلى حقيقة العقد من بعض التعريفات الأخرى الفقهية.

وقد اعتبرت التعريفات الحديثة في الفقه الفرنسي أن عقد شراء الديون التجارية هو: (عملية تجارية مالية تتمثل بشراء ديون الدائنين من زبائنهم، بحيث يقوم مُمول مُتخصص بشراء ديون ثابتة في فواتير من زبائنهم التجاريين مع ضمان خطر عدم إيفاء الديون عند الاستحقاق)^(١٩).

إن هذا التعريف يعتبر عقد شراء الديون التجارية بأنه: تقنية قانونية يتم بموجبها الحصول على الديون بواسطة مؤسسة مختصة من قبل مديني البائع مقابل أجر، وأداء عدة خدمات كإدارة وجباية الديون من المدينين، مع ضمان دفعها، أو تسديد هذه الديون مسبقاً، وهذا التعريف هو الأنسب من بين التعاريف السابقة التي ذكرها الفقه الفرنسي.

أما بالنسبة إلى الفقه العربي هناك العديد من المحاولات الفقهية لتعريف هذا العقد، فقد عرف أحدهم هذا العقد بأنه: (العقد الذي بمقتضاها يتولّى أحد المتخصصين ويسمى المُحصِّل، لتحصيل حقوق

^(١٧) Cabriallac et Rives -Lang: Crédit et document crédit, R. T. D. Com., 1968 , p.1102 , no

^(١٨) Affacturage opération pour la quelle , dans le Cadre d'une convention , un organisme spécialisé, gère les comptes clients d'entreprise , en anquérant leurs créances , assurant le reconrment pour son compte propre ; et en supportant les pertes éventuelles , sur les débiteurs insolubles. Ce Service , qui permet aux entreprises qui Y recouvrent d'amélioration leur trésorier , et de réduire leur Frais de gestion

Sous [http:// A/: www. FFinagios:/ Finagios. htm](http://A/:www.FFinagios:/Finagios.htm).

^(١٩) Christian Gavalda: Affacturage , Encyclopédie Dalloz-com., 1996 -I-, A-B, p.2, no.4-5.

لحسابه الخاص كانت ثابتة للمتعاقد معه، وقام بالوفاء بقيمتها، وذلك مقابل التزام المتعاقد معه بدفع عمولة مُحدّده^(٢٠).

نلاحظ من خلال هذا التعريف أنّه يحاول التمييز بين الوكيل العادي الذي يقوم به التحصيل لحساب الموكل، وبين الوكيل في عقد شراء الديون التجارية الذي يقوم بتحصيل الحقوق لحسابه الخاص بعد أن يكون التاجر بعد نقلها له بمقتضى العقد.

فيما عرفه آخر على أنّه: نظام وكالة التسويق^(٢١) يقوم أساساً على أن المشتري يدفع للعميل قيمة الدين التي تتمثل بحقه لدى المشتري في البلد الأجنبية، ويحل محله في هذا الحق وإذا لم يدفع المشتري للوسيط لم يكن لهذا الأخير الرجوع على العميل فهو يتحمل هذا الخطر^(٢٢).

إلا أن هذا التعريف يعد قاصر ولا يؤدي المعنى الحقيقي بمفهوم العقد، ويظهر القصور في التسمية نفسها التي جاء بها العقد، وهي وكالة التسويق، فعقد الوكالة كما نعرفه في أحكام القانون المدني جوهره عقد شراء الديون التجارية وضمنها ذلك أنّه الوكيل هو مجرد وسيط أو ممثل أو نائب للموكل يتعامل باسم هذا الأخير وإلى حسابها ولمصلحته مقابل عمولة هي عمولة الوكالة.

هذا وقد وضع المشرع الفرنسي تعريفاً لعقد شراء الديون التجارية في اللائحة المتعلّقة بتعريف الإصلاحات الاقتصادية والمالية بتاريخ ١١/٢٩/١٩٧٣، بأنّه: العقد الذي بمقتضاه تتحقّق عمليات إدارة مالية وحسابات على المشروعات، عن طريق تملك هذه الحقوق وتحصيلها لحساب المحصل الخاص وتحمل الخسائر المحتملة، إذا كان هذا التعامل مع عملاء معسرين، وتسمح هذه الخدمة للمشروعات التي تلجأ إليها من التمتع بسيولة نقدية وتقليل نفقاتها الإدارية لقاء إعطاء المحصل عمولة، نظير تقديمه لهذه الخدمة^(٢٣).

أمّا في القوانين العربية لم نجد غير المشرع المصري الذي اهتم في هذا العقد وأحس بأهميته البالغة بإصدار قانون خاص يُنظّم فيه نشاط التأجير التمويلي وعقد شراء الديون التجارية تحت مسمى

(٢٠) هاني دويدار: عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية في كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد ٢٠١، عام ١٩٩١، ص ٣٠٣ وما بعدها.

(٢١) وهي من التسميات التي جاء بها الفقه المقارن لعقد الفاكترينغ.

(٢٢) علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، عام ١٩٩٨، ص ٦٤٣.

(٢٣) الجريدة الرسمية الفرنسية، تاريخ ١/٣/١٩٧٤، ص ٩٤.

(التخصيم)، فجاء في المادة الأولى من الباب الأول تعريف عقد التخصيم بأنه: (عقد تمويل ينشأ بين المخصم والبائع، ويقوم المخصم بمقتضاه بشراء الحقوق المالية الحالية والمستقبلية الناشئة عن بيع السلع وتقديم الخدمات وفقاً لأحكام هذا القانون)^(٢٤).

(٢٤) قانون رقم ١٧٦ لسنة ٢٠١٨، قانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم، والمعدل من قبل الهيئة العامة للرقابة المالية رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢٨، منشور في جريده الوقائع المصريه - العدد ٦٥ في ٢٠ مارس سنة ٢٠٢١.

المبحث الثاني

تعريف عقد الفاكْتورنْغ في ضوء اتفاقية أوتاوا

إنَّ ثراء المنظومة القانونية التي تحكم عقد الفاكْتورنْغ جعل من الصعب الالمساك بزماء الأَطْر القانونية التي تحكمه، وجعل التعريفات والمفاهيم تتشعب وتتوَّع، وقليلة تلك التي وفَّقت في إعطاء مفهوم دقيق وصحيح للعقد.

وإنَّ اختلاف وتوَّعت هذه المفاهيم فإنَّها تصبُّ عادةً في وعاءٍ واحدٍ وهو كما أسلفنا بالتوضيح الطابع التجاريِّ الائتمانيِّ الدوليِّ للعقد، ونظراً لطبيعته الدولية وتعدُّ التشريعات الوطنية كان لزاماً إيجاد تشريع دولي موحد لمفهوم وماهية نظام عقد الفاكْتورنْغ، وهذا ما حقَّقه اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء وتحصيل الحقوق التجارية، والمنعقد بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٨٨ في مدينه أوتاوا الكندية^(٢٥). فإذا عدنا إلى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذه الاتفاقية^(٢٦) سنجدُها تُعرِّف العقد على النحو الآتي:

"في مفهوم هذه الاتفاقية نفهم من عقد الفاكْتورنْغ أنَّه اتِّفاق مُبرم بين طرف (الممُول) وطرف آخر (مؤسسة الشراء، أو المحوّل إليه)، والذي بمقتضاه:

- أ- يمكن أو يتعيَّن على العميل حساب المحوّل إليه ديون ناشئة عن عقود بيع لبضائع مُبرمة ما بين العميل وزبائنه المدينين مع استثناء الديون الناشئة عن المعاملات ذات الطابع الشخصي، أو العائلي، أو تلك التي لا تتعلّق بتجارته.
- ب- يتعيَّن على المحوّل إليه أن يأخذ على عاتقه تحقيق اثنين من اللاتزامات الآتية على الأقل:
- تمويل العميل عن طريق الاعتماد، أو الدفع المسبق لمجمل ديونه.
- الالمساك بحسابات العميل وفواتيره.
- تحصيل الديون التجارية للعميل.

(٢٥)

– Daurinacas (Jean-Michell, convention d'Ottawa, beemainocel i revac Bango & Dros N° 19, 991, p184

(٢٦)

La présente Convention régit les contrats d'affacturage et les transferts de créances décrits dans le présent Chapitre.

- حمايه العميل من افلاس المدينين عن طريق تحمل تبعات هذا الإفلاس.

ج- يتعين اخطار المدينين بانتقال الحق من العميل إلى المحوّل إليه^(١).

باستقراء ومحاولة تحليل مضمون هذا التعريف، والمفهوم الذي جاءت به الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من اتفاقية أوتوا؛ نجده يحيلنا على مجموعه من المفاهيم التي تُشكّل الإطار القانوني للعقد، والتي من دونها لا يمكن حصر جميع العناصر المكوّنة له، والمبادئ التي تحكمه، والتي لا تخرج عن النطاق الآتي:

المطلب الأول

الطبيعة العقدية الانتمانية للتصرّف

موقف اتفاقية أوتوا كان واضحاً في هذا المجال، باعتبار أن هذا العقد من العقود الانتمانية، ويتجلى ذلك بوضوح بالعودة إلى مضمون النص، وإلى الالتزامات التي رتبها على عاتق المحوّل إليه وأولها تمويل العميل عن طريق فتح الاعتماد، أو الدفع المسبق لديونه، مقابل عمولة يدفعها هذا الأخير لتغطية مخاطر عدم الوفاء، ويتم منح الاعتماد للمنتمي بضمان حقوقه قبل مدينه.

غير أنه ينبغي التمييز في هذه الحالة بين فرضين، الفرض الأول: وهو الذي يفي فيه المحوّل إليه بقيمة ديون العميل لدى الغير قبل حلول أجل استحقاق هذه الديون^(٢)، ففي هذا النوع وهو المعمول

(١) - تعريف نص المادة الأولى فقرة ٢ من اتفاقية أوتوا في نصها الأصلي لعقد الفاكترينغ.

- Au sens de la present convention on entend par "contrat d'affacturage", un contrat conclu entre une parite (le cessionnaire) en vertu duquel:

A-Le fournisseur peut ou doit ceder au cessionnaire des cetae oes decors

de vente de conclue entre be ct ses clients lan eee pe ads i sage personne! famutial ou domesuque. 5. Peeceomane dott prendre en charge au mouts dev des fonctions sulvantes "fe du Jopres ou fe: scxicipt

. Nate de compen de ebaes

la protection contre In défailance des débiteurs. C La cession dea créances doit dire notfide aux débiteurs. Sous hip wew.convenuond umdroitorg

(٢)

Maturity factoring,

المعمول به عادةً فإن العميل يطلب من المحوّل إليه القيام بكامل وظيفته ضمان يسار المدين تسيير الحقوق، التمويل^(١).

