

آثار عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)

في التشريعين الأردني و العراقي

"دراسة مقارنة"

**The Effects of factoring contract (the contract of
buying the commercial debts) in the Jordanian and
Iraqi legislations**

"Comparative study"

إعداد الطالب

مصطفى تركي حومد الجوراني

401320055

إشراف الأستاذ الدكتور

جمال الدين عبد الله مكناس

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

آب 2015



{الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي
يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا
الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ
جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ
إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا
خَالِدُونَ }

صدق الله العظيم

سورة البقرة، الآية 275

تفويض

أنا الطالب مصطفى تركي حومد الجوراني أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ
من رسالتي المعنونة " آثار عقد الفاكثورينغ - عقد شراء الديون التجارية- في
التشريعين العراقي والأردني" للمكتبات أو الأشخاص أو المؤسسات أو الهيئات
المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية

الباحث: مصطفى تركي حومد الجوراني



التوقيع:

التاريخ: 15 / 8 / 2015

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها " آثار عقد الفاكторинг - عقد شراء الديون التجارية - في التشريع العراقي والأردني "

وأجيزت بتاريخ 2015 /8/15.

<u>أعضاء لجنة المناقشة</u>	<u>جهة العمل</u>	<u>التوقيع</u>
الأستاذ الدكتور جمال الدين مكناس/مشرفاً	جامعة الشرق الأوسط	
الأستاذ الدكتور وليد هويل عوجان/ رئيساً	جامعة الشرق الأوسط	
الدكتور قيس عنيزان الشرايري/عضو خارجي	جامعة أريد الأهلية	

شكر وتقدير

الحمدُ لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد، وعلى اله وصحبه أجمعين، فالشكر لله أولاً وأخيراً على نعمه وفضله العظيم الذي من علي بأن وفقني لإنجاز هذه الرسالة.

لايسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير والامتنان لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور جمال الدين مكناس لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، ولما قدمه لي من مساعدة مثمرة وتوجيه سديد لإنجازها.

كما أتوجه بالشكر الجزيل للقائمين على المكتبات في المملكة الأردنية الهاشمية لما قدموه لي من مساعدة للحصول على المصادر اللازمة لإتمام هذه الرسالة.

والشكر موصول إلى كل الأشخاص الذين ساهموا في إخراج الرسالة إلى حيز الوجود، وخاصةً الدكتور قحطان احمد فرهود المشهداني، وجميع زملائي في الجامعة.

وأتوجه بالشكر إلى كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط المتمثلة بعميدها والأساتذة الأفاضل.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى جميع العاملين في جامعة الشرق الأوسط لما بذلوه من جهدٍ كبير ومعاملة طيبةٍ وخلق رفيع.

الباحث: مصطفى تركي حومد الجوراني

الإهداء

إلى التي رأتني بقلبها قبل يديها.. وحضنتني أحشاءها قبل يديها.. أهدي
سلامي وحيي إليها...أمي الحبيبة.

إلى النبع النابض بالحب والعطاء... أطل الله في عمره... أبي الغالي.

إلى رياحين حياتي في الشدة والرخاء.. الذين أشد بهم أزرى...أخوتي
وأخواتي.

إلى الأرض التي احتضنت الأنبياء والأولياء والعلماء...إلى الأرض التي
لأجل العيش فيها دفعنا الدماء تلو الدماء...بلدي العراق.

إلى جميع أحبتي وأصدقائي... وكل من ساندني في الدراسة.

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع

الباحث

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
العنوان	أ
الآية القرآنية	
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
شكر وتقدير	د
الإهداء	هـ
قائمة المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ط
الملخص باللغة الإنجليزية	ي
الفصل الأول خلفية الدراسة وأهميتها	
مقدمة	1
مشكلة الدراسة	6
هدف الدراسة	6
أهمية الدراسة	7
اسئلة الدراسة	8
حدود الدراسة	9
محددات الدراسة	9
مصطلحات الدراسة	10
الإطار النظري	10
الدراسات السابقة	11
منهجية الدراسة	14

	الفصل الثاني ماهية عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)
15	المبحث الأول: التعريف بعقد الفاكторинг
16	المطلب الأول: نشأة عقد الفاكторинг
19	المطلب الثاني: سمات عقد الفاكторинг
24	المطلب الثالث: تعريف عقد الفاكторинг
28	المبحث الثاني: تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг
29	المطلب الأول: عقد الفاكторинг هو حوالة حق
32	المطلب الثاني: عقد الفاكторинг هو عقد وكالة
33	المطلب الثالث: عقد الفاكторинг هو عملية خصم الأوراق التجارية
35	المطلب الرابع: عقد الفاكторинг هو عملية تجديد الدين
38	المطلب الخامس: النظرية المرجحة لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг
43	المبحث الثاني: تمييز عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) عما يشته به من العقود
44	المطلب الأول: عقد الفاكторинг وعقد التمويل التأجيلي (الليزنج)
46	المطلب الثاني: عقد الفاكторинг وعقد البيع
48	المطلب الثالث: عقد الفاكторинг وعقد خصم الأوراق التجارية
	الفصل الثالث آثار عقد الفاكторинг بالنسبة للدائن (العميل)
52	المبحث الأول: التزامات الدائن (العميل)
53	المطلب الأول: الالتزام بنقل الحقوق مصحوبة بما يدعمها من مستندات
53	الفرع الأول: تحرير الفواتير لمصلحة مؤسسة الفاكторинг
58	الفرع الثاني: إرفاق عملية تحويل الحقوق بالمستندات الضرورية
61	المطلب الثاني: الالتزام بتقديم جميع الفواتير (مبدأ الجماعة)
65	المطلب الثالث: الالتزام بدفع عمولة مؤسسة الفاكторинг
69	المطلب الرابع: الالتزام بالإعلام عن مخاطر التحصيل

74	المطلب الخامس: الالتزام بإخطار المدين
79	المبحث الثاني: حقوق الدائن (العميل)
80	المطلب الأول: الحق في الحصول على قيمة الدين
86	المطلب الثاني: الحق في التخلص من مخاطر التحصيل
90	المطلب الثالث: الحق في طلب المعلومات
	الفصل الرابع
	آثار عقد الفاكторинг بالنسبة لمؤسسة الفاكторинг
95	المبحث الأول: آثار عقد الفاكторинг بالنسبة للمؤسسة في علاقتها مع الدائن (العميل)
95	المطلب الأول: حقوق مؤسسة الفاكторинг في تجاه الدائن (العميل)
96	الفرع الأول: الحق في القيام بالتحريات والمراقبة والاطلاع
98	الفرع الثاني: الحق في انتقاء الفواتير
101	الفرع الثالث: الحق في الحلول محل الدائن الأصلي
105	المطلب الثاني: التزامات مؤسسة الفاكторинг تجاه الدائن (العميل)
106	الفرع الأول: الالتزام بوفاء قيمة الديون
109	الفرع الثاني: الالتزام بحفظ اسرار الدائن (العميل)
113	الفرع الثالث: الالتزام بضمان عدم الرجوع
117	الفرع الرابع: الالتزام بتحمل مخاطر الديون
121	المبحث الثاني: آثار عقد الفاكторинг بالنسبة لمؤسسة الفاكторинг في علاقتها مع المدين
122	المطلب الأول: حق مؤسسة الفاكторинг في الرجوع مباشرة على المدين
125	المطلب الثاني: الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها تجاه المؤسسة
136	المطلب الثالث: مزاحمة الغير لمؤسسة الفاكторинг في استيفاء الدين
136	الفرع الأول: التزام مع الدائنين الحاجزين
140	الفرع الثاني: التزام مع البائع المستفيد من شرط الاحتفاظ بالمكالية
143	الفرع الثالث: التزام مع المقاول من الباطن
	الفصل الخامس
	الخاتمة والنتائج والتوصيات
149	أولاً: الخاتمة
150	ثانياً: النتائج
153	ثالثاً: التوصيات
156	المصادر والمراجع

آثار عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) في التشريعين الأردني و العراقي (دراسة مقارنة)

إعداد الطالب

مصطفى تركى حومد الجوراني

إشراف الأستاذ الدكتور

جمال الدين عبد الله مكناس

الملخص

يُعد عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)، وسيلة من وسائل التمويل الحديثة، وذلك من خلال إشباع حاجة المشاريع والمؤسسات التجارية بواسطة التمويل النقدي (السيولة النقدية).

ونظراً لأهمية هذا العقد من الناحيتين، القانونية والاقتصادية، فقد جاءت هذه الدراسة لتبحث في مفهوم العقد وآثاره بين أطرافه (العميل، مؤسسة الفاكторинг)، والمدين باعتباره شخصاً أجنبياً عن العقد إلا إن آثاره تمتد إليه. وقد هدفت هذه الدراسة إلى بيان النظام القانوني الذي يمكن الاستناد إليه، في ظل غياب نص قانوني يحكمه، في كلا التشريعين العراقي والأردني.

وقد أظهرت الدراسة، إلى أن أحكام الحلول الاتفاقية (الحلول مع الوفاء) هي الأكثر موائمة لنظام الفاكторинг، لقدرته على تحقيق أهداف طرفي العقد.

كما أظهرت الدراسة حاجة المشرع الأردني إلى النص بصورة مباشرة على أحكام الحلول الاتفاقية في إطار نظرية عامة تشمل جميع أحكامه.

وقد أوصت الدراسة إلى ضرورة تشريع نص خاص بعقد الفاكторинг، بتسمية عقد شراء الديون التجارية أو عقد ضمان وتحصيل الحقوق التجارية.

الكلمات مفتاحية: آثار , الفاكторинг.

The Effects of Factoring Contract (The Contract of buying commercial debts) in the Jordanian and Iraqi Legislations (Comparative Study)

Prepared by the student

MUSTAFA TURKI HOMAD

Supervisor

Prof. Dr. Jamal al-Din Abdulla Meknes

Abstract

The Factoring contract (contract of buying commercial debts) considered a way of modern finance, buying satisfying the need of projects and commercial Foundation by cash funding .

Due the importance of this contract legally and economic, this study came to spot on the concept of the contract and its effects between parties (client, factoring Foundation) . Despite the debtor is foreigner of the contract but the effects of this contract extend to him . This study aimed to explain the legal system which could depend on it to give the concept of this contract , because of the absence of a legal rule or text to govern it throw the Jordanian and Iraqi legislation.

Also this study had showed that the provisions of conventional subrogation (subrogation with payment)is the most convenient for the

system of Factoring , Cause its ability to achieve the objectives of parties throw the contract.

The study recommended the need for special legislation text for the Factoring contract, by called it as the contract of buying the commercial debts or the contract of ensure and collection the commercial rights.

The study also showed a need Jordanian legislator to text directly on the provisions of the conventional subrogation in the context of a general theory includes all its provisions.

Key words: effects, factoring.

الفصل الأول

خلفية الدراسة وأهميتها

مقدمة :

إن التاجر في معاملاته التجارية لا يحتمل البطء والتأخير، حيث يحتاج الى السيولة النقدية لإتمام مشاريعه او لتنفيذ التزامات في ذمته، فالتاجر لا غنى له عن السرعة في المعاملة التجارية وهذا يتطلب الى نصوص قانونية خاصة تحول دون عرقلة تداول السيولة النقدية على وجه السرعة.

تُعد مسألة الديون التجارية من أهم المسائل التي تعترض التجار والمؤسسات والشركات التجارية وخطرها، لا سيما المشاريع الصغيرة والمتوسطة الحجم ، والتخوف من خطر تصفيتها أو إعلان إفلاسها¹، الأمر الذي ينعكس سلباً على الاقتصاد الوطني ، وهي مشكلة تتسم بأبعاد ثلاثة أولاً: إن أهم ما يثير مخاوف وقلق البائعين هو تخلف المشتريين عن الوفاء في آجال الاستحقاق، بسبب إعسارهم أو إفلاسهم او تعنتهم بغير وجه حق. صحيح أن البائع يجب ان يدرس الوضع المالي لمدينه قبل التعامل معه، وأن يأخذ عليه من الضمانات مما يجنبه خطر تخلفه عن الوفاء في أجل الاستحقاق، وحتى لو احاط علماً بوضع المدين المالي، فإنه لا يملك الوسائل والأدوات التي تمكنه من التنفيذ على وجه السرعة التي تقتضيها طبيعة المعاملات التجارية، كما أن حالة

¹ - فضلي ، هشام (2002)، " الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية"، ج2، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوقى بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 291 .

المدين حسن النية وما يتعرض له من صعوبات مالية غير متوقعة قد تصيبه، وثانياً، أن الدائن قد يكون بأمس الحاجة إلى الأموال سواء كان للوفاء بالتزاماته تجاه الغير أو لتمويل مشاريعه وما تحتاج من سيولة على وجه السرعة، فينجم عن ذلك إما أن يقترن بيعه بشرط الوفاء الفوري للثمن، وإما انتظار اجل الاستحقاق ويكون ذلك على حساب التزاماته والعجز عن تمويل مشاريعه الاخرى، وتكون النتيجة المتحصلة هو ركود بضائعه وصعوبة تصريفها ثالثاً، مشكلة التحصيل وما يتطلب من امكانيات ادارية ومالية للقيام بهذا النشاط وهذا بدوره يرهق ميزانياتها بأعباء مالية إضافية².

ولتجاوز المشكلات المذكورة أعلاه بجميع أبعادها يلجأ البائع عادةً إلى القوالب العقدية التقليدية³ وأهمها:

عقد الوكالة: يستطيع البائع توكيل المؤسسات المتخصصة والبنوك لتحصيل فواتيره من مدينه وتنظيم حساباته المتعلقة بهم، وما يعيب الوكالة بهذا الخصوص هو انها لاتعجل قيمة الفواتير، كما لا يكون الدائن بمنأى في حالة افلاس المدين او إعساره، حيث أن موضوع عقد الوكالة هو القيام بالتصرفات أو الاعمال القانونية، ولا يتعارض ذلك إذا قلنا بإمكانية قيام الوكيل ببعض الأعمال المادية تبعاً للتصرفات القانونية، كقبض مبلغ الدين الموكل بتحصيله أو العناية بالبضاعة المكلف

²- محمد، ذكرى عبد الرزاق(2010). عقد شراء فواتير الديون التجارية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، ص3،

³- فضلي، هشام (2002) ، مرجع سابق، ص 292 .

ببيعها دون أن ينفي ذلك كون مهمته الأصلية العمل القانوني لا العمل المادي، فالوكيل شخص مستخدم تبقى التزاماته قائمة أمام الموكل⁴.

عقد خصم الأوراق التجارية: هذا العقد يحل مشكلة البائع وذلك من خلال تعجيل ديونه الثابتة في أوراق تجارية لم يحل أجلها بعد مقابل تنازل للبنك عن ملكية الحق الثابت في الورقة فيخصم البنك من قيمة الورقة مبلغا يسمى سعر الخصم ولكن في مقابل ذلك يتعهد الحامل او الدائن (مقدم الورقة للخصم) برد القيمة الاسمية للورقة إذا لم تُدفع عند موعد استحقاقها، حيث أن المؤسسة المالية إذا عجزت عن تحصيل قيمة السند التجاري فإنه يباشر حقه القانوني بالرجوع الصرفي على الموقعين وبوجه خاص من قام بتظهير هذا السند إليه كما أن عمولتها تبدو مرتفعة بالقياس بإمكانيات المنشآت الصغيرة، خاصة إذا كان الخصم مصحوبا بضمان عدم الرجوع⁵.

عقد القرض: يستطيع الدائن أن يلجأ إلى البنوك ومؤسسات الائتمان لاقتراض الأموال اللازمة لممارسة نشاطه ولكن الحصول على هذا القرض يحتاج الى اجراءات طويلة ومعقدة لا تتناسب والسرعة التي يبتغيها الدائن، كما ان القروض غالبا ماتكون محدودة الهدف، فلاتقبل البنوك منح القرض لأحد العملاء إلا لتمويل المشروعات الاستثمارية، بينما يحتاج العميل القرض لوفاء

⁴- النعيمي، سحر رشيد (2004). الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر، ص 16.

⁵- جهلول، عمار حبيب (2011). عقد خصم الديون دون حق الرجوع، ط1، بغداد، دار نيبور، ص75.

التزامات في ذمته تجاه الغير، ويلتزم الدائن (المقترض) بتسديد مبلغ القرض في المواعيد المحددة، وتسديد الفائدة المتفق عليها، هذا ما لا يسعى إليه الدائن⁶.

ونظراً لفشل القوالب العقدية التقليدية في علاج المشكلة، ظهرت حاجة المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة الحجم الى تقنية قانونية واقتصادية تستوعب هذه المشكلة بجميع أوجهها وأدى الى ظهور عقد الفاكترينغ أو (عقد شراء الديون التجارية).

إن الهدف الأساسي الذي كان وراء ابتكار نظام الfactoring هو حاجة المشاريع والمؤسسات التجارية إلى السيولة النقدية اللازمة لتسيير نشاطاتهم أو توسيعها أو تطويرها، كون الديون المترتبة لهم في ذمة مدينهم أما غير مستحقة ، أو ديونا مترتبة على مدينين يقيمون في بلد آخر، وتستغرق وقتاً للحصول عليها⁷.

ويُعدّ عقد شراء الحقوق التجارية أحد الأدوات الائتمانية الهامة في علاج مشاكل تحصيل الحقوق بالمنشآت التجارية وتقوم فكرة هذا العقد على التزام الدائن العميل أو البائع بأن يقدم للمؤسسة المالية (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) كافة فواتيره وديونه التجارية المترتبة له في ذمة مدينه، وللمؤسسة انتقاء الفواتير والديون التي ترى امكانية تحصيلها وعدم تعرضها لمخاطر امتناع المدين عن التسديد ولها في سبيل ذلك دراسة وضع المدين المالي والتجاري، وذلك من خلال القيام بالتحريات وجمع المعلومات عنه، وكذا تقوم مع الدائن العميل (البائع)⁸.

⁶- مـتري، موسى خليل، (2014). "عقد القرض المصرفي المجمع في القانون السوري" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 3(1). 168.

⁷- شافي، نادر عبد العزيز (2013)، عقد شراء الديون التجارية – عقد الفاكترينغ، ط2، بيروت، زين الحقوقية والأدبية، ص 22.

⁸- شافي، ، نادر عبد العزيز (2005). عقد الفاكترينغ- عقد شراء الديون التجارية، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص 10 .

ولما كانت العقود الكلاسيكية التي عهدها الفقه الكلاسيكي القديم، أو حتى الفقه الاسلامي لا تعرف عقداً يجمع هذه القدرة وهذا الكم من التصرفات القانونية في آن واحد، ويتصرفات متداخلة ومتشابهة من الصعب بمكان على أي عقد آخر أن يجمعها في عقد واحد، فمن هنا تظهر أهمية التنظيم القانوني لهذا العقد ووضع إطار قانوني له، يحقق غرضه، ويكفل تصرفات اطرافه⁹.

مما سبق تتضح أهمية الوقوف عند أهم مشكلة في نظام ال factoring وهي الآثار القانونية المترتبة على أطرافه، وفي جميع مراحل العقد، وكذلك الآثار التي تترتب على المدين (المشتري)، فعلى الرغم كونه من الغير بالنسبة لعقد الفاكترينغ إلا أن آثار العقد قد تمتد إليه، وهذا ما يميز طبيعة هذا العقد عن غيره من العقود، وثم نحاول بيان الدفوع التي يستطيع المدين التقدم بها في مواجهة مؤسسة أو شركة الفاكترينغ، وعدم وجود تنظيم قانوني لعقد الفاكترينغ إذ ان المشرع الأردني والمشرع العراقي والتشريعات العربية الأخرى لم تتطرق إلى تنظيمه، يُحتم على الباحث اللجوء إلى القواعد العامة للعقود التقليدية الأخرى لحلحلة المشكلات والمنازعات المتعلقة بهذا العقد، وبما يتناسب وما توصلت اليه قوانين الدول التي نظمت هذا العقد كالتشريع الجزائري، واتفاقية اوتاوا لتوحيد قواعد شراء الديون التجارية لسنة 1988.

⁹- عبد الحفيظ ، ميلاد(2012) . النظام القانوني لتحويل الفاتورة .(اطروحة دكتوراه غير منشورة)،جامعة أبو بكر تلقايد، تلمسان، الجزائر، ص13.

مشكلة الدراسة :

تتمحور هذه الدراسة حول بيان الآثار القانونية المترتبة عقد (factoring contract) ، وذلك من خلال معرفة الضمانات المستوحاة من هذا العقد بالنسبة لأطرافه ، وكذلك المدين على الرغم كونه من الغير بالنسبة للعقد، ووفقا للنصوص القانونية والقواعد العامة، وبيان ومدى إمكانية تطبيق بعض النصوص القانونية الموائمة عقد الفاكترينغ(عقد شراء الديون التجارية)، دون إغفال الجوانب العملية لهذا العقد، بأعتبره عقداً يحقق بعدا اقتصادياً واستثمارياً، سواء كان ذلك في المملكة الاردنية الهاشمية أو في الدول العربية الاخرى.

هدف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد النظام لقانوني الذي يُمكن أن يحكم عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية)، ومدى ملائمة هذا النظام لهذا العقد وأطرافه، وذلك من خلال رد طبيعة عقد الفاكترينغ إلى الأنظمة لقانونية للعقود المقاربة لعقد الفاكترينغ، كعقد خصم الأوراق التجارية وعقد الوكالة وعقد البيع وعقد حوالة الحق وعملية تجديد الدين وأحكام الحلول الاتفاقية، وبيان مدى اختلاف أنظمة جميع هذه العقود مع عقد الفاكترينغ، وذلك من خلال دراسة الجوانب القانونية لهذا العقد باعتبارها تشكل حجر الأساس في تحديد نظامه وطبيعته القانونية، وترجيح الأساس القانوني الذي يُستند عليه في عملية انتقال الحقوق أو الديون لمؤسسة الفاكترينغ، مع بيان الحلول القانونية في حال حصول التزاحم بين مؤسسة الفاكترينغ والغيرفي استيفاء الدين، إضافة بيان مدى إمكانية وضع إطار قانوني لعقد الفاكترينغ يحقق الأمان القانوني للمستثمر،

ولفت انتباه المشرع الاردني والعراقي عند إقراره للتشريعات والانظمة القانونية الجديدة المتعلقة بتنظيم العقود التجارية بوضع نص خاص لعقد الفاكترينغ.

أهمية الدراسة :

تملك المشاريع التجارية والتجار ديوناً في ذمة مدينهم، ولكن لا يستطيعون تحصيلها أما بسبب عدم حلول أجلها، أو كونها مترتبة على مدينين يقيمون خارج البلاد فيواجهون صعوبة في تحصيلها، في وقت يكونون بحاجة إلى سيولة نقدية لتسيير أعمالهم والتزاماتهم، كما قد يخشى الدائنون الإنتظار لحين حلول آجال ديونهم فقد يُعرضهم إنتظارهم هذا لخطر تقلبات أوضاع مدينهم المالية كالإفلاس، فيمتنعون عن اداء ديونهم، الأمر الذي ينعكس سلباً على المؤسسات المالية، ومن ثم على الاقتصاد الوطني.

وعليه أوجد الواقع العملي حلا لهذه المشكلة، وذلك من خلال عقد الفاكترينغ (شراء الديون التجارية)، ولما كان المشرع الاردني والتشريعات العربية الاخرى لم تنظم هذا العقد بنصوص قانونية خاصة، فقد جاءت هذه الدراسة لتقديم أفكار وتوصيات للمشرع الأردني والعراقي ليصار إلى إدراجها في نصوص قانونية خاصة، تنظم أحكام شراء عقد شراء الديون والآثار المترتبة عليه .