أما الفرض الثاني فهو الذي يفي فيه المحوّل إليه بقيمة ديون العميل لدى الغير أثناء أو بعد وقت قليل من حلول أجلها^(٢)، فهو في هذه الحالة لا يستحق فائدة، وإنّما مجرد عمولة، هي عمولة الخصم^(٣)، وهي بذلك تشبه عقد الخصم l'escompte، مع اختلاف بسيط يتمثّل في ضمان عدم الوفاء في حالة إفلاس المدين، وهو الضمان الذي ينفرد به عقد الفاكторинг عن غيره من العقود الكلاسيكية المشابهة. بالرجوع إلى اتفاقية أوتواو نلاحظ كيف أهملت هذه الأخيرة هذا النوع الثاني، وأكدت فقط على النوع الأوّل، أي الدفع المسبق، كما أنّها أشارت إلى العمولة التي يدفعها العميل لتغطية مخاطر عدم الوفاء، دون أن تُشير إلى الفائدة المستحقة للمحوّل إليه، نظير الوفاء بدين لم يحل بعد أجل استحقاقه، وهي فائدة يُحددها بطبيعة الحال البنك المركزي، وفي الأخير عمولة التسيير والتي تتراوح في معدلها بين ١، ٢ % من قيمة الفاكторинг^(٤).

وما يهمنا في كل هذا هو وقوف اتفاقية أوتواو الصريح على الطابع العقدي الائتماني لهذا التصرف.

(١)

– Lous Edmond Sussfeld. Op. cit P 4

(٢)

–Factoring waditional or old ling factoring

(٣)

Dans fa mesure ou fe factoring est opérateur de crédit , fea factors doivent se soumettre au statui d dtablissement Mnancier , ils doivent veiller ane pas conserver la disposivied des fonds cevenant a leurs adhérent sous pelne de vialer ie monopole des banque quant a la réception des fonds du public sous forme de ddpdt ou autroment (art3 de Ini du 13 oin 94 your supen , n® 18 et S). mowne de soillciter dew inscription comme banque

– R.Rodeiere J L Rives langue , dorit bancaire, Dalloz 1975, p363

(٤)

Sous <http://A/www.finagios.FR>

المطلب الثاني

تحديد طبيعة التزامات أطراف العقد طبقاً لاتفاقية أوتاوا

حدّدت المادة الأولى من الاتفاقية التي جاءت بمفهوم عقد الفاكْتورنْغ التزامات المحوّل إليه في مواجهة العميل، أو الدائن الأصلي، بضمان تحقيق اثنين على الأقل من الالتزامات الآتية:

- تمويل العميل عن طريق الاعتماد، أو الدفع المسبق.
- الإمساك بحسابات العميل وفواتيره.
- تحصيل الديون التجارية للمنتمي.
- حماية العميل من إفلاس المدينين عن طريق تحمل تبعات هذا الإفلاس.

إنّ أهم ملاحظتين يمكن أن نسوقهما في هذا المجال هما:

١- تركيز الاتفاقية على التزامات المحوّل إليها، أو مؤسّسة الفاكْتورنْغ، وإهمال الإشارة إلى التزامات أحد أطراف هذا العقد، وهو المحوّل، أو الدائن الأصلي.

٢- الاستثناء الغريب وغير المفهوم الذي جاءت به بقصر التزام المحوّل إليه بضمان تحقيق اثنين على الأقل من الالتزامات المذكورة أعلاه بنص المادة الأولى من الاتفاقية، ومكمن الغرابة فيما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا في سببين رئيسيين:

السبب الأول: هو أنّ هذا المفهوم لم يأتي به أيّ من الفقه والقانون المقارن، فقد حصل الاختلاف حول بعض الالتزامات، لكن لم يسبق أي من الفقه والقانون المقارنين، سواء الأنجلوساكسوني الذي جاء بهذا العقد، أو الفقه اللاتيني الذي طوّره وكيفه وتبنّاه وجعل الخيار في يد المحوّل إليه بالوفاء ببعض الالتزامات وترك الأخرى.

السبب الثاني: أنّ الأخذ بما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا يجعلنا نتساءل حول صحة عقد الفاكْتورنْغ إذا تخلّى المحوّل إليه عن بعض الالتزامات التي تُشكّل محور العقد، وسبب وجوده.

فماذا لو اختار المحوّل طبقاً لاتفاقية أوتاوا إذا كان تصرّفه يخضع لأحكامها كما جاء توضيحه سابقاً حصر مجال التزاماته في تمويل المجتمع عن طريق دفع ديونه، وتحصيل هذه الأخيرة من المدينين بها، وترك التزامي تنظيم حسابات المجتمع وحمايه هذا الأخير من إفلاس المدينين عن طريق ما يُعرف بمبدأ عدم الرجوع.

وهنا يُطرح سؤالاً مهماً جداً، هل يمكن تصوّر عقد الفاكْتورنْغ دون مبدأ عدم الرجوع؟ إنّ نشأة هذا المبدأ يعود إلى بداية نشأة العقد نفسه، ويمكن القول بأنّه الالتزام الأساسيّ فيه، فلا يمكن تطوير عقد

الفاكتورنغ من دون أن نتصور التزام المحوّل إليه بضمان عقد عدم الرجوع في حالة عدم تمكنه من استيفاء الحق من المدين به.

وهذا المبدأ هو الذي يُميّز العقد محل الدراسة عن بعض العقود الكلاسيكية المشابهة، كعقد الخصم، وهو جوهر العملية، ولا معنى للعقد في حالة غياب هذا الالتزام الذي عرفه بعض الفقهاء على أنّه الاتفاق على النهاية الحسنة للعملية^(١).

ومن ثم نرى أنّ هذا الاستثناء الذي جاءت به اتفاقية أوتاوا هو استثناء غريب عن مفهوم العقد، ولا يراعي المبادئ القانونية التي تحكم هذا الأخير، خاصة مبدأ عدم الرجوع، كما لا يمكن كذلك تصور هذا العقد في حالة تخلف التزام شراء الديون من قبل المحوّل إليه الذي يُشكّل بدوره جوهر العملية^(٢). يبقى كذلك سبب إغفال الاتفاقية لذكر التزامات الدائن الأصلي غير مفهومة، وخاصة الالتزام بضمان نقل ملكية الحقوق التجارية إلى المحوّل إليه، وغيرها من الالتزامات التي تُشكّل محل التزام الدائن الأصلي، وسبب التزام المحوّل إليه.

من خلال المفهوم الذي جاءت به اتفاقية أوتاوا وغيرها من المفاهيم المذكورة أعلاه؛ يتبين لنا ما يلي^(٣):

- ١- أنّ العمل الجوهريّ الذي يضطلع به المشتري هو شراء الحقوق التجارية من العميل بثمن مُعجل، أو مؤجل، وأنّ هذه الحقوق مُحصلة من بيع المنتجات إلى عملاء العميل.
- ٢- أنّ الحقوق محل العقد عقود تجارية خالصة، ومن ثمّ يخرج عن نطاقها باقي الحقوق الماليّة الأخرى.

(١)

Bonne Fin de l'operation

(٢)

Le factor assume le risqué de non paiement du a la defaillance du debiteur, il n'aun recours contre' l' adherent que dans l mesure ou la creance tranmise etait inexistent nulle ou viciee"
-- R.Rodeiere J L Rives langue , dorit bancaire, Dalloz 1975, p364

(٣) - عبد الرحمن المنجم، محمود أحمد الكندري: عقد تمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، لجنة التأليف والتعبير والتعريب والنشر، الكويت ٢٠١٤، ص ٩ وما بعدها.

- ٣- أن تتوفر صفة التاجر في العميل، وبالتالي لا يمكن حوالة الحقوق التجارية لغير التاجر والحكمة من ذلك أن عقد الفاكترينغ يكون مستمراً بين المشتري والعميل، ويستوي في ذلك أن يكون لمدّه محدّدة وغير محدّدة، لهذا أطلق عليه حرفة شراء الحقوق التجارية.
- ٤- من خلال نص المادة الأولى من اتفاقية أوتاوا يتبيّن لنا أن الالتزام بضمان عدم الرجوع هو التزام غير مطلق، أي يمكن لطرفي العقد الاتفاق على مخالفته، بحيث يمكن للوسيط أن يشترط في العقد حق الرجوع على العميل في حالة إفسار المدين، أو تنصله من الوفاء.
- ٥- أن عمل المشتري لا ينحصر في شراء عقود تجارية من العميل فقط بل يمتد إلى التزامات أخرى، وحسب اتفاقية أوتاوا يتعيّن على المشتري أن يقوم باثنين منهما على الأقل.
- ٦- بالرجوع إلى أحكام اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية؛ نلاحظ أنها أخذت صراحةً بحوالة الحق كإطار قانوني لعقد الفاكترينغ، وهي بهذا وافقت التشريع الأنجلوساكسوني، وخالفت التشريع اللاتيني، وخاصة الفرنسيّ منه الذي أخذ في البداية بالحلول الاتفاقي، ثم جنح نحو الأخذ بحوالة دايلي المستحدثة بقانون ٢ جانفي ١٩٨١.
- ٧- الأصل العام أنه حسب نص المادة ١١ من اتفاقية أوتاوا؛ تسري الأحكام المتقدمة في حالة قيام المشتري بحوالة حقه في استيفاء الدين من المدين إلى وسيط ثانٍ، وكذا في حالة قيام المدين بحوالة دينية إلى مدين ثاني، بحيث نكون أمام عقد متعاقب، أو حوالة متعاقبة.

الفصل الثاني

الأنواع المختلفة لعقد الفاكْتورنْغ

يختلف عقد الفاكْتورنْغ بحسب الوظيفة التي يؤديها من جهة، وبحسب الزاوية التي يُنظر منها إلى العقد من جهة ثانية، وبحسب خصائص أخرى.

فإذا نظرنا للعقد من خلال طبيعة الوفاء، وجدنا نوعين من عقود الفاكْتورنْغ، المعجل الوفاء والمؤجل الوفاء؛ وإذا عدنا للالتزام الضمان، طبقاً لمبدأ عدم الرجوع على البائع في حالة عدم تحصيل الحق، كنا أمام نوعين من العقود، أحدهما يعتمد على تطبيق هذا المبدأ، والآخر يستبعده؛ وأخيراً إذا ميّزنا بين أنواع العقد من خلال مجال تطبيقه، كنا أمام أربعة أنواع، وهي عقد الفاكْتورنْغ الوطني، وعقد الفاكْتورنْغ الدولي، وعقد الفاكْتورنْغ للتصدير، وعقد الفاكْتورنْغ للتوريد.

وعليه سنتناول دراسة أنواع عقد الفاكْتورنْغ بحسب هذه الآليات، وفقاً للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: تمييز عقد الفاكْتورنْغ من حيث طبيعة الوفاء

المبحث الثاني: تمييز عقد الفاكْتورنْغ من حيث الضمان

المبحث الثالث: تمييز عقد الفاكْتورنْغ من حيث مجال التطبيق

المبحث الأول

تمييز عقد الفاكترنغ من حيث طبيعة الوفاء

هنا يمكننا التمييز بين نوعين من عقود الفاكترنغ، النوع الأول: يقوم على تعجيل الوفاء (المطلب الأول) والنوع الثاني: يقوم على تأجيل الوفاء (المطلب الثاني)

المطلب الأول

عقد الفاكترنغ المعجل الوفاء

هذا النوع من عقود الفاكترنغ هو الإطار الكلاسيكي والأكثر عملاً في مجال الحقوق التجارية، ويفترض هذا النوع من العقود فتح اعتماد مالي متحرك Revolving Credit^(٤) من قبل المشتري البائع، بحيث تختلف قيمة هذا الاعتماد بحسب اتفاق أطراف العقد، ويمكن من خلاله أن يحول البائع حقوقه في حدود الاعتماد الممنوح له، ويقوم المشتري بأداء ثمن هذه الحقوق للبائع^(٥) بمجرد حصول عملية الحلول قبل تاريخ استحقاق هذه الديون.