أسئلة الدراسة:

عناصر هذه الدراسة تتبلور في الأسئلة التالية :

- ما مفهوم عقد شراء الديون التجارية (factoring contract) ؟
- ما الطبيعة القانونية لعقد شراء الديون التجارية (factoring contract) ؟
- هل توجد نصوص قانونية كافية للاستناد إليها في تطبيق نظام عقد الفاكторинг؟
- هل تستطيع مؤسسة أو شركة الفاكторинг الرجوع على الدائن في حال تعذر تحصيلها للديون من المدين؟
- مدى قدرة مؤسسة الفاكторинг على اختيار زبائنها وحربتها في انتقاء الديون؟
- ما آثار عقد شراء الديون التجارية بالنسبة لأطرافه وكذلك المدين باعتباره من الغير ؟
- هل يشترط في نظام الفاكторинг إخطار المدين بحلول مؤسسة الفاكторинг بدل الدائن الحقيقي ؟
- ماهي الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة مؤسسة أو شركة الفاكторинг؟

حدود الدراسة :

يتحدد نطاق ومضمون الدراسة بالحدود الآتية :

- **الحدود الموضوعية :** تقتصر هذه الدراسة على بيان الآثار المترتبة على اطراف عقد شراء الديون التجارية (factoring contract) والمدين باعتباره من الغير في القانون الأردني والقوانين المقارنة المتعلقة بهذا العقد .
- **الحدود الزمانية :** من المؤمل أن تتضح معالم هذه الدراسة خلال الفصل الدراسي الصيفي من العام الجامعي 2014/2015.
- **الحدود المكانية:** إن الموطن الرئيس لهذه الدراسة هو نصوص القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 وتعديلاته مع القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وكذلك قانون التجارة العراقي رقم(30) لسنة 1984، وكذلك قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1977 وتعديلاته.

محددات الدراسة:

عدم وجود مؤسسات خاصة تعمل بنظام الفاكторинг يعتبر العامل الأساسي الذي يحد دون تعميم الدراسة في العراق والأردن.

مصطلحات الدراسة:

عقد الفاكторинг: هو اتفاق بين مؤسسة مالية (معروفة بمؤسسة او شركة الفاكторинг) مع عميلها يقدم بموجبه هذا الأخير للشركة كافة الفواتير والسندات المالية التي يمتلكها، التي يحق لها اختيار الفواتير والسندات التي ترى إمكانية استيفائها، مقابل تعجيل قيمتها للعميل وتحمل مخاطر عدم وفاء المدين، دون الرجوع الى عميلها ، مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك صراحة او في الحالات المتفق عليها والمحددة في العقد¹⁰.

الإطار النظري للدراسة :

تشتمل هذه الدراسة على خمسة فصول :

الفصل الأول، ويشمل مقدمة عامة للدراسة وتتضمن مشكلة الدراسة وأهداف الدراسة وأهميتها واسئلة الدراسة وحدود الدراسة ومصطلحاتها وكذلك الدراسات السابقة والمنهجية المتبعة في هذه الدراسة .

أما الفصل الثاني، سيتناول ماهية عقد الفاكторинг ومفهومه ، ونشأته وطبيعته القانونية، وتميزه عما يشابهه من العقود الأخرى، وسيتم التوسع في ذلك عند إعداد الرسالة .

وبالنسبة للفصل الثالث، فسيتناول آثار عقد الفاكторинг بالنسبة للدائن العميل (البائع)، فهو الطرف الأول في عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية).

¹⁰- شافي، نادر عبد العزيز(2013).مرجع سابق، ص 49.

أما الفصل الرابع، فسيشمل آثار عقد الفاكترينغ بالنسبة لمؤسسة أو شركة الفاكترينغ في علاقتها مع الدائن (العميل) والمدين كون بعض آثار العقد قد تمتد إليه عند رجوع المؤسسة عليه لإستيفاء الدين منه، ويعد ذلك استثناء من مبدأ نسبية العقود.

وأخيراً، الفصل الخامس سيشمل الخاتمة والنتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث في نهاية الدراسة.

الدراسات السابقة :

- فضلي، هشام ، (2002)، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين الاقتصادية والقانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 .

تناولت هذه الدراسة بيان الاساس القانوني الذي يقوم عليه عقد شراء الديون التجارية والاثار المترتبة عليه والعقود التي تشابهه ، والطبيعة القانونية في نظرية حلول المؤسسة المالية بدل الدائن في المطالبة بديون هذا الأخير ، ومسؤولية مؤسسة الفاكترينغ بهذا الخصوص، وعلى الصعيدين الدولي والداخلي(في مصر).

تختلف هذه الدراسة عن فضلي، في أنه سيتم البحث في مدى فاعلية النصوص القائمة في التشريعين العراقي والاردني وموائمتها لعقد الفاكترينغ، وبيان مدى إمكانية الاستناد على أحد العقود المسماة في قانون كلا الدولتين وتطبيقه على نظام الفاكترينغ، ومن هذه العقود، حوالة الحق، وعقد خصم الأوراق التجارية والحلول الاتفاقي وغيرها، وبيان اساس التزامات اطرافه وفقاً

لنصوص القانونية أو اللجوء إلى القواعد العامة ، وإيضاح الخطورة القانونية عملياً للمؤسسات أو الشركات التي تختص في شراء الديون.

الجبوري، زينة حازم (2011) ، **العقد الدولي لتحصيل الحقوق المحالة**، بحث منشور في مجلة المنصور، العدد 15 .

تناولت هذه الدراسة العقد الدولي لتحصيل الديون المحالة، وانطلقت بعنوانها هذا بتسمية عقد الفاكترينغ بعقد تحصيل الحقوق المحالة، ويؤخذ على هذه التسمية بمخالفتها لما هو متبع في التسمية الجارية وهي في النصوص القانونية الفرنسية *Affactureur* وفي النصوص الانجليزية *factoring*، وحتى اتفاقية أوتاوا لتوحيد الديون التجارية أطلقت عليه هذه التسمية الأخيرة، وتناولت هذه الدراسة عقد الفاكترينغ على الصعيد الدولي دون التعمق في دراسته على الصعيد الداخلي وتحديد طبيعته القانونية وربطه مع التشريعات العربية المقارنة، فقد ركزت هذه الدراسة أغلب تفصيلاتها وفقاً لنصوص اتفاقية أوتاوا، فضلاً عن بيان القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بأي نزاع بشأنه في القانون العراقي، وتوصلت الدراسة الى ان عقد تحصيل الحقوق المحالة يعتبر من العقود غير المسماة في القانون العراقي.

وتختلف الدراسة الحالية عن دراسة الجبوري، في إنها جاءت بتسميته المعروفة حيث جاءت بعنوان الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية)، كما تختلف الدراسة الحالية من حيث التفصيلات الأوسع فيما يخص التزامات اطراف العقد مستندةً إلى أحكام بعض العقود التقليدية كحوالة الحق أو الحلول الاتفاقية، كما تختلف الدراسة الحالية من حيث ربط آثار عقد الفاكترينغ في نطاق التجارة الداخلية أكثر منها في التجارة الخارجية، بكون عقد الفاكترينغ له آثاره الايجابية المباشرة

في السوق التجاري الداخلي، وذلك من خلال تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم، كما إن هذه الدراسة تختلف من حيث هدفها، كونها تهدف إلى محاولة وضع تنظيم قانوني في نصوص خاصة لنظام عقد الفاكترينغ، تُحدد فيه التزامات الأطراف، يضمن فيه حقوق المدين والدفع التي يستطيع التمسك بها في مواجهة مؤسسة أو شركة الفاكترينغ عند حلولها محل الدائن الأصلي في استيفاء الديون.

- عبد الحفيظ ، ميلاد (2012) ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، كلية القانون والعلوم السياسية، الجزائر.

بحثت هذه الدراسة في عقد الفاكترينغ لكن بمسمى عقد تحويل الفاتورة، وقد استندت في تسميتها هذه نص المادة 543 من القانون التجاري الجزائري، كما بحثت في الأساس القانوني لإنقال الحقوق الى مؤسسة أو شركة الفاكترينغ بوساطة الفاتورة التجارية على اعتبار أن عقد الفاكترينغ هو عقد مسمى ولكن بتسمية تحويل الفاتورة، وتوصلت هذه الدراسة الى ان عقد تحويل الفاتورة هو عقد متميز عن باقي عقود الائتمان الاخرى، وإن لهذا العقد خصوصيته، لأن عملية الائتمان تتحقق عندما يقوم أحد الأشخاص بوضع اموالاً تحت تصرف شخص آخر، أو يعد بوضع هذه الأموال تحت تصرفه، إلا أن ذلك لا يعني إنتفاء صفة الائتمان عنه، حيث تتضح جلياً عناصر الائتمان في بعض اجزاء العقد.

وتختلف هذه الدراسة عن ميلاد، من حيث التسمية التي أطلقت على موضوع الدراسة، ألا وهو عقد الفاكترينغ فجاء بهذه التسمية أو تسمية عقد شراء الديون التجارية، وقد استندت هذه التسمية إلى اتفاقية أوتاوا، كما أن الديون لا تنقل عن طريق الفاتورة لكي يتم اطلاق هذه التسمية

على العقد، فالديون قد تنتقل بموجب سندات تجارية، ومن غير الممكن حصر نقل الديون بمصطلح بالفاتورة، ونتفق مع دراسة ميلاد في اعتبار أحد خصائص عقد الفاكترينغ بأنه من عقود الائتمان، كون هذه الخصيصة تتحقق في بعض أجزاء العقد، كما ربطت الدراسة الحالية عقد الفاكترينغ بالقواعد القانونية في التشريعين العراقي والاردني، ومعرفة آثاره بالنسبة لأطرافه وفق هذين التشريعين وبعض التشريعات الأخرى.

منهجية الدراسة :

سيتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي الوصفي المقارن من خلال جمع المعلومات والحقائق عن موضوع الدراسة ، والعمل على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بقانون الشركات رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته، وإيجاد المقارنة بين التشريعات الاردنية النافذة والتشريعات العربية والاجنبية المتعلقة بموضوع الدراسة.

الفصل الثاني

ماهية عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية).

إن الوقوف على ماهية عقد الفاكторинг أمر تكتفه بعض الصعوبات كون هذا العقد يعد من العقود الحديثة، ويدخل ضمن طائفة العقود غير المسماة، وانطلاقاً من حداثة هذا العقد فإن دراسة ماهيته تقتضي البحث في تعريفه وتحديد طبيعته القانونية وتمييزه عما يشته به من العقود، لذا سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

المبحث الاول : التعريف بعقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية).

المبحث الثاني : تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг.

المبحث الثالث: تمييزه عما يشته به من العقود.

المبحث الاول

التعريف بعقد الفاكторинг

إن التعريف بعقد الفاكторинг يتطلب بيان نشأته وسماته لذا سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب:

المطلب الاول : نشأة عقد الفاكторинг .

المطلب الثاني : سمات عقد الفاكторинг .

المطلب الثالث : تعريف عقد الفاكторинг

المطلب الاول : نشأة عقد الفاكторинг :

نشأ نظام عقد الفاكторинг في انكلترا في القرن الثامن عشر، ثم إنتشر في الولايات المتحدة الأمريكية عندما كانت مستعمرة بريطانية، والأصل في نشأته يرجع إلى ذلك البائع البريطاني الذي كان يتعامل مع السوق الأمريكي دون ان يعرفه، وكان الوكيل يلعب دور المقيمين في بريطانيا عن طريق تقديم معلومات لعملائه في بريطانيا حول حاجة السوق ومدى أمانة ويسار المشتريين لتحصيل الثمن منهم لصالح البائعين، بالإضافة إلى أن الوكيل يضمن أحياناً لعملائه تنفيذ الصفقات المبرمة مع المشتريين الأمريكيين¹¹.