وكل حق يحوله البائع للمشتري، وفي هذا الأخير به، يرصد في الجانب السلبي من الاعتماد، ومجرد قيام المدين بوفاء قيمة الحق في موعد الاستحقاق برصد هذا الوفاء في الجانب الإيجابي من الاعتماد، ولهذا سمي هذا الاعتماد الممنوح من المشتري إلى البائع بالاعتماد المتحرك، فهو يتحرك صعوداً ونزولاً بحسب البائع، ووفاء المدينين له.

وهذا النوع من العقود شائع استعماله في فرنسا على وجه الخصوص^(٦)، بحيث يلتزم المشتري بضمان الحقوق المحولة إليه، ولا يمكنه الرجوع على البائع، إلا في حالة غش، أو خطأ جسيم، كما أن هذا الأخير يلتزم بجميع فواتيره للمشتري، طبعاً في حدود الاعتماد الممنوح له، وهو ما يُعرف بمبدأ

(٤) - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري: المرجع السابق، ص ١٢٣

(٥) - يحدد الثمن عادة بزهاء ٨٠%، ٩٠% من قيمه الحقوق المبيعية

Legeais (Dominique) AFFACTURAGE, Juris Classeur, 2004, v3, L'engagement de L'affiliateur a son deherent peut avoir lieu a l'echange de la creance ou de facon anticipce. Dans ce dernier cas, le service rendu par l'affactureur est une veritable operation de credit fonde sur la mobilization des creance"

(٦) - محمود بشير: عقد الفاكترنغ، الديوان الوطني للأشغال العمومية، ط١، ٢٠٠٣، ص ٢٠

القصر، أو الجماعية^(٧). ويلتزم بإخطار المدين بحالة الحق للمشتري الذي يتقاضى فائدة التعجيل من البائع، التي تكون عادةً في شكل خصم من قيمة الحقوق المحوَّلة، بالإضافة إلى عمولات الضمان.

المطلب الثاني عقد الفاكْتورنْغ لأجل

في هذا النوع من العقود لا يقوم المشتري بفتح خط اعتماد للبائع، وبالتالي لا يقوم بأيّ وفاء مُعجل لحقوق البائع، وإنّما يكون الوفاء بعد حلول أجل تحقيق هذه الحقوق، ومن ثمّ فإنّه لا يتقاضى فائدة، وإنّما يستحق فقط عمولة الضمان والتيسير، باعتبار أن إحدى وظائف العقد الكلاسيكي تزول، وهي وظيفه التمويل، بينما تبقى وظائف الضمان والتيسير وغيرها قائمة.

وعليه فإنّ المشتري لا يقوم بأيّ تنسيق في دفع قيمة الحقوق المحوَّلة للبائع، وأنّ هذا الأخير يستفيد من حق الائتمان عند حلول أجل استحقاق الدين فقط، وليس قبل ذلك^(٨). كما أنّه لا مجال للتحدّث على مبدأ الجماعية أو القصر في هذا النوع من العقود؛ لأنّ هذا المبدأ مرتبط بتعديل الوفاء بفتح خط الاعتماد، وبالتالي فإنّ كل فاتورة تكون محل اتّفاق مستقل.

(٧) - هذا المبدأ هو روح العقد ويلتزم البائع بمقتضاه بأن يقدّم للمؤسسة جميع فواتيره على مدينه، ومن ثمّ لا يستوي أن يقوم شخص مدني بعملية تجارية واحدة ثم يحوّل الحقوق الناجمة من هذه العملية لمؤسسة الفاكْتورنْغ.

Christiane Gavalda: AFFATURATIONE, Juris- Classeur 2002m fas 361, n33, p8

(٨) - محمودي بشير: المرجع السابق، ص ٢٠

المبحث الثاني

تميز عقد الفاكورنغ من حيث الضمان

الالتزام بضمان عدم الرجوع: وهو التزام يضمن بمقتضاه المشتري البائع إعسار المدين نظير عمولة لقاء ما يتحمله من مخاطر، أو كما يعرفه البعض الآخر بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه المشتري في مواجهة البائع بالنهاية الحسنة للعملية^(٩). غير أنه يمكن للطرفين بموجب عقد الفاكورنغ المبرم بينهما؛ الاتفاق على إعفاء المشتري من ضمان عدم الرجوع.

وعليه نكون أمام نوعين من العقود: عقد ضمان عدم الرجوع (المطلب الأول)، وعقد الرجوع على البائع محول الحقوق التجارية (المطلب الثاني)

المطلب الأول

عقد ضمان عدم الرجوع

تعود نشأة هذا الالتزام إلى بدايه نشأة العقد ويمكن القول بأنه للالتزام الأساسي فيه فلا يمكن تصور عقد الفاكورنغ من دون تطور التزام المشتري بضمان عدم الرجوع، ولعل هذا هو السبب في إطلاق تسمية مشترى الحقوق الضامنون Delcreder-factor^(١٠)، وعلى الوكلاء القائمين بوظيفته شراء الحقوق في بداية ظهور أصل العقد، ومصطلح Ducroire مشتق من كلمه Delcreder^(١١) ومعناها منح الثقة.

فيمكن تعريف الالتزام بضمان عدم الرجوع على أنه التزام يضمن بمقتضاه المشتري البائع في إعسار المشتري نظير عمولة، لقاء ما يتحمله من مخاطر، وبالتالي لا يجوز له الرجوع على البائع في حالة عدم وفاء المدين بالحقوق الثابتة في الفاكورنغ.

أهم ميزه ينبغي التوقف عندها فيما يخص مميزات الالتزام بالضمان في عقد الفاكورنغ هي مميزات ضمان عدم الرجوع، وهو ضمان يقوم به شخص ليس أجنبي عن العلاقة على عكس ما هو معروف في عقود الائتمان التي تقوم عادةً بين شخصين أصليين في عملية الائتمان، وهما مانح

(٩)

– Bonne fin de l'operation

(١٠) – هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق، ص ٩٩.

(١١)

– Nouveau dictionnaire de droit science economique , 1974

الائتمان، والمستفيد من الائتمان، وشخص ثالث أجنبي هو الضامن، سواء كان شخصياً أو عينياً، أي يضمن التزام المستفيد برد قيمة الائتمان^(١٢).

ومن ثم فإنه لا مجال لرجوع المشتري على البائع في حال عدم استيفاء قيمة الحقوق المحوَّلة من هذا الأخير؛ سواء كان هذا الامتناع مردّه إفلاس، أو إفسار المدين، أو قوة القاهرة جعلت التنفيذ مستحيلًا، غير أنه يمكن للمشتري التخلّص من هذا الضمان إذا اثبت أن امتناع المدين عن الوفاء يرجع إلى سلوك البائع^(١٣)؛ كأن يكون هذا الأخير أخلّ بالتزاماته ناحية المدين، أو غش المشتري بخلقه لفواتير وهمية، أو قام باستيفاء الحق من المدين بعد أن حوله للمشتري.

أما جانب آخر من الفقه^(١٤) فيرى في تكييف هذه العملية بأنها عملية اقراض مستتر، أي إقراض في مضمونه، وعقد شراء ديون تجاريه في الظاهر؛ ذلك ان مؤسسات الفاكترينغ في مثل هذا الفرض، تتفادى الإجراءات والشكليات التي تستلزمها عملية القراض أو لان القانون الذي يحكمها يمنعها من القيام بعمليات الإقراض، ولتفادي مخاطر عدم الوفاء تلجأ لهذه العملية بضمان الحقوق التجارية الثابتة في الفاكترينغ أي أن البائع لا ينقل ملكية هذه الحقوق للمشتري وإنما يُقدّمها له كضمان للدين أو القرض الذي منحه له وبطبيعة الحال فمؤسسه الفاكترينغ لا تتقاضى سوى عمولة الخصم فقط دون عمولة الضمان^(١٥).

(١٢)

– Meraud (Jean Francois) le Ducreire, these Boreau, p16

(١٣) – هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق، ص ١١٠

(١٤) – أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري: المرجع السابق، ص ٨٥

(١٥)

–Peter M Biscoe "Law and practice of credit factoring, p6-7.

المطلب الثاني عقد الرجوع على البائع

في هذا النمط من عقود الفاكْتورنْغ يحتفظ المشتري بحق الرجوع على البائع، في حال تعذر استيفاء قيمة الديون المحوَّلة إليه من المدينين^(١٦)، والتزام بالضمان كما سيأتي تفصيله لاحقاً- وهو أساس العملية الائتمانية القائمة بين المشتري والعميل- يقوم المشتري بعملية ائتمانية، أو اعتماد لفائدة العميل، لتغطية مخاطر عدم الوفاء، وهذا ما يُميِّز العقد محل دراستنا، عن باقي العقود الأخرى المشابهة له^(١٧).

وهذا هو السبب في تسمية العقد، بعقد شراء الديون التجارية؛ فالمشتري تنتقل إليه ملكية الحقوق المحوَّلة إليه من العميل، كضمان للاعتماد الممنوح له، وهو الضمان الذي يمنع من رجوع المؤسسة على العميل بحالة تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته المالية^(١٨).

المبحث الثالث

تمييز عقد الفاكْتورنْغ من حيث الضمان

يختلف عقد الفاكْتورنْغ في هذا المعيار بحسب القانون المُطبَّق على كُلِّ طرف من الاتِّفاق الإطار، وليس من العقد، والفرق بينهما أننا بحسب العقد نكون أمام طرفين فقط، وهما البائع والمشتري، أمّا بحسب الاتِّفاق الإطار فإنَّ طرف ثالث يدخل العملية وهو المدين^(١٩).

وبحسب معيار مجال التطبيق نكون أمام أربعة أنواع من العقود، وهي:

المطلب الأول: عقد الفاكْتورنْغ الوطني.

المطلب الثاني: عقد الفاكْتورنْغ الدولي.

المطلب الثالث: عقد الفاكْتورنْغ للتصدير.

(١٦) أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري: المرجع السابق ، ص ٢٤.

(١٧) هاني دويدار : المرجع السابق ، ص ٣٣٠.

(١٨) ميلاط عبد الحفيظ: النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبو بكر بالقائد ، كلية الحقوق ، عام ٢٠١٢ ، ص ٤٥.

(١٩) - يشمل الإنفاق الإطار لعقد الفاكْتورنْغ ثلاثة أطراف وهم: المشتري، والبائع، والمدين، بالرغم من أن هذا الأخير ليس طرفاً في عقد الفاكْتورنْغ، إلّا أن نتائجه تنسحب عليه، وفق ما يُعرف بالطبيعة الثنائية لنشأة عقد الفاكْتورنْغ، والطبيعة الثنائية لتنفيذها، فالمدين طرفاً في تنفيذ العقد رغم أنه ليس طرفاً في نشأته.

المطلب الرابع: عقد الفاكْتورنْغ للتوريد.

المطلب الأول

عقد الفاكْتورنْغ الوطني AFFCTURAGE-NATIONL

في هذا النوع من العقود -وهو الأكثر تبسيطاً والأكثر شيوعاً- يكون جميع أطراف الاتفاق الإطار من بلد واحد، أي يكون كل من المشتري والبائع والمدين من نفس البلد، وهو لا يطرح أي إشكال بالنسبة لتنازع القوانين، أو فرق العملة، أو القانون المنظم للصرف^(٢٠).