فلم يكن التجار البريطانيون يعرفون الأسواق الأمريكية عن كثب وكانوا يلجأون إلى المراكز المالية التي تقوم بدور ممثلي التجار لأن المقيمين في الولايات المتحدة الأمريكية أقدر على معرفة الوضع المالي لعملائهم، كما أنهم أقدر على تحصيل قيمة تلك الديون بصورة أسرع وأقل كلفة، كما كانت تلك المراكز تضمن بعض المشتريين وتعجل في بعض الاحيان دفعات على حساب ما هو مستحق على المشتريين الأمريكيين¹².

ولعل الظروف التي عرفتتها سوق لندن من تضخم في البضائع وركود السوق دفعت الوكلاء إلى البحث عن اسلوب جديد يتلائم مع الظروف الجديدة ويحقق لهم الفائدة والاستمرارية، بعد

¹¹- بوعلام وصليحة (2006). دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل وتحصيل الحقوق ، دراسة مقدمة الى الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الدول النامية دراسة حالة الجزائر، جامعة الجزائر.

¹²- شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق ، ص23.

الضعف الذي اعترى عملية التصدير إضافة الى الرسوم الجمركية التي فرضتها الولايات المتحدة الامريكية على البضائع البريطانية التي اُلفت بظلالها على عملية التصدير¹³.

عند ذلك قام الوكلاء بإنشاء مراكز مالية متخصصة بتعجيل قيمة الديون والفواتير المترتبة على عملاء البائعين، مقابل انتقال ملكية تلك الديون لها، وتعدّها بعدم الرجوع على الدائنين في حالة إخفاقها في تحصيل تلك الديون، إضافة الى تقديم مجموعة كبيرة من الخدمات الإدارية والمعلوماتية¹⁴.

ويُذكر أن الشركات التي تخصصت في هذا النوع من الائتمان قد أُندردت اصلاً من بنوك كبرى، فالشركة الفرنسية للتسويق Francaise de Factoring La Societe قد أُشترك في تكوينها سنة 1964 عدد من البنوك الشهيرة في فرنسا، فضلاً عن البنك الوطني الأول لبوسطن The First National Bank of Boston بالولايات المتحدة الأمريكية.

وفي سنة 1965 أنشأت البنوك الرئيسية الستة في فرنسا الشركة الفرنسية لتنمية التجارة الدولية (Sofinter)، وساهمت شركة شيكاغو الفرنسية للتسويق مع بعض البنوك الفرنسية في انشاء شركة فرنسية أخرى للقيام بهذا العمل سنة 1966 وهي¹⁵ La facto-France-Heller.

فالظهور الرسمي للفاكتورينغ في فرنسا يعود تاريخه الى سنة 1965، وتشير التقديرات الاحصائية إلى ان عدد مؤسسات الفاكترينغ عام 1968 بلغ 14 مؤسسة او شركة، اخذت على

¹³- توفيق ، تورية (1987). وكالة تحصيل وضمان الديون التجارية، (اطروحة دكتوراه غير منشورة) جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.

¹⁴- شافي، (2013). مرجع سابق، ص 25.

¹⁵- محمد، محمود عبد الرحمن، الحول الشخصي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 387.

عانتها مليوني دين، بقيمة 26 مليار فرنك فرنسي، وفي نهاية 1994 وصل عددها إلى 23 مؤسسة وشركة، أخذت على عاتقها سبعة ملايين وستمائة ألف دين، بقيمة 7,182 مليار فرنك فرنسي، بينها 7% تقريباً على الصعيد الدولي وفي عام 2000 ارتفع عدد مؤسسات وشركات الفاكترينغ إلى 25 مؤسسة أو شركة اهتمت بأكثر من 60 مليار يورو بينها 20% تقريباً على الصعيد الدولي و80% على الصعيد الداخلي الفرنسي¹⁶.

وقد إنتشر هذا العقد على صعيد التجارة الدولية، ثم تم تشريع اتفاقية أوتاوا لخصم الديون في 1988/5/28 وتتألف هذه الاتفاقية من 23 مادة تناولت تعريف الفاكترينغ ووظائفه وما قد يثار من إشكالات تنتج عنه أو عند تنفيذه حيث حددت هذه الاتفاقية الإطار العام للتعامل بهذا العقد وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق، من حيث كيفية انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة على أطرافه، والدفع التي يمكن أن تثار بوجه كلا الدائنين، الدائن الجديد (المؤسسة المالية المتخصصة- مؤسسة الفاكترينغ) والدائن القديم الذي يبيع ديونه لهذه المؤسسة، كما تناولت هذه الاتفاقية عوامل انقضاء عقد الفاكترينغ،¹⁷ وقامت فرنسا بالتصديق على معاهدة أوتاوا بتاريخ 23 سبتمبر 1991 وصدقت عليها إيطاليا بتاريخ 29 نوفمبر 1993، وقد دخلت المعاهدة حيز النفاذ بتاريخ 1 مايو¹⁸.

¹⁶ - الصراف، تيماء محمود فوزي (2006)، "عقد الفاكترينغ" مجلة الرافدين للحقوق، 8 (30). 307-308.

¹⁷ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 28.

¹⁸ - محمد، أشرف وفا، حوالة الحق نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية ص189.

وإذا خرجنا عن البيئة الحقيقية التي نشأ فيها عقد الفاكторинг، فإنه لا يزال في طور التبلور والنشأة في بلداننا العربية فلم تنص عليه تشريعات هذه الدول بنصوص خاصة سوى التشريع الجزائري، بمسمى عقد تحويل الفاتورة بعد صدور المرسوم التشريعي الجمهوري من خلال المرسوم الجمهوري لسنة 1993 المتمم والمعدل للقانون التجاري الصادر سنة 1975¹⁹.

ولم يتطرق التشريع العراقي ولا التشريع في المملكة الاردنية الهاشمية على نحو صريح لعقد الفاكторинг(عقد شراء الديون التجارية)، لذا كان لابد من اللجوء إلى المبادئ العامة في كلا التشريعين، لمعرفة الآثار المترتبة على أطرافه.

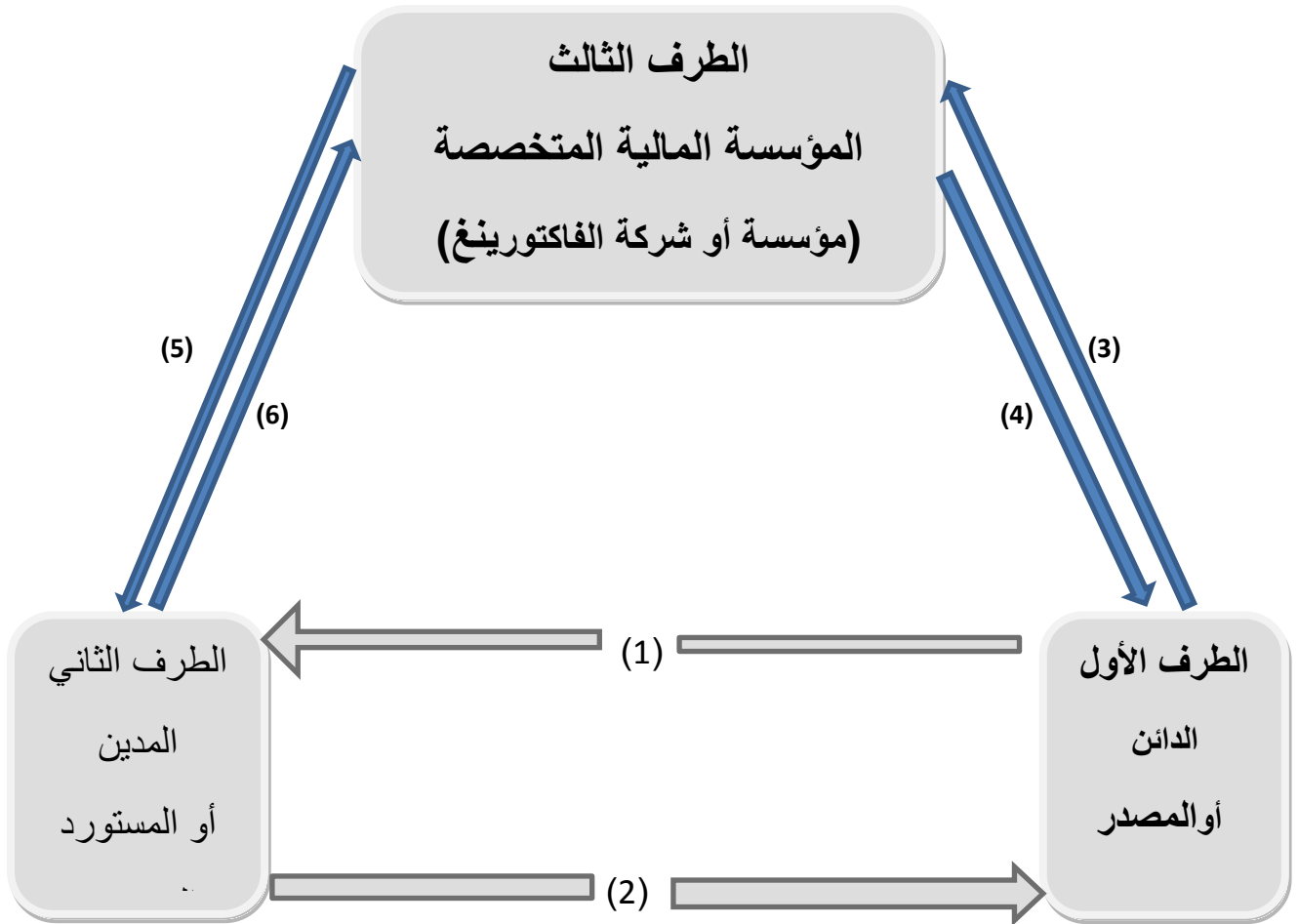
المطلب الثاني : سمات عقد الفاكторинг (عقد شراء اليون التجارية) :

تتضح سمات عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية من خلال الاسباب التي أدت إلى إبتكاره، إذ إن الهدف الأساسي من هذا العقد هو حل مشكلة حاجة التجار والمشاريع للسيولة النقدية من خلال شراء ديونهم من قبل المؤسسة المالية المتخصصة(مؤسسة الفاكторинг)، مقابل انتقال ملكية الديون لهذه الأخيرة، إضافة الى ان تحصيل هذه الديون يتطلب اجراءات ونفقات كبيرة، كالديون المترتبة لدائن على مدينين له خارج الدولية التي يمارس فيها نشاطه التجاري. وقبل الخوض في سمات عقدالفاكتورينغ، يود الباحث إعطاء فكرة عنه من خلال المثال التالي :

قد يعطي أحد التجار أو الصناعيين تسهيلات بالدفع لزيائنه، تشجيعاً لهم في سبيل شراء بضائعه، لقاء سندات أو فواتير يوقعها الزبائن لمصلحته بعد تحديد مواعيد الاستحقاق، فيقوم ذلك التاجر بعرض ما تجمع لديه من فواتير وسندات غير مستحقة الدفع، على شركة تنظم وترعى عملية الفاكторинг، وتكون هذه الأخيرة متخصصة في هذا النوع من العمليات، وتسمى عادةً

¹⁹ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص 11 .

بالانجليزية factor أو Affactureur بالفرنسية، فتقوم الشركة المذكورة بدراسة الملف المقدم لها من زبونها، ثم توقع معه عقدا تلتزم بموجبه بدفع قيمة الديون التي تمثلها السندات أو الفواتير، أما فوراً أو عند الإستحقاق بحسب الإتفاق، وبتنازل الدائن عن ديونه للشركة، لقاء عمولة تقطعتها المؤسسة من مجموع قيمة الديون²⁰.



²⁰ - الكركبي، مروان، (2002)، عقد الفاكторинг الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، دراسة مقدمة إلى جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 366.

من خلال المثال المشار إليه يمكن إيجاز سمات عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)

بالنقاط التالية:

1- إنه وسيلة للتمويل²¹ : وتتمثل مشكلة التمويل في ضعف الموارد المالية للدائن، أو التاجر

فتظهر حاجته الماسة للتمويل، وافتقاره في الغالب للضمانات المناسبة التي تطلبها المصارف

في سبيل منح التمويل، إلا أن المؤسسات المتخصصة لا تتوان عن القيام بمنح التمويل

اللازم من خلال عقد الفاكторинг لما يحقق لها من ضمانات، بسبب إنتقال ملكية الديون لها،

فتقدم العون المالي اللازم للمشاريع المهمة، وبالتالي تحول دون انهيارها.