وعقد الفاكْتورنْغ الوطني^(٢١) يفترض وجود علاقه ثلاثية الأطراف، فهذه العلاقة تجمع بين البائع، أو البائع الذي يعتبر الدائن بالحقوق الثابتة في الفواتير، أو مشتري الضمان، والمشتري الذي يكون في وضع المدين بالنسبة للبائع، وأخيراً المشتري، أو مؤسسة الفاكْتورنْغ الذي تتلقى من البائع الحقوق، أو الديون الثابتة في الفاكْتورنْغ^(٢٢).

المطلب الثاني

عقد الفاكْتورنْغ الدولي AFFACTURAGE- INTERNATIONAL

كما سيأتي توضيحه لاحقاً عند التطرق للطبيعة التجارية الدولية للعقد محل دراستنا، فإن عقد الفاكْتورنْغ هو في أساسه عقد دولي يقوم بدور كبير في مجال التجارة الدولية، فالعنصر الأجنبي من العناصر الرئيسية التي شكّلت مضمون العقد في بداية نشأته، قبل أن يتطور على المستوى المحلي، ومن ثم فإن عقد الفاكْتورنْغ الدولي يفترض أن يكون أحد أطراف العقد في إقليم دولة تختلف عن الدولة التي يوجد بها الطرف الآخر، وهذا ما نصّت عليه المادة الثانية من اتفاقية أوتاوا، بالقول أنه: "يكون عقد الفاكْتورنْغ دولياً إذا كانت الحقوق منبثقة عن عقد بيع المنتجات بين طرفين يتخذان محلاً لإقامتهما دولتين متعاقدتين مختلفتين، وكان محل عمل المشتري مشتري الحقوق دولة متعاقدة، أو كان ينطبق على كل من عقد بيع المنتجات وقت شراء الحقوق التجارية قانون دولة متعاقدة"^(٢٣).

(٢٠) - يُمثّل ٨٠-٩٠% من عقود الفاكْتورنْغ.

(٢١) المادة (٣٥) من قانون التخصيم المصري " يكون التخصيم محلياً عندما يكون كل من البائع والمدين مسجلين أو مقيمين في جمهورية مصر العربية... ".

(٢٢)

Sussfeld (Louis EDMOND): Op. cit. p. 38.

(٢٣)

وعليه نكون أمام عقد فاكْتورنغ دولي^(٢٤) إذا كانت الأطراف المتعاقدة تتخذ مَقراً لعمليها دولتان متعاقدتان على الأقل، يكون المشتري والبائع من دولة، والمدين من دولة أخرى، أو المشتري والمدين من دولة أخرى، وهذه هي الحالة الأكثر شيوعاً، أو أن يكون البائع والمدين من دولة، والمشتري من دولة أخرى، وهذه الحالة الأقل مصادفة، وأخيراً أن يكون كل طرف من دولة مُختلفة.

المطلب الثالث

عقد الفاكْتورنغ للتصدير AFFACTUARGE-EXPORT

يُمثّل هذا العقد الأساس التاريخي لظهور عقد الفاكْتورنغ، حيث إن هذا العقد أول ما ظهر كان لتمويل الصادرات البريطانية في الولايات المتحدة الأمريكية^(٢٥) ويفترض هذا النوع من العقود

Un contrat d'affacturage national, suppose une relation triangulaire... Celle-ci met en relation les trois parties suivantes: Le vendeur, ou client, qui est en position de créancier et qui est l'acheteur de la

garantie; L'acheteur qui est en position de débiteur vis-à-vis du vendeur; La société d'affacturage (ou Factor), qui acquiert du vendeur la créance que celui-ci a sur l'acheteur. sous <http://www.mlfinance.fr/affacturage>.

99. L'affacturage international peut être défini comme le financement de factures sur l'étranger, lié à la vente de missions de courte durée (généralement 120 jours ou moins). Les transactions sont un peu plus complexes que l'affacturage domestique traditionnel car elles sont confrontées à la mondialisation des échanges avec des variations locales dans la loi, la nature complexe de la réglementation douanière ou des problèmes découlant de la barrière de la langue.

– sous <http://www.affacturage.org/affacturage-international/affacturage-international-definition>–

(٢٤) المادة (٣٥) من قانون التخصيم المصري "... ويكون التخصيم دولياً عندما يكون أحدهما مُسجلاً، أو مقيم خارج الجمهورية"

(٢٥)

Article 2 de la Convention d'Ottawa " 1- La présente Convention s'applique lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente marchandise entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des états a) ces états ainsi que l'état ou le cessionnaire a son établissement sont des états différents et

الفاكتورنغ وجود ثلاثة أطراف، هم المُنوّن، والمُصدّر، وشركة الفاكتورنغ، حيث إنّ المُصدّر الراغب في تصدير بضاعة للزبون في الخارج يتقدّم بطلب للمُموّل الذي يلعب دور المشتري، بينه وبين المستورد^(٢٦) وعوض أن يعود على المُصدّر بقيمة الخدمات التي قام بها لحسابه؛ فإنّه يُحرّر فاتورة بقيمة هذه الخدمات ويحوّلها لشركة الفاكتورنغ التي تقوم بتمويلها، ثم تعود بعد ذلك على المُصدّر بقيمتها، حسب المراحل الإجرائية الآتية^(٢٧):

- ١/ يُقدّم الزبون المُصدّر، طلبية خدمات وساطة للمُموّل، بينه وبين الزبون المستورد.
- ٢/ يتقدّم المُموّل الشركة الفاكتورنغ بطلب ضمان هذا الزبون المُصدّر.
- ٣/ بعد دراسة طلب التمويل المُقدّم من المُموّل، وفي حالة الموافقة عليه من شركة الفاكتورنغ، تقوم هذه الأخيرة بإخطار المُموّل بذلك.
- ٤/ بعد حصول المُموّل على موافقة المشتري، يقوم بدوره بإخطار المُصدّر بموافقته على طلبية خدمات الوساطة بينه وبين الزبون المُصدّر.
- ٥/ يقوم المُموّل بتصدير هذه البضاعة وإعداد فاتورة بقيمة خدماته.
- ٦/ تقوم شركة الفاكتورنغ، بتمويل ٩٠% من قيمة الدين خلال مدة لا تتجاوز حسب العُرف ٤٨ ساعة .
- ٧/ يتم إخطار الزبون المُصدّر، بحالة الحق الثابت في العقد للمشتري، أو شركة الفاكتورنغ.
- ٨/ عند حلول أجل استحقاق الدين، يقوم الزبون المُصدّر باستيفائها لشركة الفاكتورنغ.
- ٩/ بعد وفاء الزبون المُصدّر بقيمة الدين لشركة الفاكتورنغ، تنتازل هذه الأخيرة للمُموّل عن الـ ١٠ % المتبقية من قيمة الدين، والتي لم يتم تمويلها.

que ; contractants; ou b) que le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un état contractant.

– Pierre Jude, Technique et Pratique Du FACTORING, Centre De Librairie Et D'éditions Techniques, Paris 1984, p 07.

(٢٦) – أحمد عبدالرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري: المرجع السابق، ص ٢٨.

(٢٧)

المطلب الرابع

عقد الفاكْتورنْغ التّوريد (AFFACTURAGE - IMPORT)

في مثل هذه العقود، عادةً ما يدخل طرف رابع في العملية، وهو المُمَوِّل، الذي يكون وسيطاً بين المورد والمستورد، يتعهد بمقتضاه الأول بأن يُسلِّم كل عملياته في بلد مُعَيَّن لهذا المُمَوِّل؛ ويكون كل من المُمَوِّل والمستورد من نفس بلد الشركة محوِّلة الفواتير، بينما البائع والمُصدِّر من بلد آخر.

وتقوم هذه الآلية، على أساس المراحل الإجرائية الآتية^(٢٨):

- ١/ يُقدِّم الزبون طلبية الحصول على بضاعة مُعَيَّنة من المورد.
- ٢/ يتقدِّم المورد بطلب وساطة من المُمَوِّل - Le Fournisseur - لتوريد هذه البضاعة.
- ٣/ يتقدِّم المُمَوِّل بتقديم طلب ضمان على الزبون أمام شركة الفاكْتورنْغ.
- ٤/ تخطر شركة الفاكْتورنْغ المُمَوِّل - Le Fournisseur -، بخطاب الضمان.
- ٥/ يقوم المُمَوِّل بتوريد البضاعة للمورد.
- ٦/ يُمكِّن المورد بدوره الزبون من البضاعة محل التوريد.
- ٧/ يحوِّل المُمَوِّل الدين محل الضمان المُتعلِّقة بعملية التوريد للمُشتري، أو شركة الفاكْتورنْغ.
- ٨/ يُموِّل المُشتري ٩٠% من قيمة العقد، خلال مدَّة لا تتجاوز حسب العُرف ٤٨ ساعة .
- ٩/ يستخلص المُشتري قيمة العقد، عند حلول أجلها من الزبون.
- ١٠/ بعد وفاء الزبون بقيمة العقد، تتنازل شركة الفاكْتورنْغ للمُمَوِّل عن ال ١٠ % المتبقية من قيمة العقد، والتي لم يتم تمويلها^(٢٩).

(٢٨)

Sous <http://www.e-affacturage.fr/affacturage/affacturage-import>

(٢٩)

L'affactureur retient habituellement 10% du montant de la créance, en cas de règlement anticipé (financement), pour se prémunir contre l'éventuelle insolvabilité du débiteur cédé. Ces retenues constituent un fonds de garantie. C'est un gage en espèces, qui échappe à l'interdiction du pacte commissaire (art. 2078 c.civ.Fr). Il restituera à la fin du contrat d'affacturage le solde de ce fonds de garantie, après avoir déduit les pertes dues aux créances non recouvrée.

Dominique Legeais, Affacturage, édition du Juris-classeur, 2002, Facicul 361.

وقد يتّخذ هذا العقد، صورة الوفاء، أو الضمان لدائن البائع، في حال قيام هذا الأخير بشراء المنتجات من تاجر في دولة مختلفة، بغية إعادة بيعها إلى المدين في ذات دولة التاجر؛ فيقوم الممولّ مشتري الحقوق التجارية، بالوفاء للتاجر دائن البائع بقيمة هذه الحقوق، أو يُقدّمها لمؤسسة فاكتورنغ لاستصدار خطاب ضمان له^(٣٠).

(٣٠) أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري: المرجع السابق، ص ٢٩.

الفصل الثالث

خصائص عقد الفاكْتورنْغ

لقد سبق وأنْ أشرنا، عند محاولتنا تحديد مفهوم عقد الفاكْتورنْغ، إلى أنْ هذا العقد هو عقدٌ ائتمانيٌّ في أساسه، مُركَّبٌ في تكوينه، مُتميِّزٌ في عناصره، ذو طبيعةٍ تجاريةٍ دوليةٍ في أصله؛ فماذا نقصد يا ترى بهذه الخصائص التي تُميِّز عقد الفاكْتورنْغ، وتجعل منه عقدًا منفردًا ومتميِّزًا عن باقي العقود، ذلك ما سنحاول ونجتهد في بيانه من خلال التقسيم الآتي:

المبحث الأول: عقد الفاكْتورنْغ هو عقدٌ ائتمانيٌّ.

المبحث الثاني: عقد الفاكْتورنْغ هو عقدٌ مُركَّب.

المبحث الثالث: عقد الفاكْتورنْغ هو عقدٌ متميِّزٌ في أطرافه.

المبحث الرابع: عقد الفاكْتورنْغ هو عقدٌ تجاريٌّ ذو طبيعةٍ دوليةٍ في أساسه.

المبحث الأول

عقد الفاكْتورنْغ هو عقدٌ ائتمانيٌّ^(٣١)

رأينا عند دراستنا للتطوُّر التاريخيِّ لعقد الفاكْتورنْغ^(٣١) أنه وحتى القرن السابع عشر، كان الوكلاء يقومون ببيع البضائع، وتحصيل ثمنها، لحساب المُصدِّرين مقابل عمولة؛ وأنْ عقد الفاكْتورنْغ، لم يأخذ شكله الحالي المُميِّز والمتفرد، إلَّا بعد إدخال عنصر الائتمان، الشيء الغائب في عقد الوكالة الكلاسيكية. فأصبح الوكيل أو المشتري، مُموَّلًا للبائع بالوفاء بقيمة الفاكْتورنْغ قبل أجل الاستحقاق، وضامن لقيام المشتري بالوفاء، حتى قبل إتمام صفقات الشراء.

يرتكز عقد الفاكْتورنْغ مثل أيِّ عقد ائتمانيٍّ آخر، على ركيزتين رئيسيتين هما: المنح والاسترداد؛ ويتم منح الائتمان، باتِّفاق بين الدائن الأصليِّ ومؤسسة الفاكْتورنْغ، حيث تقوم هذه الأخيرة بتعجيل قيمة حقوق الدائن الأصليِّ على مدينه، مقابل نقل ملكية هذه الحقوق لها، مع التزامها بضمان عدم الرجوع عليه في حالة تخلُّف المدينين على الوفاء^(٣٢).

يقوم إذاً عنصر المنح على ركيزتين أساسيتين، وهما كما جاء ذكرهما أعلاه في:

(٣١) - ارجع لمقدمة بحثنا.

(٣٢) - هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق، ص ٨.

١- التعجيل بقيمة حقوق الدائن الأصلي على مدينه، و ٢- في الالتزام بعدم الرجوع على الدائن الأصلي في حالة عدم وفاء المدين.

أما العنصر الثاني الذي يتمثل في عنصر الاسترداد، فهو على عكس عنصر المنح، لا يقوم بين مؤسسة الفاكترينغ والبايع، وإنما بين مدين هذا الأخير، ومؤسسة الشراء؛ وهذه ميزة أخرى، ينفرد بها عقد الفاكترينغ عن باقي عقود الائتمان الأخرى، فرغم أن العقد واحد، إلا أن أطرافه تختلف بين عنصري المنح والاسترداد.

هذا التغيير في نوع الاسترداد، من استرداد يتم من البائع متلقي الائتمان - كما هو مفترض في كامل عقود الائتمان - إلى استرداد يتم من مدين البائع متلقي الائتمان، يحمل في طياته جوانب من الخطورة على العملية الائتمانية.

أهم جوانب الخطورة التي يمكن أن تُصادف المشتري، هي الدفع التي يمكن للمشتري، أو مدين البائع، أن يدفع بها في مواجهة مؤسسة الفاكترينغ^(٣٣)، والتي تتعلق أساساً بالحق المنقول، بالإضافة إلى إمكانية تعرض المدين إلى حالة توقف عن الدفع أو حالة إفلاس. هذه الحالة تجعل مؤسسة الفاكترينغ في مواجهة مزاحمة باقي الدائنين الآخرين؛ وتتفاقم جسامته وخطورة هذه المزاحمة، بالخصوص في حالة إذا وجد المشتري نفسه في مواجهة دائنين ممتازين، أو دائنين غير عاديين.

لهذا فإن مؤسسة الفاكترينغ، تلجأ عادة لحماية نفسها من خطر عدم الوفاء، إلى عقد تأمين-الائتمان (Assurances-Credits)^(٣٤). وظهرت هذه التقنية لأول مرة سنة ١٨٣٠ بإنجلترا، ثم تطورت تدريجياً في العالم، وهي مازالت تأميناً محدوداً يقوم به عدد ضئيل من الشركات المختصة بذلك^(٣٥).

(٣٣)

Raynaud (Pierre), Les Contrats Ayant Objet une Obligation, Cours, D.E.A., Paris II, 1978,1989 ,Les Cours de Droit, p90

(٣٤)

Piere jude, Technique et Pratique du Factoring, op.cit, p.48.

(٣٥) محمود بشير: المرجع السابق , ص ٢٥.

فَعَقْدُ تَأْمِينِ الْإِئْتِمَانِ هُوَ: "نِظَامُ تَأْمِينٍ يَسْمَحُ بِتَغْطِيَةِ الدَّيُونِ مِنْ خَطَرِ عَدَمِ الْوَفَاءِ، نَاتِجٍ عَنْ أَشْخَاصٍ مَعْرُوفِينَ مُسَبِّقًا وَهُمْ فِي حَالَةِ إِعْسَارٍ عَنِ الدَّفْعِ، وَذَلِكَ مُقَابِلَ عَمُولَةٍ"^(٣٦).

لَا تَعْتَمِدُ مَوْسَّسَةُ الْفَاكْتُورِنِجِ عَلَى عَقُودِ التَّأْمِينِ الْكَلَّاسِيكِيَّةِ، كَالْتَأْمِينَاتِ الشَّخْصِيَّةِ وَالْعَيْنِيَّةِ الْمَعْرُوفَةِ فِي أَحْكَامِ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ، لِضَمَانِ الْإِئْتِمَانِ الَّذِي مَنْحَتْهُ لِلدَّائِنِ الْأَصْلِيِّ؛ وَإِنَّمَا تَتَكَفَّلُ بِنَفْسِهَا بِهَذِهِ الْعَمَلِيَّةِ، وَهَذَا بِالضَمَانِ الْأَسَاسِيِّ الَّذِي يُشَكِّلُ جَوْهَرَ عَمَلِيَّةِ الْفَاكْتُورِنِجِ، الَّذِي يَتِمَثَّلُ فِي انْتِقَالِ مِلْكِيَّةِ الْحَقُوقِ التَّجَارِيَّةِ لَهَا.

وَيُشَكِّلُ انْتِقَالَ مِلْكِيَّةِ الْحَقُوقِ التَّجَارِيَّةِ لِلْمُشْتَرِي، ضَمَانًا أَسَاسِيًّا تَفُوقُ قُوَّتَهُ أَيَّ امْتِيَازٍ، أَوْ رَهْنٍ، قَدْ يَقَعُ عَلَى الْحَقِّ؛ فَبَدَلِ أَنْ يُنْفِذَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْحَقِّ الَّذِي مَنْحَ الْإِئْتِمَانِ بِسَبَبِهِ لِلدَّائِنِ الْأَصْلِيِّ، فَهُوَ يَحْزُزُ فَعْلًا هَذَا الْحَقَّ، وَبِإِمَّاكَانِهِ مُتَابَعَةِ الْمَدِينِينَ بِهِ، وَفَقَّ عِلَاقَةَ الدَّائِنِ بِالْمَدِينِ، وَلَيْسَ مَدِينِ الْمَدِينِ.

«^(٣٦) C'est un système d'assurance qui contre rémunération permet à des créances d'être couverte contre le non paiement dès lors qu'elles sont dues par des personnes préalablement identifiées et en état de défaillance de paiement J.Bostin, la défaillance de paiement et sa protection, l'assurance crédit, L.G.DJ éd, 1993, P68

المبحث الثاني

عقد الفاكْتورنْغ هو عقد مُركَّب

بالعودة إلى تكوين هذا العقد، نستخلص أنه مزيج دقيق ومتكامل من العقود الكلاسيكية التي اندمجت في بعضها البعض مُشكِّلة لنا هذا العقد المُنفرد، الذي هو في الأساس مُركَّب هذه العقود التقليدية. فيعتبر عقد الفاكْتورنْغ، من العقود المُركَّبة التي تتضمن بعض القواعد القانونية التقليدية، مثل: قواعد البيع، والوكالة، والقرض، والأوراق التجارية، والكفالة، وغيرها^(٣٧).

قبل ظهور عقد الفاكْتورنْغ، سادت مشكلة تحصيل الحقوق التجارية من التُجار المدينين بها، الذين كانوا يتخلَّفون عن الوفاء في أجلٍ المستحقاق؛ وحتى في حالة وفائهم بالديون في آجالها، فإنَّ هذا الوفاء لا يمنع من بقاء جزء كبير من السيولة النقدية للدائنين عالقة، إلى غاية حلول أجل الوفاء، بالإضافة إلى ذلك، فإنَّ عملية تحصيل الديون تستلزم إمكانيات مادية وبشرية، تفتقر إليها غالبية المؤسسات الاقتصادية الصغيرة، والمتوسطة. لتجاوز كلِّ هذه المشاكل، كان البائع يلجأ عادةً إلى القوالب العقدية التقليدية، وأهمها:

المطلب الأول

عقد الوكالة

حاول بعض الفقهاء الفرنسيين تحديد الطبيعة القانونية لعقد شراء الديون التجارية، فمن خلال حق مشتري الديون الرجوع على المدين لتحصيل قيمة الدين موضوع العقد، يحق لمؤسسة شراء الديون التجارية بالرجوع مباشرةً على المدين بقيمة الدين المترتب بذمته لمصلحة الدائن. واعتبر أنَّ عقد شراء الديون التجارية يُشكِّل في حقيقته عقد وكالة، يكون الدائن هو الموكل، وتكون المؤسسة هي الوكيل لتحصيل الديون موضوع العقد.

إلاَّ أنه لا يمكن اعتبار أنَّه عقد شراء الديون التجارية عقد وكالة بالاستناد إلى حق مشتري الدين الرجوع على المدين بائع الدين؛ لأنَّ الدين يُطالب المدين بالوفاء باسمه ولحسابه، وليس بالوكالة عن الدائن^(٣٨).

^(٣٧) نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص ١٥٦.

^(٣٨) Cass. Com., 21 nov. 1972, Dalloz et Sirey, 1974, no. 213. Note Rodière.

كما لا يُمكن اعتبار عقد شراء الديون التجاريّة عقد وكالة؛ لأنّ المدين يأخذ على عاتقه القيام بالإجراءات اللازمة لاستيفاء الديون موضوع العقد، مع ضمان عدم الرجوع على الدائن في حال عدم تسديد المدين قيمة الدين، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

وهذا يعتبر التزاماً رئيسياً على الدائن عند امتناع المدين عن تسديد قيمة تلك الديون^(٣٩)، أمّا الوكيل فلا يضمن تسديد المدين الدين المترتبة عليه، كما لا يضمن النتيجة الجديدة عند تنفيذ الوكالة^(٤٠).

المطلب الثاني

عقد القرض

يستطيع البائع، أن يلجأ إلى البنوك، أو المؤسسات الماليّة، لاقتراض الأموال اللازمة للمشروعة للاقتصاد؛ ويعتبر عقد القرض المصرفي من أكثر أنواع القروض تداولاً، وهو من أقدم وأبسط صور الاعتماد المصرفي. وقد يكون هذا القرض مضموناً بتأمينات عينية، أو شخصيّة، كما قد يكون غير مضمون بأيّ تأمينات يمنحه المصرف للعميل حسب مراعاة أمانته ويساره^(٤١).