2- إنه وسيلة للضمان: عند قبول الشركة الوسيط (مؤسسة الفاكторинг) شراء الفواتير فهذا يعني

انها تضمن تحصيلها من المشتري أو المدين، وإذا تعذر ذلك بسبب إعسار هذا الأخير، أو

إفلاسه لا يمكن للمؤسسة الرجوع على الدائن؛ لأنها تعتبر ضامنة له في استيفاء حقه حالاً

أو مستقبلاً²²، ويُفهم هذا الضمان الذي يوفره عقد الفاكторинг من خلال شرط عدم الرجوع

الذي تتعهد به المؤسسة، إن الضمان الذي يوفره عقد الفاكторинг أوسع وأكبر من الضمانات

الأخرى التي تفرها مؤسسات الضمان المختلفة حيث تصل نسبة الضمان إلى 97% من

مجموع مبلغ الدين، بالإضافة أن هذه النسبة تدفع مقدماً وقبل تحقق أي من المخاطر التي

غالباً ما يحددها نموذج العقد الموقع بين الطرفين²³.

²¹- جهلول، عمار حبيب،(2011). مرجع سابق، ص 40.

²²- حسينية، شتيوي (2014). الأوراق التجارية المعاصرة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ص29.

²³ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص41.

وإذا حلت المؤسسة محل عميلها في حقوقه المثبتة في الفواتير المقبولة تجاه مدينه، تلتزم بعدم الرجوع عليه في حال تخلف مدينه عن الوفاء بقيمة الفواتير المنتقاة، طالما كان التخلف راجعاً إلى إعساره أو إفلاسه أو تعنته غير المشروع²⁴.

3- إنه وسيلة للوفاء: إن عقد الفاكترينغ هو عقد وفاء قانوني، حيث تقوم المؤسسة المالية (مؤسسة الفاكترينغ)، وبمجرد تحويل الحقوق إليها بوفاء قيمة الديون إلى الدائن العميل أما فوراً أو عند حلول ميعاد استحقاقها حسب رغبة الدائن العميل وقد يكون بقبده في الحساب الجاري المفتوح باسمه لدى مؤسسة الفاكترينغ، ثم تقوم بتحصيلها من المدين عند حلول أجل الاستحقاق، وصحة الحلول تقتضي أن يتم الاتفاق والوفاء في وقت واحد²⁵.

4- إنه من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي: وتظهر أهمية الدور الذي يلعبه الاعتبار الشخصي في عقد الفاكترينغ، من خلال اشتراط مؤسسة الفاكترينغ عند التعاقد بإعطائها الحق بإنهاء العقد دون إخطار، إذا تزعزع مركز المتعاقد الآخر، حتى ولو كان العقد محدد المدة وقبل انتهاء الأجل المحدد اتفاقاً.

كما يُبنى الاعتبار الشخصي في عقد الفاكترينغ على عناصر شخصية تتعلق بالدائن وأحياناً بعملائه، مثل السمعة التجارية في السوق، والأمانة المالية ، وعناصر موضوعية أخرى كقدرته المالية، ومركزه الاقتصادي، وغالباً ما تحرص المؤسسة المالية أو شركة الفاكترينغ على تأكيد

²⁴- فضلي، هشام (2005). مرجع سابق، ص 6.

²⁵- توفيق، توفيق (1986). مرجع سابق، ص 47.

حقها في إنهاء العقد دون إنذار في حالات معينة، كما لو أخل العميل بالتزاماته إخلالاً جسيماً، أو اضطرب مركزه اضطراباً خطيراً، يُنذر بإعلان إفلاسه²⁶.

ويحرص الدائن (العميل) على التعاقد مع المؤسسة المالية التي تتمتع بالمركز المالي، والسمعة الحسنة، والقدرة على تقديم أفضل نوعية ممكنة من الخدمات والمعلومات، وما يدل على أهمية الاعتبار الشخصي في عقد الفاكنتورينغ هو قيام كل من طرفي العقد بدراسة مكانة ومركز الآخر وبذلك تعتبر شخصية كل طرف لدى الطرف الآخر محل اعتبار²⁷.

²⁶- شافي، نادر عبد العزيز(2013). مرجع سابق ص 145.

²⁷- شافي، نادر عبد العزيز(2005). مرجع سابق، ص 147.

المطلب الثالث: تعريف عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية):

تعددت التعريفات التي وضعها الفقهاء والمجتهدون الذين تناولوا دراسة عقد الفاكторинг وعلى الرغم من اختلاف تسميات العقد المذكور، ما يتبين منها تقاربها مع عدم وجود تعريف موحد لهذا العقد.

حيث عرفه بعض الفقهاء الفرنسيين على أنه: "قيام المُحصل المُحترف لهذا النشاط بالوفاء بقيمة الفواتير إلى الصانع أو التاجر، مقابل تحويل حقوق هذا الأخير التي في ذمة عملائه، وحصوله على الفوائد والعمولة المتفق عليها"²⁸.

وقد عُرف عقد الفاكторинг من قبل الموسوعة القانونية الفرنسية بأنه " تقنية من القانون التجاري، تتولى من خلالها مؤسسة مالية تحمل مخاطر تحصيل فواتير مؤسسة تجارية مقابل عمولة، وتحل من خلالها في حقوق هذه الأخيرة"²⁹.

أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد الفاكторинг بتسمية (عقد تحويل الفاتورة) في المادة 543 من القانون التجاري على أنه " عقد، تَحُل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى (وسيط) محل زبونها المسمى (المنتمي)، عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ التام لأجل محدد ناتج عن العقد ، وتتكفل بتبعية عدم التسديد، وذلك مقابل أجر".

17-CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J.C.P; G., 1966-I-2044-6.

نقلا عن : عبد الحفيظ ، ميلاد(2012) مرجع سابق، ص25.

29- عبد الحفيظ، ميلاد(2012). المرجع السابق، ص23.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جاء بعدم مطابقة تسميات أطراف العقد مع الطبيعة الحقيقة لهؤلاء، فالمحصل (مؤسسة الفاكترينغ) ليس وسيطاً كما جاء في التعريف أعلاه، ذلك أن الوسيط يعمل بإسم ولحساب الغير، بينما المؤسسة طرف أصيل في العقد وليس وسيطاً، كما أن المشرع الجزائري قد صنف عقد الفاكترينغ ضمن القانون التجاري، ضمن الفصل المتعلق بالأوراق التجارية، بينما في حقيقة الأمر يصعب إدراج عقد الفاكترينغ الذي من خلاله يتم تحويل الفاتورة ضمن الأوراق التجارية، لأنه يجب يصعب تداوله عن طريق التظهير، المألوف في الأوراق التجارية³⁰.

كما عرف البعض³¹ عقد الفاكترينغ بأنه: "هو ذلك العقد الذي يتم بمقتضاه نقل ملكية حقوق أحد التجار أو المنتجين، إلى أحد البنوك أو المؤسسات المالية المسموح لها بمباشرة هذا النشاط مع ضمان هذا الأخير الوفاء بقيمة الديون وعدم الرجوع على التاجر أو المنتج بأي شيء إذا فشل في استيفاء هذه الحقوق، كما يلتزم التاجر بموجب العقد بتقديم التسهيلات اللازمة للبنك أو المؤسسة لتحقيق الهدف الأساسي من هذا العقد وهو التحصيل".

ويرى آخر أن عقد الفاكترينغ هو: "عقد يلتزم بمقتضاه العميل تحويل حقوقه التي في ذمة المدين لمؤسسة الفاكترينغ (شركة الفاكترينغ) تحويلاً ناقلاً للملكية، مقابل حصوله على قيمة هذه الحقوق إما معجلاً أو عند الاستحقاق مع أداء عمولات وفوائد يحددها الطرفان في العقد، بينما تلتزم مؤسسة الفاكترينغ (شركة الفاكترينغ) بتحصيل هذه الحقوق من المدين وضمن

³⁰ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص 30.

³¹ - رضوان، فايز نعيم (1986). عقد شراء الديون التجارية، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 12.

خطر عدم الوفاء عند الاستحقاق في حالة إعسار أو إفلاس المدين، وبالتالي عدم رجوعه على العميل، ويقع على هذا الأخير التزام تقديم الخدمات المحاسبية وإدارية وتجارية، ولا يبرم هذا العقد عادةً ما لم تسبقه تحريات أولية تقوم بها مؤسسة الفاكторинг للأستيثاق من مركز العميل، وبعدها تتخذ المؤسسة قرارها النهائي بقبول أو رفض التعاقد معه³².

وعرف آخر³³ عقد الفاكторинг بأنه: "قيام صاحب الحق بنقل حقه الى الفاكطور الذي يلتزم بضمان السداد حتى في الحالة التي يتخلف فيها المدين عن ذلك، كما يمكن للفاكتور أن يقوم مقدماً بسداد كل أو بعض مبلغ الحق المحال".

وذهب البعض إلى أن عقد الفاكторинг: عبارة عن الوفاء المعجل بثمن البضاعة المصدرة بواسطة وكيل التسويق (مؤسسة أو شركة الفاكторинг)، وتحمل هذه الأخيرة مخاطر عدم الوفاء، لقاء عمولة تغطي هذه المخاطر، فضلاً عن فوائد المبلغ الذي تسلمه المؤسسة مقدماً إلى الدائن العميل³⁴.

وعرف الفقيه علي جمال الدين عوض عقد الفاكторинг بتسمية (وكالة التسويق) بأنه: قيام الوكيل بدفع قيمة الفواتير لعميله، مقابل نقل ملكية هذه الفواتير اليه وتحمله مخاطر عدم الرجوع في حال تعذر التحصيل³⁵.

³² - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 24 .

³³ - محمد، اشرف وفا (1989) حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، ص189.

³⁴ - محمد، محمود عبد الرحمن، الحلول الشخصي، ص378.

³⁵ - عوض، علي جمال الدين (1981). عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص 644.

وأما عقد الفاكторинг وفقاً لاتفاقية أوتاوا وبنص الفقرة الثانية من المادة الأولى لهذه الاتفاقية نجد أنها عرفت عقد الفاكторинг بأنه : اتفاق مبرم بين طرف (المُمول) وطرف آخر بين (مؤسسة الشراء أو المحول إليه) والذي بمقتضاه :

- يمكن أو يتعين على العميل تحويل لحساب المحول إليه، ديون ناشئة عن عقود بيع لبضائع مبرمة، أو تلك التي لا تتعلق بتجارته.

- يتعين على المحول إليه، تمويل العميل عن طريق الاعتماد أو الدفع المسبق لمجمل ديونه، والإمساك بحسابات العميل وفواتيره، وتحصيل الديون التجارية للعميل، وتحصيل الديون التجارية للعميل، حماية العميل من إفلاس المدينين عن طريق تحمل تبعة هذا الإفلاس³⁶.

على الرغم من بعض الفوارق بين جميع التعريفات المذكورة آنفاً، إلا أنه يظهر بجلاء مدى الارتباط الوثيق بين الوفاء بقيمة الفواتير التجارية مقابل انتقال حقوق هذه الفواتير من الدائن أو التاجر أو البائع أو المنتج إلى المؤسسة المتخصصة (مؤسسة الفاكторинг)، وفقدان هذا الأخيرة الحق بالرجوع على الدائن.

ويرى الباحث أن عقد الفاكторинг: هو العقد الذي ينقل بمقتضاه الدائن (العميل) إلى مؤسسة الفاكторинг ديونه المتمثلة في فواتير أو سندات تجارية، مقابل قيام المؤسسة بدفع قيمة هذه الديون وتعهدتها بعدم الرجوع عليه في حال تعذر تحصيله من المدين، وعلى الدائن تسهيل مهمة المؤسسة في عملية التحصيل أو الاستيفاء.

³⁶ - عبد الحفيظ، ميلاد(2012). مرجع سابق، ص36.

المبحث الثاني

تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг

جرت عدة محاولات فقهية لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)، وذلك من خلال وضعه في إطار بعض العقود والمفاهيم القانونية التقليدية المتشابهة معه في بعض النواحي، نظراً لما يتطلب دراسة هذا العقد من تنظيم قانوني معروف، بحيث يسهل هذا التنظيم ترتيب العلاقات المتولدة عنه، وتذليل الصعوبات التي يمكن ان تثار بمناسبة تطبيق احكامه.

وتبعاً لذلك سنبحث النظريات التي وضعت لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг(عقد شراء الديون التجارية) كنظرية حوالة الحق ونظرية عقد الوكالة، وخصم الاوراق التجارية، ونظرية عملية تجديد الدين، وبيان النظرية الأرجح لتحديد الطبيعة القانونية للعقد وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الاول : عقد الفاكторинг هو حوالة حق.

المطلب الثاني: عقد الفاكторинг هو عقد وكالة.

المطلب الثالث: عقد الفاكторинг هو عملية خصم الاوراق التجارية.

المطلب الرابع: عقد الفاكторинг هو عملية تجديد الدين.

المطلب الاول: عقد الفاكторинг هو حوالة حق :

تقتضي حوالة الحق، بأن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الشخصي الذي في ذمة مدينه، فيحل الاجنبي محله في هذا الحق بجميع صفاته ومقوماته، ويجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الإلتزام، وتتم دون حاجة إلى رضا المدين³⁷، حيث يُشترط رضا المُحيل والمحال له، ولا يُشترط رضا المدين (المحال عليه) لأنه ليس طرفاً في عقد الحوالة، فلا يلزم رضائه لانعقاد الحوالة، ولا تكون الحوالة نافذة في مواجهته، إلا إذا قبلها، أو أعلن بها، ولا يعد قبول المدين بالحوالة نافذاً في مواجهة الغير إلا إذا كان القبول ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً، ويقصد بالغير كل شخص كسب حقاً من جهة المُحيل على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له، فإذا قبل بها المدين فإن هذا يعني توافر رضائه بها، ومن ثم تكون نافذة في مواجهته ويشترط أن يتوافر هذا القبول بالحوالة من جانب المدين وقت إبرام الحوالة أو بعد هذا الإبرام، كما أن قبول المدين للحوالة لا يجعله طرفاً فيها، ومن أجل ذلك تتعقد الحوالة دون حاجة لرضائه.

وإذا لم يتوافر القبول بالحوالة من جانب المدين فإنها تكون نافذة مع ذلك في مواجهته وفي مواجهة الغير إذا تم إعلان المدين بها إعلاناً رسمياً، ويكون ذلك بورقة رسمية من أوراق المحضرين، وغالباً ما تتخذ الحوالة إجراء الإعلان بحكم أنه أيسر من الناحية العملية³⁸.

³⁷ - السنهوري، عبد الرزاق (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3 ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ، ج3، ص442.

³⁸ - محمد، اشرف وفا (2005). مرجع سابق، ص7.

وقد اعتبر التقنين المدني الأردني انعقاد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال له موقوفة على قبول المحال عليه، فإذا أجاز المحال عليه هذا العقد عدت الحوالة منعقدة بالاستناد إلى تاريخ انشائها³⁹، وينفس المعنى أخذ القانون المدني العراقي⁴⁰.

ويتفق عقد الفاكторинг مع عقد الحوالة، في التزام العميل (الدائن) بإخطار مدينه بتحويل الحق إلى (مؤسسة أو شركة الفاكторинг) والتزامه بالوفاء لهذه الأخيرة بدءاً من تاريخ الإخطار بوصفها الدائن الجديد.

بالرغم من هذا التشابه إلا أن هذا التصور لا يمكن اعتماده قانوناً في عقد الفاكторинг، ولعل السبب الرئيسي يعود إلى اشتراط قبول المدين لنفاذها أو قبوله بها، والاجراءات الشكلية المتعلقة بضرورة إعلان المدين بها أو قبوله الرسمي، حيث ان عدم احترام هذه الشكليات أو موافقة المدين (المحال عليه) يفقد المحال له (مؤسسة الفاكторинг) حقه في مطالبة المدين، متى تمسك هذا الأخير بعدم الاخطار بطريقة رسمية او رفضه الموافقة على اجازتها⁴¹.

كما أن الأخذ بحولة الحق كإطاراً قانونياً لعقد الفاكторинг قد يزعزع أو يخل بحقوق مؤسسة الفاكторинг، كما لو قام المدين بسداد قيمة الدين إلى الدائن الأصلي (المُحيل) قبل إعلانه بوجود

³⁹ - انظر نص الفقرة (2) من المادة (996)، مدني اردني.

⁴⁰ - انظر نص الفقرة (1) من المادة (340)، مدني عراقي.

⁴¹ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). عقد شراء فواتير الديون التجارية من الوجهتين العملية والقانونية، ط1، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، ص93.

الحالة فيعد هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين (المحال عليه)، ولا يستطيع المحال له (مؤسسة أو شركة الفاكثورينغ) الحق في مطالبة المدين مرة أخرى⁴².

ومن الجدير بالذكر، إن كل من الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا والمانيا، تأخذ بحالة الحق إطاراً قانونياً لعقد الفاكثورينغ، كون قوانين تلك الدول لا يتطلب اسلوباً معيناً في إعلان المدين، ولا يعلق نفاذ الحالة على اجازة المدين (المحال عليه)، مع الأخذ بنظر الاعتبار اختلاف قوانين بعض الولايات في أميركا، كما سائرت اتفاقية أوتاوا (ottawa) لتوحيد الديون التجارية ما هو سائد في الدول المذكورة واعتبرت حالة الحق إطار قانونياً لعمليات الفاكثورينغ⁴³.

⁴² - محمد، أشرف وفا، حالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 194.

⁴³ - توفيق، ثورية (1987). مرجع سابق، ص 153.

المطلب الثاني: عقد الفاكترينغ هو عقد وكالة:

(الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)⁴⁴

إن الوكيل يلتزم بشروط عقد الوكالة وتعليمات الموكل، كما يلتزم بالطرق التي يحددها الموكل لاستيفاء الحقوق الثابتة في الأسناد التجارية والفواتير، ويطالب الوكيل المدين بالوفاء باسم الموكل لا باسمه، ويلتزم الوكيل بأن يوافي موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه تنفيذ عقد الوكالة، وأن يقدم إليه الحساب عنها، وإذا تخلف المدين فمن واجب الوكيل إخطار الدائن بواقعة عدم الوفاء، كما للوكيل ملاحقة المدين سنداً لعقد الوكالة، الذي يخوله القيام بما وكله به موكله، كما لهذا الأخير أن يعزل وكيله متى أراد الرجوع عن وكالته، مالم يتعلق للوكيل حق في الوكالة فيمتنع عن عزله، سنداً⁴⁵.

والوكالة بهذا المعنى لا يمكن الإستناد إليها لتنظيم عملية عقد الفاكترينغ، فالوكيل (المؤسسة المالية المتخصصة- مؤسسة الفاكترينغ) لا تنوب عن العميل في تحصيل حقوقه لدى المدين بل يحل محله في هذه الحقوق وتنتقل حقوقها إليه، ويصبح مالكاً لها، ويمكنه المطالبة بها باسمه الشخصي وليس باسم العميل ونياً عنه، كما لا يمكن إعتبار عقد الفاكترينغ هو عقد وكالة؛ لأن المؤسسة المالية (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) تأخذ على عاتقها القيام بالإجراءات اللازمة

⁴⁴ - انظر نص المادة (33) مدني اردني.

⁴⁵ - الكيلاني، محمود (2007). الموسوعة التجارية والمصرفية، ط1، المجلد الثالث، عمان، دار الثقافة، ص143.

لإستيفاء الدين موضوع عقد الفاكторинг، مع ضمان عدم الرجوع على الدائن في حالة عدم تسديد المدين بقيمة الدين، ما لم يتفق على خلاف ذلك⁴⁶.

فلا يمكن الأخذ بفكرة الوكالة لتأسيس حق المؤسسة في الرجوع على المدين، ذلك إن الوكالة عقداً يلتزم فيه الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل، في حين إن الفرض في عقد الفاكторинг هو نقل الحقوق على سبيل التملك، بينما الفرض في الوكالة يقتصر على تحصيل الحقوق باسم الموكل.

المطلب الثالث: عقد الفاكторинг هو عملية خصم الاوراق التجارية:

يُعرف عقد خصم الأوراق التجارية بأنه : اتفاق بين البنك وأحد العملاء على خصم الورقة التجارية، أي التعجيل بدفع قيمتها للعميل، مقابل نسبة معينة من قيمة الورقة يخصمها البنك كبدل لقيامه بهذه العملية⁴⁷.

ويُعرف المشرع العراقي الخصم في المادة 283/ف1 بأنه (إتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه، بأن يدفع مقدماً قيمة ورقة تجارية أو أي مستند آخر قابل للتداول إلى المستفيد مقابل نقل ملكيته إلى المصرف مع ألتزام المستفيد برد القيمة إلى المصرف إذا لم يدفعها المدين الأصلي).

إن عملية خصم الأوراق التجارية تحقق فوائد لكل من المؤسسة المالية والدائن الذي يحصل على قيمتها مقابل اقتطاع جزء منها، حيث تمكنه هذه العملية من اشباع حاجاته إلى مبالغ نقدية

⁴⁶ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص153.

⁴⁷ - الطراونة، بسام حمد، وملحم، بسام محمد (2010). شرح القانون التجاري والاوراق التجارية، ط1 ، عمان، دار المسيرة، ص28.

عاجلة دون انتظار ميعاد استحقاق الاوراق، متى ما كان بحاجة إلى مبالغ نقدية تلزمه لمواصلة نشاطه أو الوفاء بديونه⁴⁸، وتعد عملية الخصم من الاعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية، بغض النظر عن صفة المتعاقدين بها، تجاراً كانوا أم لا، وطبيعة الأعمال التي يجري التعامل بها من أجلها⁴⁹.

وعند حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية، إذا لم يتم الوفاء بقيمتها بواسطة المدين، فإن البنك يمارس حقه في الرجوع على الدائن وعلى المظهرين رجوعاً صرفياً⁵⁰.

ويختلف عقد الفاكторинг عن عقد خصم التجارية في أن موضوع عقد الفاكторинг يمكن أن يكون كافة الديون التجارية الثابتة في مستندات خطية كالفواتير وغيرها دون حصرها بالأسناد التجارية بحسب موضوعه، بينما عقد خصم الأسناد التجارية لا يرد إلا على الأسناد التجارية، إضافة إلى أن الدائن في عقد خصم الأوراق التجارية يبقى ضامناً للوفاء بقيمة هذه الأسناد، في حال عدم التسديد عند حلول أجل الاستحقاق، بينما في عقد الفاكторинг، لا يحق للمؤسسة المالية المتخصصة (مؤسسة او شركة الفاكторинг) الرجوع على الدائن عند عدم إستيفاء الديون من المدين، كما أن الأصل في عقد خصم الأسناد التجارية أن المصرف لا يضمن عدم وفاء المدين للدائن الثابت في السند التجاري، فيحق له الرجوع بالدعوى المصرفية على العميل (المدين) عند عدم استيفاء قيمة السند في الميعاد، في حين أهم خصائص عقد الفاكторинг

⁴⁸ - العكيلي، عزيز (2002). شرح القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات ، ط1، ج2، عمان، دار الثقافة، ص122.

⁴⁹ - ياملكي، اكرم (2008). الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، عمان ، دار الثقافة ، ص335

⁵⁰ - علم الدين، محيي الدين (1987) . موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ط1، ج2، بلا ناشر، ص1297-

(عقد شراء الديون التجارية) ضمان مؤسسة الشراء (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) ضمان عدم استيفاء الحق الثابت في الفواتير المحولة لها، ذلك أن دورها لا يقتصر على منح الاعتماد فحسب، إنما يتعدى ذلك إلى تقديم خدمة الضمان الذي يغطي مخاطر التعثر المالي للمدين⁵¹. لهذه الاعتبارات لا يمكن الأخذ بعقد خصم الاوراق التجارية واعتباره اطاراً قانونياً لعمليات الفاكترينغ بالرغم من التشابه الكبير بين العمليتين.