لكن هذا الاقتراض لا يحل جميع أبعاد المشكلة، التي قلنا أنّها تتمثّل في التمويل، والتحصيل، والضمان، والتنظيم؛ فعقد القرض، يمكن أن يحل مشكلة تحصيل الحقوق التجاريّة في أحد أبعادها، وهو التمويل، لكن تبقى باقي الأبعاد أعباء في مواجهة البائع، فيبقى على الدائن تحصيل الحقوق بنفسه، وما يتبع ذلك من أعباء ماليّة، وتقنيّة، وبشريّة، وحتى قانونيّة إجرائيّة.

كما أن الدين يبقى بدون أيّ ضمان، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنّ منح القرض يتطلّب إجراءات إداريّة، وقانونيّة تمتد لأشهر عديدة؛ فهنا تنعدم الأهمية في الحصول على قروض لتمويل

Ferronniere et De chillaz: Opération Bancaire , éd. VI, 1980, Paty, Dalloz, Paris, ^(٣٩)

P.604,no.687.

Ripert et Roblot: Droit Commercial, II, Paris , 1981, no.2435.

CH. Gavalda et J.Stoufflet: Le Contrat dit de Factoring J. C. P., G., 1966-I-5.

Cabri// ac et Rives -Lang: Crédit et Document crédit, R. T. D. Com.,1968,,no. 10.

Christian Gavalda: Affacturage , Eney clopédit Dalloz com., 1996 -I-, A- B, P.3-4, ^(٤٠)

no.16-24.

^(٤١) - كمال طه، و علي البارودي: القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، عام ٢٠٠١، ص

المشاريع، إذا كان أجل الحصول على هذه القروض يفوق الأجل المفترض لحلول أجل استحقاق الديون، أو الحقوق نفسها، التي لا تتجاوز في الغالب مدة ثلاثة أشهر. وفي الأخير، تكون القروض غالباً محدّدة الهدف، فلا تقبل البنوك اقراض العملاء إلّا لتمويل المشروعات الاستثمارية، في الوقت الذي يحتاج فيه العميل هذه القروض للوفاء بالتزاماته تجاه الغير^(٤٢).

المطلب الثالث

عقد خصم الأوراق التجارية

حاول بعض الفقهاء تشبيه عقد شراء الديون التجارية بعملية خصم الأوراق التجارية؛ لأنّه يقوم على نقل ملكية تلك الأوراق من المصرف، وتوفيرها قبل تاريخ استحقاقها، ودفع قيمتها للدائن الأساسي مقابل اقتطاع جزء من قيمتها عمولة عن عملية الخصم^(٤٣).

ويعود ذلك إلى مدى التشابه القوي بين عقد شراء الديون التجارية وعملية خصم الأوراق التجارية، التي تُعتبر عملية شراء الدين لأجل بيعه^(٤٤)، وأنّ الخصوم هو تعجيل حقوق الدائنين على مدينه الثابتة في الأوراق التجارية قبل استحقاقها^(٤٥)، فتؤمّن للدائن الأصلي إمكانية استيفاء قيمة ديونه قبل موعد استحقاقها^(٤٦).

إلّا أنّ خصم الأوراق التجارية لا يردّ إلّا على الأوراق التجارية فقط دون الديون الثابتة في فواتير خطيّة، حتى ولو كانت تلك الديون تجارية، لكنها غير ثابتة في أوراق تجارية؛ مثل سند السحب أو سند لأمر.

أمّا موضوع عقد شراء الديون التجارية؛ فيمكن أن يكون على كافّة الديون التجارية الثابتة في مستندات خطيّة لكل الفواتير وغيرها، دون حصرها بالأوراق التجارية^(٤٧).

(٤٢) - هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق ص ٢.

(٤٣) J.P. Deschanel: Délais de Paiement, Crédit Inter-Entreprises et Relais par les établissements de crédit, de l'escompte à l'affacturage, Petites affiches, 22 juillet 1996, p.3.

(٤٤) Christian Gavalda: Affacturage, Encyclopédit Dalloz -com., 1996-I-, A-B, p.2, no.1.

(٤٥) V. A. N. Cox et J. A. Mac Kenzie: International Factoring, Euromoney Publications, 1986, p13-44.

(٤٦) مروان كركبي: عقد الفاكترينغ، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٢، ج ٢، ص ٣٧٢.

(٤٧) هشام فضلي: عقد شراء الديون التجارية، المرجع السابق، ص ٨؛ هاني دويدار: المرجع السابق، ص ٣١٨.

كذلك لا يمكن اعتبار أن عقد شراء الديون التجارية هو عقد خصم الأوراق التجارية؛ لأنّ الدائن في عقد الخصم يبقى ضامناً للوفاء بقيمة الورقة التجارية في حالة عدم تسديد المدين بقيمتها بتاريخ الاستحقاق.

أمّا في عقد شراء الديون التجارية، فلا يحق لمشتري الديون الرجوع على الدائنين عند عدم استيفاء الديون من المدين، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

المطلب الرابع عقد التأمين على الحقوق

إذا لجأ البائع إلى توكيل الغير في تحصيل الحق، مواجهاً بذلك المشكلة في شقّها المتعلّق بالعبء الإداري والمالي للقيام بنشاط التحصيل والافتراض من البنوك، مواجهاً بذلك المشكلة في شقّها المتعلّق بعدم حلول أجل استحقاق الفواتير، فلا يمكنه أن يبرم مستقلاً للتأمين على حقوقه لدى مدينه، إذ أصبح هذا النشاط التأميني مندثراً، خاصةً بالنسبة للمديونيات قصيرة الأجل.

ويمكن أن يقوم نشاط التأمين على الحقوق مرتبطاً بعقد آخر، كما في عقد الوكالة بالعمولة بالبيع، أو النقل، حيث يلتزم الوكيل بضمان قيام المدين بالوفاء بالثمن، في أجل الاستحقاق وإزاء فشل القوالب العقدية التقليدية في علاج المشكلة، كانت حاجة المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة الحجم، إلى عملية قانونية تواجه بها المظاهر المختلفة لمشكلة تحصيل الحقوق التجارية، وهو ما استطاع أن ينجزه بنجاح كبير عقد الفاكترنغ^(٤٨).

فيتبين لنا بجلاء ووضوح أنّ السبب المباشر في ظهور عقد الفاكترنغ، هو فشل العقود الكلاسيكية والتقليدية التي استعرضناها، في استيعاب مشكلة تحصيل الأوراق التجارية، بجميع جوانبها، وأبعادها.

ويمكن القول أنّ عقد الفاكترنغ هو مركّب هذه العقود مجتمعة، فهو عقد قرض، وعقد خصم، وعقد ائتمان، وعقد وكالة، وهو الوحيد دون غيره من العقود، الذي يمكنه استغراق جميع عوامل وجوانب وأبعاد مشكلة تحصيل الحقوق التجارية، وهنا تكمن مدى أهميته.

(٤٨)

المبحث الثالث

عقد الفاكْتورنْغ هو عقد متميز في أطرافه

إذا كان منح الائتمان في عقد الفاكْتورنْغ، يأخذ شكل تعجيل قيمة فواتير البائع على مدينه، فإنَّ استرداده لا يتم من البائع مُتلقّي الائتمان، كما هو حاصل عادةً في العقود الائتمانية، بل من مدينه. فالْبائع يلتزم بمقتضى عقد الفاكْتورنْغ Affacturage، بنقل حقوقه على مدينه لمؤسسة الائتمان، حتى يستطيع استرداد الائتمان الممنوح له، الأمر الذي يُفضي إلى نشوء عملية قانونية ثلاثية الأشخاص^(٤٩). لكي تتحقّق عملية الفاكْتورنْغ، لا بدّ من وجود ثلاثة أطراف، وهم الدائن الأصلي الذي يتحوّل إلى عميل، والمشتري الذي يحل محل الدائن الأصلي، والمدين الذي يتحوّل من مدين البائع إلى مدين للمشتري^(٥٠).

لكن هذا لا يعني أننا أمام علاقة قانونية تتكوّن من ثلاثة أطراف، تنشأ عن عقد واحد ثلاثي الأطراف، يربط بين المشتري، والبائع، والمدين؛ بل أنّ هذا الإطار القانوني الذي يشمل هذه العلاقة الثلاثية، تتشكّل من اندماج غير مباشر لعقدين مُنفصلين.

العقد الأوّل هو عقد البيع، أو عقد التوريد، الذي يربط بين الدائن والمدين، والعقد الثاني هو عقد الفاكْتورنْغ، الذي يربط بين المشتري وبين البائع، هذا الأخير الذي يُعتبر في نفس الوقت طرفاً في العقد الأوّل، بينما يُعتبر المشتري أجنبياً عن العقد الأوّل، ويُعتبر المدين أجنبياً عن العقد الثاني غير أنّه وبموجب الاتّفاق الإطار^(٥١)، المُبرم بين البائع والمشتري، تتحقّق العلاقة الثلاثية الأطراف؛ لأنّه بموجب هذا الاتّفاق، يحق للمشتري الرجوع مباشرة على المدين لاستقاء قيمة الديون الثابتة في الفواتير، رغم أنّ المدين أجنبيّ عن العقد الائتمانيّ الرابط بين المشتري والبائع^(٥٢).

(٤٩)

VIVIER (Jean loup); l'affacturage: un contrat commercial d'avenir, la vie judiciaire
mars 1985, p9et 10

هشام فضلي: عقد شراء الحقوق التجارية، المرجع السابق ص ١٨٥.
(٥٠)

Gavalda (CH), Op, Cit, n. 61

(٥١)

Convention-Cadre

(٥٢)

Jacques Ghestin, La Destination Entre Les Partis et Les Tiers Du Contrat

وأشخاص العملية القانونية ثلاثية الأشخاص في عقد الفاكْتورنغ، يكونوا في مراكز قانونية خاصة ومتباينة^(٥٣)، ولكل طرف حقوق وواجبات، تختلف عن حقوق وواجبات الأطراف الأخرى. وهذا على عكس عقود مشابهة أخرى، تتميز بتعدد الأطراف بدورها، غير أن ما يُميزها عن عقد الفاكْتورنغ، أن الاتفاق فيها يضع جميع الأطراف في مراكز قانونية متماثلة ومُتحدّة، كما في عقد الشركة؛ أو يضع على الأقل، اثنين منها في نفس المركز القانوني في مواجهة الثالث، كما في عقد بيع مال مملوك على الشيوع لاثنتين.

ففي عقد الفاكْتورنغ مثلاً، يوجد اتفاق واحد هو الاتفاق المُبرم بين المشتري والبائع، القاضي بمنح الائتمان للأخير مقابل انتقال الحق للأول؛ ولأن المشتري أصبح هو الدائن الجديد للحق، فإن هذا الوصف الأخير يلقي على عاتق المدين التزاما لمصلحة مؤسسة الفاكْتورنغ أو المشتري، برد قيمة الائتمان (قيمة الحقوق)^(٥٤).

وما يُميز انتقال الحق على الوجه المذكور أعلاه، هو تشكّل علاقة قانونية جديدة، تكون مؤسسة الفاكْتورنغ بمقتضاها دائنة للمدين بقيمة الحق، دون أن تكون ملتزمة بأي التزام في مواجهته؛ ذلك أن المشتري ليس طرفاً في العلاقة الأصلية التي تربط في الأساس البائع أو الدائن الأصلي بالمدين، وبالتالي فإننا لا نكون أمام عملية استبدال التزام قديم موجود في العلاقة الأساسية، بالتزام جديد كما في حالة التجديد^(٥٥).