المطلب الرابع: عقد الفاكترينغ هو عملية تجديد الدين:

اعتبر بعض الفقهاء⁵² إن عقد الفاكترينغ هو تطبيق لأحدى صور تجديد الدين، وذلك بتغيير شخص الدائن، فتنقل ملكية الدين من الدائن الأصلي، إلى المؤسسة المالية المتخصصة (مؤسسة الفاكترينغ) التي تقوم بشراء الدين.

والتجديد هو عمل قانوني يتم بإرادتين ويجب أن تتوافر فيه أركان كل عمل قانوني وشروط صحته، وتنتج فيه إرادة الأطراف الى احداث عمل قانوني، هو ابدال التزام قديم بالتزام جديد، ولا يعتبر الالتزام جديداً بمجرد إدخال تعديل عليه، كأجل أو شرط، أو إضافة تأمين لها أو انقاص فإن ذلك يُعد تعديلاً للالتزام، وإنما يكون الالتزام جديداً إذا تغير فيه مصدره أو شخص الدائن،

⁵¹ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010) . مرجع سابق، ص88.

50- Rodier R: Note a cass, 21nov.1972, Dallo2 et siry, no.213-5

نقلا عن : شافي ، نادر عبد العزيز(2005). مرجع سابق، ص 216.

ويجب أن تتوافر نية التجديد عند الدائن، وأن يشترك فيه المدين، وتتجه إرادته إلى إنشاء الدين الجديد في ذمته، مقابل انقضاء دينه القديم⁵³.

فتجديد الالتزام يتحقق باتفاق الدائن والمدين وأجنبي، بحيث يكون الاجنبي هو الدائن وانقضاء الدين الذي في ذمة المدين للدائن، فيبرز الدائن الجديد بالالتزام جديد متمثلاً بشخص الأجنبي⁵⁴.

وقد اشترط القانون العراقي وجود الاتفاق بين الدائن والمدين على ان يكون الاجنبي هو الدائن الجديد للمدين الاصلي⁵⁵.

إذن أهم الآثار التي تترتب على التجديد، هو إنقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد، فالتجديد هو سبباً من أسباب انقضاء الالتزام وهو في نفس الوقت عقد منشأ للالتزامات جديدة.

بينما في عقد الفاكторинг، لا مجال للقول عن إنقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد يحل محله؛ فإذا كان التجديد سبباً من أسباب انقضاء الإلتزام، فإن شراء الحقوق التجارية هو سبباً من أسباب انتقال الحق وليس انقضاءه⁵⁶.

مما تقدم، يتبين للباحث إنه لا يمكن إعتبار عقد الفاكторинг هو عملية تجديد للدين، من خلال تغيير شخصية الدائن؛ لأن التجديد يشترط موافقة المدين، أما في عقد الفاكторинг فلا

⁵³ - مرقس، سليمان (1992). احكام الالتزام، ط2، المجلد الرابع، مصر، دار الكتب القانونية ، ص 772.

⁵⁴ - زكي، محمود جمال الدين (1978). الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة، ص974.

⁵⁵ - انظر نص المادة (402) مدني عراقي.

⁵⁶ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص90.

يشترط موافقة المدين على بيع الدين المترتب في ذمته الى مؤسسة الفاكторинг بموجب عقد الفاكторинг.

كما أنه في التجديد تنقطع الصلة التي تربط المدين بالدائن القديم، ولا يحق للمدين الادلاء ضد الدائن الجديد بأي دفع من الدفع التي كان من الممكن الادلاء بها بوجه الدائن القديم، فالتجديد يسقط الالتزام القديم اصلاً وفرعاً تجاه الجميع.

من جهة أخرى، ينص التقنين المدني العراقي في المادة 404 منه على أن ((إذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات إلا إذا جددت هي ايضاً))، في حين ينتقل الحق في عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)، مشمولاً بكافة خصائصه وتوابعه وما يرد عليه من دعاوى.

وعليه يترتب على تجديد الدين زوال الالتزام القديم مع فروعه كالتأمينات والضمانات والكفالات الملازمة له والدعاوى والدفع، دون المساس بالضمانات التي ينص عليها العقد، وينشأ التزام جديد له مواصفاته الخاصة المستقلة عن المواصفات التي يتمتع بها الالتزام القديم⁵⁷، وهذا هو جوهر عملية التجديد، حيث يترتب على هذه العملية زوال المراكز القانونية القديمة ونشوء مراكز قانونية جديدة مختلفة عنها.

⁵⁷- شافي، نادر عبد العزيز(2013). مرجع سابق ، ص 228.

المطلب الخامس: النظرية المرجحة في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг:

إذا كان عقد الفاكторинг يستمد نظامه، من بعض الأنظمة القانونية التقليدية المستقرة، فإن ذلك لا يعني أن عقد الفاكторинг، يدخل ضمن النظام القانوني لتلك العقود التقليدية، فهو يتميز عنها بالرغم من أنه قد يخضع في كل مرحلة من مراحله لقواعد إحدى تلك العقود، وأمام عجز النظريات السابقة على تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг ظهرت نظرية راجحة تعتبر ان عقد الفاكторинг هو تطبيق لنظرية الحلول الاتفاقي⁵⁸.

ويُعد الحل الأكثر ملائمةً لطبيعة عقد الفاكторинг ولأهداف طرفيه هو نظرية عقد الحلول الاتفاقي، وفيه يحل الغير محل الدائن الأصلي فيما له من حقوق على المدين، فيصبح دائناً جديداً للمدين، ويمكنه المطالبة بالوفاء بهذه الحقوق، إلا إنهما يختلفان من حيث الإخطار، فالإخطار بمقتضى أحكام الحلول الاتفاقي غير الزامي، حيث يعتبر الحل نافذاً بحق المدين والغير بمجرد وقوعه، وإن كان دون إخطاره، إلا أن الإخطار في عقد الفاكторинг(عقد شراء الحقوق التجارية) يُعد ضرورياً، بل يعتبر من أهم التزامات العميل، فالإخطار في عقد الفاكторинг هو ضماناً لمؤسسة الفاكторинг التي غالباً ما تحرص على وقوعه، لقطع طريق الوفاء على المدين سيء النية، فقد يرفض الوفاء لمؤسسة الفاكторинг مدعياً بعدم علمه وقوع تحويل الحقوق، فهو دليل على سوء نية المدين إذا ما تم إخطار بحلول المؤسسة ومن ثم قام بالوفاء لغيرها⁵⁹.

⁵⁸- شافي، نادر عبد العزيز(2005). مرجع سابق، ص 225.

⁵⁹- توفيق، تورية ، (1986). مرجع سابق، ص 173.

ويقصد بالحلول التبدل أو التغيير في علاقة قانونية فإن تم ذلك باستبدال شيء بآخر كان الحل عينياً، وإن حدث ذلك بإحلال شخص مكان آخر كان الحل شخصياً⁶⁰.

وبمقتضى عقد الحلول الاتفاقي يتم الاتفاق بين العميل الدائن والمؤسسة المالية المتخصصة (مؤسسة الفاكورينغ) على حلول هذه المؤسسة محل العميل في حقوقه قبل المدين، نظير قيامها بالوفاء بقيمة هذه الحقوق لمصلحة العميل، ويتم ذلك بقيد قيمة الفواتير الممثلة للحقوق في الجانب الدائن من الحساب الجاري المفتوح بين الطرفين لهذا الغرض، وعلى المستوى العملي فإن الحلول يتم أعماله في هذه الحالة عن طريق تسليم مخالصة بالدين من الدائن الى المؤسسة (مشتري الفواتير)، وتمثل المخالصة في هذه الحالة سند حلول المؤسسة قبل الدائن (البائع) في مواجهة المدين (المشتري)⁶¹.

وعلى أثر عملية الحلول هذه ينقضي الحق بالنسبة للعميل، وتكتسب المؤسسة المالية المتخصصة الحقوق المحولة إليها مشمولة بكافة خصائصها، وما يرتبط بها من توابع أو تأمينات كالرهون، ومن ثم فلا يكون للمؤسسة المالية المتخصصة أكثر مما يكون للدائن في مواجهة المدين، ويكون لهذا الأخير أن يحتج في مواجهة المؤسسة بكافة أوجه الدفع التي كان له التمسك بها في مواجهة الدائن⁶².

⁶⁰ - محمد، محمود عبد الرحمن، الحلول الشخصي، مرجع سابق، ص 11.

⁶¹ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (1986). مرجع سابق، ص 100.

⁶² - رضوان، فايز نعيم، (1986). مرجع سابق، ص 113.

وإذا كان الحلول المترتب على شراء الفواتير ينقل الحق الثابت في الفاتورة أو السند التجاري إلى ذمة المؤسسة المتخصصة (مؤسسة أو شركة الفاكторинг) مع كافة تأميناته التي تضمنه، فإن المؤسسة تفقد بالمقابل حق الرجوع على العميل في حالة نكوث المشتري (المدين) عن الوفاء، أو في حالة إعساره أو إفلاسه، كقاعدة عامة في ممارسات الفاكторинг، إلا أنها تحتفظ بدعوى رد المدفوع دون وجه حق في الفرض الذي يكون فيه الدين باطلاً أو معيباً، وذلك تطبيقاً لنظرية الاثراء بدون سبب⁶³.

وعلى الموفي الدائن الجديد (مؤسسة الفاكторинг) أن يرجع على المدين بمقدار ما أداه من مال، لا بمقدار الدين إبعاداً لفكرة المضاربة المحرمة وفق أحكام الشريعة الإسلامية التي تصاحب في العادة حوالة الحق⁶⁴.

وقد نص التقنين المدني الأردني في الفقرة (ب) من المادة 319 على أنه (يكون الوفاء للدائن أو لנائبه ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً).

يتضح من هذا النص أنه يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين كل من يقدم مخالصة للمدين بحلولة محل الدائن وتسمى عندئذ (مخالصة مع الحلول)، والغالب أن يتم التصريح بالحلول في مخالصة الدين، ورضاء المدين غير ضروري والحلول يتم دون إرادته، ما لم يكن هنالك إتفاق بين المدين والدائن على أن يكون الوفاء للدائن دون غيره.

⁶³ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 62.

⁶⁴ - السنهوري، عبد الرزاق (1958). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، القاهرة دار النهضة العربية، ص 693.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد اشترط في الحلول الاتفاقية ان يكون الاتفاق بين الغير(الموفي) والدائن(المستوفي) ثابتاً في ورقة رسمية لا يجوز أن يتأخر تاريخها عن وقت الوفاء، وأن لم يقبل المدين بهذا الحلول⁶⁵، وقد وضع الأحكام التفصيلية للحلول الاتفاقية في نصوص قانونية مباشرة.

وفيما يتعلق بالمشرع الأردني فقد أعطى الحق للغير(الموفي) في استيفاء الدين عندما يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، ما لم يكن الوفاء للدائن حصراً بموجب اتفاق بينه وبين المدين⁶⁶.

واتجه الفقه الفرنسي الراجح الى تأسيس عقد الفاكترينغ على نظرية الحلول الاتفاقية، نظراً لصعوبة توفر الشروط القانونية التي تتطلبها المفاهيم القانونية الأخرى، ورغم لجوء الفقه والاجتهاد الفرنسيين الى نظرية الحلول الاتفاقية، إلا ان المشرع الفرنسي قانوناً خاصاً بتاريخ 1981/1/2 المسمى بقانون (Dailly)، وهذا ماجعل عقد الفاكترينغ من العقود المسماة في فرنسا بعد صدور هذا القانون الذي نظم بعض احكامه، ويعتبر عقد الفاكترينغ في فرنسا من العقود التجارية القائمة على الاعتبار الشخص⁶⁷.