لذلك، فإن الدفع الوحيدة التي يمكن للمدين التمسك بها، هي الدفع المُتعلّقة بالحق المُنتقل، بينما لا يمكنه الدفع بالتزامات التي كانت على عاتق الدائن الأصلي في العلاقة الأولى، والذي تحوّل إلى مُجرّد عميل لمؤسسة الفاكْتورنغ في العلاقة الثانية، باعتبار أن هذه الالتزامات لم تنتقل من الدائن

, J.C.P., Doctrine,

(٥٣)

Larroumet (Christian), les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeaux 1976 p 156

(٥٤)

Larroumet (ch.), op. cit., pl3.

(٥٥)

Legeais (Dominique), les garanties conventionnelles sur créances, Economica, 1986, p 155 et S,

الأصلي - البائع إلى المشتري، و إنما كل ما انتقل هو الحق بجميع دفعه وتوابعه، وهذه هي خصوصية عقد الفاكورنغ في إحدى مظاهرها.

المبحث الرابع

الطبيعة التجارية الدولية لعقد الفاكورنغ

رأينا عند دراستنا لأصل نشأة عقد الفاكورنغ، كيف أن هذا الأخير كان نتاج رغبة الوكلاء في الولايات المتحدة الأمريكية، في خلق خدمات جديدة لتقديمها للمنتجين البريطانيين، وعدم الاكتفاء بمجرد الدور التمثيلي النيابي؛ وهذا بغية تشجيع هؤلاء المنتجين الأجانب، وإقناعهم بأهمية مضمون خدماتهم، خاصة أمام صعوبة حصولهم على الاعتمادات المصرفية. فالعنصر الأجنبي، من العناصر الرئيسة التي شكلت مضمون العقد في بداية نشأته؛ غير أن انتشار وتطور هذه العملية، شجع في مرحلة لاحقة المنتجين الوطنيين على التفكير في الاستفادة منها، وهذا بالاكتفاء بالإنتاج فقط، وتوكيل باقي مراحل العملية الاقتصادية لمؤسسات الفاكورنغ، وهو الأمر الذي جعل هذا العقد، إما أن يأخذ شكل العقد الداخلي، أو يكون داخلياً عندما يكون الممول^(٥٦)، والمشتري مستقرين في بلد واحد.

يتعين أن نشير في هذا المجال، إلى أن القضاء الحديث لم يعد يكتف بخصوص عقود التجارة الدولية، بتوافر المعيار القانوني التقليدي الذي يكشف عن دولية الروابط العقدية، وتوافر عنصر أجنبي أو أكثر، وإنما يتطلب بشأن هذه العقود أيضاً، أن تتعلق بالمصالح الدولية، وأن يتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني، لما تؤدي إليه من انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود^(٥٧).

من هنا لا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد أجنبياً، حتى نقول أنه يمكن إضفاء الصبغة الدولية عليه، بل يتعين أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية^(٥٨).

وهذا المعيار، يختلف باختلاف طبيعة العقود نفسها، ففي عقد شراء الديون التجارية محل دراستنا، تتحقق هذه المزية بالنظر إلى طبيعة الديون أو الحقوق محل المعاملة، والأشخاص المدنيين بها، فإذا كنا أمام انتقال الأموال، أو الخدمات عبر الحدود، كنا أمام عقد دولي.

(٥٦)

Fournisseur.

(٥٧) هشام علي صادق: عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، عام ١٩٩٥، ص ١٠.

(٥٨) وهو المعيار الاقتصادي الذي دعم المعيار التقليدي أو ما يعرف بالمعيار القانوني.

والطبيعة الدولية للعقد ملازمة لطبيعته التجارية، وذلك من خلال اقتصره على الديون الناشئة عن طريق عقود بيع البضائع، مبرمة بين العميل وزبائنه (المدينين)، مع استثناء الديون الناشئة عن المعاملات ذات الطابع الشخصي أو العائلي للعميل.

كما أن التطور المستمر لعقد الفاكورنغ، سحب عملية شراء وتحصيل الحقوق التجارية من الوكلاء العاديين، وجعلها بيد مؤسسات متخصصة، وهي ليست سوى بنوك، أو مؤسسات مالية، مما يجعل هذا العقد لا يخرج عن نطاق العمليات المصرفية.

وإذا كانت الطبيعة التجارية لعقد الفاكورنغ، تفيد باختصاص المحاكم التجارية دون غيرها، بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد، أو بتنفيذ أحكامه، فإن الطبيعة الدولية للعقد، تُثيرُ مشكلة تنازع القوانين، أو تحديد القانون الواجب التطبيق.

الأصل في عقود التجارة الدولية، هو خضوعها لقانون الإرادة، أي للقانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين، وقد استقرّ فقه القانون الدولي الخاص الغالب، على أن تطبيق قانون الإرادة على هذا النحو، يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد، أما شكل العقد، فيخضع إما إلى قانون العقد على هذا النحو (قانون الإرادة)، أو قانون بلد الإبرام، وهي قاعدة اختيارية تهدف إلى التيسير على المتعاقدين^(٥٩).

غير أننا إذا عدنا إلى العقد محل دراستنا، لوجدنا أن عقد شراء الديون التجارية Factoring عادةً ما يُبرم بين المشتري وهو المؤسسة، والدائن المورد وهو العميل، ليواجه سلسلة من عمليات التحصيل، ولذلك يُسمّى «الاتفاق الإطار» cadre – convention، فهو معد لتنظيم عمليات مُتعددة تدخل في نطاقه^(٦٠).

إن العملية تنطوي على أمرين، ائتمان من ناحية، وانتقال الحق من التاجر الدائن إلى المؤسسة من ناحية أخرى، مما يجعل عملية تحصيل الديون، تستلزم توافر ثلاثة أشخاص: المؤسسة المُحصِّل، والعميل الدائن (البائع المُصدِّر)، والمشتري الذي يتم منه التحصيل من قبل المُحصِّل؛ ومن هنا يطرح التساؤل، حول القانون الواجب التطبيق على هذه العملية؟.

للإجابة على هذا التساؤل، يجب التمييز بين الفروض الآتية:

(٥٩) هشام علي صادق: المرجع السابق، ص ١٦.

(٦٠) عكاشة محمد عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة، بيروت، لبنان، عام ١٩٩٣، ص ٣١٩.

أولاً: بالنسبة للعلاقات بين المشتري (المؤسسة) والدائن (التاجر البائع أو المورد)، فيحكمها قانون البلد الذي توجد به المؤسسة التي تقوم بالتحصيل، أي قانون البنك، ما لم يكن هناك اتفاق صريح بين أطراف العقد على تطبيق قانون آخر^(٦١).

ثانياً: بالنسبة إلى الحق الذي ينتقل من المدين (المستوردين المقيمين عادةً في الخارج) إلى المُحصِّل، فإن القانون الذي يحكمه هو القانون الخاص به، أي القانون الذي يحكم الرابطة القانونية مصدر هذا الحق^(٦٢).

ثالثاً: ونطبق نفس القانون، الذي يحكم الرابطة القانونية مصدر الحق، بالنسبة للحقوق التي تكون للمُحصِّل في مواجهة المدين (المستورد).

رابعاً: وفيما يتعلّق بشروط الاحتجاج بانتقال الحق ونفاذه في مواجهة المدين والغير، فيحكمه قانون موطن المدين، تغليباً لمصلحة الغير؛ وذلك نظراً لأنّ الحق يتركز بدرجة أو بأخرى في هذا المكان، كما أنّ نفاذ الحق في مواجهة الغير يستلزم إخضاعه لقانون، يكون من الميسور عليهم التعرف عليه والوقوف على حكمه^(٦٣).

غير أنّ اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود^(٦٤)، المادة ١٢/٢ منها، فإنّها تخضع شروط الاحتجاج بانتقال الحق ونفاذه في مواجهة المدين، لذات القانون الذي يحكم الحق الذي تم انتقاله على إثر حوالة الحق أو الحلول التّفاقي^(٦٥).

(٦١) محمود سمير الشرقاوي: العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، عام ١٩٩٢، ص ٥٥.

(٦٢) Stouffol, op. cit. N 93; et Sunay-Cyterman ; op.cit réf. 1992 N 43, p58.

(٦٣)

Batiffol (Henri), Traité élémentaire de droit international privé, 3eme édition, paris, 1959, p 60.

(٦٤)

Convention de Rome du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

(٦٥) حيث تنص المادة ٢/٢١ من اتفاقية روما، المؤرخ في ١٩ جوان ١٩٨٠، على مايلي:

إنَّ تعدُّد القوانين الواجبة التطبيق على هذه العملية، تجعل من فرص تطبيق أحكام اتفاقية أوتاوا عليها واسعة، فإذا عدنا إلى نص المادة الثانية من هذه الاتفاقية، نجدها تنص على أنَّ أحكام هذه الأخيرة تُطبَّق بالنسبة للديون المُتَّقلة بفضل عقد الفاكْتورنغ، ناشئة عن عقود بيع البضائع بين مورِّدين ومستوردين من دولتين مختلفتين، وأنَّ تكون هاتين الدولتين - بالإضافة إلى دولة المدين - أطرافاً في الاتفاقية، أو أنَّ يكون عقد الفاكْتورنغ وعقد بيع البضائع خاضعين لقانون دولة متعاقدة^(٦٦).

وبالتالي يمكن أن تُطبَّق أحكام هذه الاتفاقية، حتى ولو لم يكن أي من أطراف العقد رعايا لدولة متعاقدة، إذا كان قانون إحدى الدول المتعاقدة واجب التطبيق طبقاً لقواعد القانون، كما أنَّ تطبيق أحكام هذه الاتفاقية يمكن استبعاده طبقاً لنص المادة (٣) من الاتفاقية^(٦٧)، في الحالات الآتية:

- 1 - بموجب اتِّفاق بين أطراف عقد الفاكْتورنغ.
- عن طريق أطراف عقد بيع البضائع، الذين يستبعدون تطبيق أحكام الاتفاقية، إمَّا عند إبرام العقد، أو عن طريق الإخطار الكتابي الموجَّه إلى المحوَّل إليه.

“2- La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d’opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.”.

(٦٦) حيث تنص المادة ٢ من اتفاقية أوتاوا في فقرتها الأولى:

« La présente convention s’applique lorsque les créances cédées en vertu d’un contrat d’affacturage n’assent d’un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et débiteur qui leur établissent dans des états différents et que

- a- Ces états ainsi que l’état ou le cessionnaire a son établissement sont des états contractants, ou ;
- b- Que le contrat de vente de marchandises et le contrat d’affacturage sont régis par la loi d’un état contractant. »

(٦٧) وتنص المادة الثالثة من اتفاقية أوتاوا في فقرتها الأولى:

« L’application de la présente convention peut être exclue:

- a- par les parties au contrat d’affacturage ; ou
- b- par les parties au contrat de vente de marchandises à l’agent des créances née soit au moment soit après que la notification par écrit de cette exclusion a été faite au cessionnaire... ».

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة القانونية لعقد الفاكْتورنغ؛ نذكر أننا حاولنا جاهدين التطرُّق لمُختلفِ جوانبِ وآلياتِ هذا العقد، من خلالِ دراسةِ أحكامه العامة، وأساسه، وشروطه القانونية، وتحديد آثاره وخصائصه ومميزاته، ومقارنته مع غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له.

وتبيّن لنا من خلالِ ما تقدّم أنّ هناك ثمةً مناهج في تكييف وتحديد الأساس القانوني لعقد الفاكْتورنغ، فقد أخذ النظام الأنجلوساكسوني كما رأينا بحوالة الحق كأساس قانوني لنظام الفاكْتورنغ، وهو نفس المنهج الذي تبنته اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية. بينما تبنّى النظام اللاتيني الحلول التّفاقِيّ، واستحدث لاحقاً حوالة دايلي كأساس قانوني للعقد محل دراستنا.

بعد هذه الدارسة القانونيّة لعقد شراء الديون التجاريّة، والتي اعتمدت تارةً على أسلوب التحليل وتارةً أخرى على أسلوب المقارنة، يمكننا أن نخلص إلى الحقائق القانونيّة الآتية، والتي تُشكّل نتائج بحثنا هذا فيما يلي:

أولاً: النتائج

١- يتبيّن أن عقد شراء الديون التجاريّة هو ذو طبيعةٍ حديثة، فهو نتاج التطوّر الفكريّ القانونيّ الذي أدّى إلى بروز قوالب عقديّة تتسجم مع التطوّرات الحاصلة في المجال الاقتصاديّ، وأنّ هذا التنازم بين تطوّر الفكر الاقتصاديّ والفكر القانونيّ أدّى إلى بروز عقد شراء الديون التجاريّة (الفاكتورنغ).

كما يتبيّن أنّ فكرت عقد شراء الديون التجاريّة تقوم على آلية تقديم التمويل بطريقةٍ سهلةٍ وميسّرةٍ للتجار الذين يبيعون بضائعهم بالآجل، فتقوم شركة ماليّة متخصصة بشراء الديون التجاريّة، وتقديم قيمتها فوراً للتجار بعد الخصم، وتتابع تحصيل الدين لحسابها دون أن يكون لها حق الرجوع على التاجر عند تعذّر التحصيل.

٢- يتبيّن أيضاً أنّ عقد شراء الديون التجاريّة هو مزيج مركّب بين عدّة عقود، منها: عقد الكفالة، وعقد البيع، وعقد اليزنغ، إلّا أنّ عقد شراء الديون التجاريّة له خصوصيته وسماته التي يميّز بها عن غيره من العقود.

٣- يُعدّ عقد شراء الديون التجاريّة من عقود المعاوضه الملزمة للجانبين، يكون فيها كل من المتعاقدين دائن للآخر ومديناً له، فتتجلّى آثار العقد بحقوق والتزامات تقع على عاتق التاجر (العميل)، تقابل له حقوق والتزامات تقع على شركة الفاكترنغ (المشتري).

٤- يقع على مؤسسة شراء الديون التجاريّة الالتزام بضمان تحصيل الديون فهي تتحمّل نتيجة شرائها لديون عميلها.

وبالتالي، تلتزم المؤسسة بعدم الرجوع عليه في حال تعذّر تحصيل الديون، سواء أكان ذلك بسبب إفلاس أو إفسار المدين، أو بسبب القوّة القاهرة التي تحول دون قيام المدين بتنفيذ التزامه، ما لم توجد شروط عقديّة تقضي بخلاف ذلك.

٥- لا تقتصر وظيفة عقد شراء الديون التجارية على نقل ملكية ديون العميل تجاه مدينه، وإنما يتجاوزها إلى التزام مؤسسة شراء الديون التجارية بتقديم الخدمات الملحقة بالعملية الائتمانية سعياً لتحقيق الغاية من العقد في تنمية نشاط المؤسسات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة.

لذا تلتزم المؤسسة بتحصيل السندات والفواتير التجارية غير المقبولة من مديني العميل وقت استحقاقها، كما تلتزم بتقديم الاستشارات القانونية والإدارية اللازمة لنجاح عمليات العميل التجارية.

٦- يمكن للمدين التمسك بعدم الوفاء لمؤسسة شراء الديون التجارية عند رجوعها عليه في وقت الاستحقاق، حتى لو كان يعلم بالحلول، متى كان هذا الرفض مستنداً إلى إخلال العميل بالتزاماته تجاه المدين، كما يستطيع المدين الرفض، وذلك في حال عدم إخطاره، أو إذا أخطر ولكن لم يكن كافي لوقوع علمه بالحلول.

٧- لمؤسسة شراء الديون التجارية مطلق الحرية في اختيار المتقدمين لها بطلب التعاقد، وإذا ما اختارت الموثوقين منهم، فلها الحق أيضاً في انتقاء الديون التي ترى امكانية تحصيلها، فهي تمارس حريتها مرتين: مرة عندما تختار العميل بعد أن تتحرى عنه، ومرة أخرى عندما تمارس حقها في اختيار ديون العميل الذي قبلت التعامل معه بالفعل، تعتبر مؤسسة شراء الديون التجارية الطرف القوي في العقد، حيث إنها تكون في موقع الشخص الذي يفرض شروطه على المتعاقد الآخر. والسبب في ذلك يعود إلى أن المؤسسة تفقد حقها في الرجوع على عميلها في حال تعذر التحصيل، فتحرص على أن تكون الصفقة خالية من النزاعات والخلافات.

٨- على الرغم من عدم وجود تنظيم قانوني لعقد شراء الديون التجارية، إلا أنه بالإمكان القول أن الأخذ به في النشاط المصرفي العراقي هو بالأمر الممكن حصوله؛ وذلك لأن أحكام هذا العقد ممكن أن تتم معالجتها ضمن القواعد العامة في القانون المدني العراقي، وقانون التجارة العراقي، إذ تزخر نصوصهما بالقواعد القانونية التي جمعا طبيعة هذا النظام.

ثانياً: التوصيات

1 - على المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري بإصدار قانون خاص بعقد شراء الديون التجارية، ونظراً للخصوصية الشديدة لهذا الأخير، فإنه لا يمكن الاعتماد بالقواعد العامة لحالة الحق أو الحلول الاتفاقي، لحل الإشكالات القانونية الناشئة بين أطرافه أو مع الغير.

2 - ندعو المشرع العراقي أن يُعدّل الفقرة الأولى من المادة (٣٨٠) من القانون المدني العراقي، وذلك على النحو الآتي: " للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، ويعلم المدين بهذا الحل، ويكون الاتفاق بورقة رسمية لا يجوز أن يتأخر تاريخها عن وقت الوفاء".

كما نوصي المشرع العراقي بمعالجة مسألة وجوب إعلام المدين بوجود الحل، وذلك من خلال إلزام الدائن (المستوفي) القيام بذلك.

3 - نظراً لمزايا عقد شراء الديون التجارية فإنّ العراق بأمس الحاجة إلى العمل على إنشاء مؤسسات مالية متخصصة بنشاط شراء الديون التجارية لدعم الاستثمار الوطني، وحماية المنشآت الصغيرة والمتوسطة التي تُشكّل العمود الفقري للاقتصاد الوطني.

لذلك نقترح على المشرع العراقي إيجاد آلية مناسبة لتفعيل نظام شراء الديون التجارية، وإنشاء المنشآت المتخصصة في شراء الديون التجارية في البنوك التي ترغب في شراء الديون التجارية، على أن يتم الترخيص لها للقيام بهذا النشاط، وذلك على أن يؤدي تطور هذه المنشآت مستقبلاً إلى إنشاء شركات مساهمة متخصصة في شراء الديون التجارية، تمتلك رأس مال يمكنها من القيام بهذا النشاط.

4 - نقترح على المشرع العراقي الانضمام إلى اتفاقية أوتاوا الدولية لسنة ١٩٨٨، التي وضعت الخطوط الأساسية للنظرية الخاصة بعقد شراء الديون التجارية، وذلك حتى وإن كانت هذه الاتفاقية غير ملزمة في الأخذ بها في حالة التعامل وشراء الديون التجارية، إذ إنّ المصادقة عليها يُعد من قبل المسيرة الواقعية للقانون التجاري الدولي، والرغبة في الاشتراك في الاتفاقيات الدولية، والمؤتمرات الهادفة إلى تحقيق التقدم القانوني والاقتصادي للبلدان المصادقة عليها.

نوصي المشرعين القانوني والعراقي بإعطاء الأفضلية للحاجز الذي ينال الأسبقية في القيام بالحجز، أي إعطاء الحاجز الأول أحقية في استيفاء الدين في حالة تزاممه مع حاجز ثاني، وهذا الحل يمنع المدين سيئ النية من تحقيق نواياه.

فهرس المحتويات

١	المقدمة.....
١٠	الفصل الأول.....
١٠	تعريف عقد شراء الديون التجارية.....
١٠	المبحث الأول.....
١٠	التعريف القانوني لعقد شراء الديون التجارية.....
١٤	المبحث الثاني.....
١٤	تعريف عقد الفاكورنغ في ضوء اتفاقية أوتاوا.....
١٥	المطلب الأول.....
١٥	الطبيعة العقدية الانتمانية للتصرف.....
١٧	المطلب الثاني.....
١٧	تحديد طبيعة التزامات أطراف العقد طبقاً لاتفاقية أوتاوا.....
٢٠	الفصل الثاني.....
٢٠	الأنواع المختلفة لعقد الفاكورنغ.....
٢١	المبحث الأول.....
٢١	تميز عقد الفاكورنغ من حيث طبيعة الوفاء.....
٢١	المطلب الأول.....
٢١	عقد الفاكورنغ المعجل الوفاء.....
٢٢	المطلب الثاني.....
٢٢	عقد الفاكورنغ لأجل.....
٢٣	المبحث الثاني.....
٢٣	تميز عقد الفاكورنغ من حيث الضمان.....
٢٣	المطلب الأول.....
٢٣	عقد ضمان عدم الرجوع.....
٢٥	المطلب الثاني.....
٢٥	عقد الرجوع على البائع.....
٢٥	المبحث الثالث.....
٢٥	تميز عقد الفاكورنغ من حيث الضمان.....
٢٦	المطلب الأول.....
٢٦	عقد الفاكورنغ الوطنيAFFECTURAGE-NATIONL.....
٢٦	المطلب الثاني.....
٢٦	عقد الفاكورنغ الدوليAFFECTURAGE- INTERNATIONAL.....
٢٧	المطلب الثالث.....
٢٧	عقد الفاكورنغ للتصديرAFFECTUARGE-EXPORT.....
٢٩	المطلب الرابع.....

٢٩	عقد الفاكـتورنـغ التـوريد (AFFACTURAGE - IMPORT)
٣١	 الفصل الثالث
٣١	 خصائص عقد الفاكـتورنـغ
٣١	 المبحث الأول
٣١	 عقد الفاكـتورنـغ هو عقد ائـتماني
٣٤	 المبحث الثاني
٣٤	 عقد الفاكـتورنـغ هو عقد مُركَّب
٣٤	المطلب الأول
٣٤	عقد الوكالة
٣٥	المطلب الثاني
٣٥	عقد القرض
٣٦	المطلب الثالث
٣٦	عقد خصم الأوراق التجارية
٣٧	المطلب الرابع
٣٧	عقد التأمين على الحقوق
٣٨	 المبحث الثالث
٣٨	 عقد الفاكـتورنـغ هو عقد متميز في أطرافه
٤٠	 المبحث الرابع
٤٠	 الطبيعة التجارية الدولية لعقد الفاكـتورنـغ
٤٤	 الخاتمة
٤٧	فهرس المحتويات