⁶⁵ - انظر نص الفقرة (1) من المادة (380) مدني عراقي.

⁶⁶ - أنظر نص المادة(320). مدني أردني.

67 - Ch. Gavalda et J.Stofflet : op. cit. G.1966 -I- 378.

نقلاً عن: شافي، نادر عبد العزيز(2005). مرجع سابق، ص231.

لذا فقد جمعت معاهدة أوتاوا النظام المعروف في الدول الانجلوسكسونية "الحالة" وبين نظام "الحلول" المقرر في بعض القوانين كالقانون الفرنسي⁶⁸.

ويذهب الباحث إلى تأييد نظرية الحلول الاتفاقية كإطار قانوني لعمليات الفاكترينغ، نظراً لتعذر تطبيق أحكام العقود التقليدية الأخرى في جميع احكامها، وكون الآثار التي تترتب في الحلول الاتفاقية تتسجم والآثار المترتبة في عقد الفاكترينغ، حيث أن المؤسسة المالية المتخصصة في هذا العقد ليس لها أكثر مما كان للدائن القديم، وهذا ما عبر عنه المشرع العراقي في نص المادة 381 بقوله (ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن).

فلا حاجة في الحلول إلى رضا المدين لانعقاده أو نفاذه لكي يكون ملزماً بالوفاء للدائن الجديد (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ)، وهذا يتفق مع طبيعة عقد الفاكترينغ الذي يقوم على أساس السرعة والمرونة.

إضافة إلى ذلك أن عقد الفاكترينغ لا يقوم على المضاربة، بخلاف عقد حوالة الحق الذي غالباً ما يقترن بالمضاربة، ففي هذا الأخير يقوم المحال له (مؤسسة الفاكترينغ) بشراء حق بأقل من قيمته إلا أنه يعود على المدين بقيمته الكاملة، وكون عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية) يغيب عنه عنصر المضاربة، وبالتالي يمكن أن نجد له أساسه من خلال الحلول الاتفاقية الذي يلتزم فيه الموفي (مؤسسة الفاكترينغ) بالرجوع على المدين بقيمة ما أوفاه فعلاً من دين.

⁶⁸ - محمد، أشرف وفا، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 194.

المبحث الثالث

تميز عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية) عما يشته به من العقود

يتميز نظام عقد الفاكترينغ بأنه يساعد المشروعات التجارية على إجراء عملية التجارة، فهو من ابتكار الفن الاقتصادي يهدف إلى تخطي عجز وسائل التمويل التقليدية، ويتحقق ذلك من خلال حصول المصدرين أو الدائنين على مبالغ صفقاتهم مسبقاً من المؤسسات المتخصصة فهذه الأخيرة هي التي تقوم بالتمويل وتحمل مخاطره، مقابل انتقال حقوق المصدرين والدائنين إليها.

فظهر هذا العقد كإحدى وسائل التمويل الحديثة التي ساهمت في حل جزء مهم من مشكلة التمويل عبر استعمال بعض القواعد القانونية التقليدية، فهو من العقود المركبة الذي يتضمن في بعض مراحله قواعداً تقليدية مثل: قواعد عقد البيع، وخصم الأوراق التجارية، وقواعد عقد الإيجار التمويلي، وغيرها من العقود التي تشابهه، ولكن هذا لا يعني وضع عقد الفاكترينغ تحت أي من العقود المسماة، بكون نظام عقد الفاكترينغ له أحكامه ومميزاته الخاصة، لذا سيقوم الباحث بتمييز عقد الفاكترينغ عن غيره من العقود التي تشابهه، وعرض القواعد التي تميز هذا العقد عن قواعد العقود الأخرى.

المطلب الأول : عقد الفاكترينغ وعقد الإيجار التمويلي (عقد الليزنغ) .

المطلب الثاني : عقد الفاكترينغ وعقد خصم الأوراق التجارية.

المطلب الثالث : عقد الفاكترينغ وعقد البيع.

المطلب الاول: عقد الفاكترينغ وعقد الايجار التمويلي (عقد الليزنج):

يُعرف عقد التأجير التمويلي على أنه: عبارة عن عملية مالية وتجارية يتم بين الجهة الممولة وتسمى (المؤجر) تضع تحت تصرف المستفيد (المستأجر)، مالاً منقولاً أو عقاراً لمدة معينة مقابل دفع هذا الأخير الأجرة المتفق عليها. ويُخير فيه المستأجر في نهاية المدة بين رد العين المؤجرة إلى المؤجر أو شرائه أو تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى⁶⁹.

كما نص قانون التأجير التمويلي الأردني رقم 45 لسنة 2008 في المادة الثانية منه على أنه: (يقصد بعقد التأجير التمويلي هو النشاط الذي يمارسه المؤجر بتمليك المأجور من أمواله الخاصة أو المقترضة، وتأجيره إلى مستأجر مقابل بدل الإيجار لتمكينه من حيازة المأجور واستعماله والانتفاع به وفقاً لأحكام عقد التأجير).

إن مضمون عقد التأجير التمويلي هو عملية إيجار الأموال لقاء أجرة يبدأ في العادة بقيام المشروع المستفيد (المستأجر) بإبرام عقد الإيجار مع الجهة الممولة (المؤجر) يتم فيه تحديد الأموال المراد استئجارها وبدل الإيجار المتفق عليه يتبعه قيام (المؤجر) بتجهيز الأموال التي يملكها أو إبرام عقد بيع مع المورد لتجهيزها. وعند حلول أجل انقضاء العقد فإن الحال يؤول أما إلى تملك المستأجر للمنقولات أو العقار مقابل اداء القيمة المتبقية التي لم تغطيها أقساط الأجرة. أو تجديد العقد مرة أخرى أو إنهاء الرابطة العقدية ورد الشيء المأجور، فخيار المستأجر في تملك المأجور ليس نتيجة حتمية في العلاقة بين المؤجر والمستأجر وليس بالضرورة أن تفضي هذه

⁶⁹ - عبد القادر، دانا حمة باقي(2006). "عقد التأجير التمويلي" مجلة الرافدين للحقوق، 14 (51) 51-52.

العلاقة إلى تملك العين المؤجرة، وإنما يكفي أن يكون للمستأجر الخيار في تملكها على النحو الذي يؤدي إلى الإعلان الإرادي من جانبه في الرغبة في الشراء إلى إلزام المؤجر بنقل ملكية هذه الاموال له مقابل اداء الثمن المتفق عليه، ولذلك غالباً ما يفرض المؤجر اقساط للأجرة تغطي قيمة الأموال بشكل كامل أو على الأقل جانباً كبيراً منها⁷⁰.

فعقد الليزنغ أو الإيجار التمويلي يخول المستأجر حق الانتفاع بالمال المؤجر طوال مدة الإيجار، مقابل التزامه بأن يدفع للمؤجر بدل الإيجار المتفق عليه في العقد، بالإضافة إلى أنه يتضمن ثلاثة خيارات ممنوحة للمستأجر في نهاية مدة الإيجار، وهي حقه في شراء المال المؤجر، أو تجديد للعقد بشروط أخف وطأة من الشروط السابقة، أو إعادة الأموال إلى شركة الليزنغ⁷¹.

يتشابه عقد الفاكترينغ مع عقد الليزنغ من عدة نواحٍ، لاسيما من ناحية خصائص العقدين، إذ يعتبر كل منهما وسيلة من وسائل التمويل الحديثة، كما أن الاعتبار الشخصي يلعب دوراً كبيراً في كل من العقدين.

إلا أن الاختلاف في جوهر كل من العقدين يبدو جلياً، فمحل عقد الليزنغ يأخذ شكل التمويل العيني، إذ يقوم على عملية تأجير تجهيزات أو معدات أو آليات مشتراه من المؤجر (شركة الليزنغ)، بهدف تأجيرها، مع الاحتفاظ بملكيتها، شرط اعطاء المستأجر حق تملكها لقاء ثمن متفق عليه.

⁷⁰ - عبد القادر، دانا حمة باقي (2006) مرجع سابق، ص 66.

⁷¹ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع السابق. مرجع، ص 198.

بينما محل عقد الفاكترينغ يكون التمويل فيه نقداً، حيث يقوم على عملية شراء ديون تجارية، لقاء تعجيل قيمة تلك الديون بصورة نقدية، مقابل عمولة يتفق عليها الدائن أو البائع مع (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) وتصبح هذه الأخيرة مالكة لتلك الديون، وتطالب المدين في بتاريخ استحقاقها، مع ضمان عدم الرجوع على الدائن أو البائع⁷².

المطلب الثاني: عقد الفاكترينغ وعقد البيع :

عرفت المادة 465 من القانون المدني الأردني عقد البيع بأنه : ((تملك مال أو حق مالي لقاء عوض)).

من خلال التعريف أعلاه يتضح جلياً آثار عقد البيع، من خلال الالتزامات التي يفرضها على أطرافه حيث أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، يقابله التزام المشتري بدفع عوض للبائع، فهو عقد ملزم للجانبين ويتطلب الرضا والأهلية والموضوع والسبب، كما أنه عقد رضائي، ومحدد القيمة أو قابل للتحديد، وفوري التنفيذ، ويتوقف صحة البيع فيه على اتفاق المتعاقدين، وجميع المسائل الجوهرية في هذا العقد، ومنها المبيع والثلث⁷³، وبنفس المفهوم أخذ القانون المدني العراقي⁷⁴.

البيع كعقد لا ينعقد إلا إذا توافرت له اركان كل عقد من رضا ومحل وسبب. وقد يشترط القانون الشكلية كركن رابع فيه.

⁷² - الشوابكة، محمد عايد (2011). عقد التأجير التمويلي، ط1، عمان، دار الثقافة، ص89.

⁷³ - الزعبي، محمود يوسف (2006). العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، عمان، دار الثقافة ، ص16-17.

⁷⁴ - انظر نص المادة (506) و (507) مدني عراقي.

والسبب في العقود الملزمة للجانبين مزدوج، فسبب التزام أحد الطرفين فيما هو تنفيذ الطرف الآخر، ففي عقد البيع سبب التزام البائع، هو تنفيذ التزام المشتري، وسبب التزام المشتري هو تنفيذ التزام البائع⁷⁵.

ويتشابه الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية) مع عقد البيع في أن الأول يجب أن يتضمن الشروط الأساسية العامة لعقد البيع، لا سيما الرضا والأهلية والموضوع والسبب، إضافة إلى الشروط الخاصة التي تتعلق بالمبيع والتمن.

ويختلف عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية) عن عقد البيع كونه يتضمن شروطاً موضوعية مسبقاً من طرف مؤسسة الفاكترينغ، من خلال نموذج خاص يقدم لكل راغب بالتعاقد، ولا يمكن للعميل مناقشة هذه الشروط، إلا ما يتعلق بسعر العمولة ومدة العقد، حتى وصف أنه عقد اذعان، تكون فيه (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) الطرف الذي يفرض شروطه⁷⁶.

كما أن عقد الفاكترينغ، ينحصر فقط في الديون التجارية موضوع العقد، بينما عقد البيع يمكن أن يشمل كافة الاموال المنقولة وغير المنقولة، ولكل منها أحكامها وشروطها الخاصة⁷⁷، كعدم سريان بيع العقار إلا إذا سُجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون⁷⁸.

⁷⁵ - مبارك، سعيد، الفتلاوي، صاحب عبيد، والملا حويش، طه (1993). الموجز في العقود المسماة البيع-الايجار -المقاوله، دار الحكمة للطباعة والنشر، ص21.

⁷⁶ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص55.

⁷⁷ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص168.

⁷⁸ - انظر نص المادة (508) مدني عراقي.

إضافة إلى إن عقد الفاكторинг هو عقد يتكون من عملية ثلاثية الاطراف، إذ تسري بعض أحكامه على المدين بالديون التجارية على الرغم كونه ليس طرفاً في العقد، بخلاف عقد البيع فأن أثره يبقى محصوراً بين طرفيه استناداً الى مبدأ نسبية العقود⁷⁹.

المطلب الثالث: عقد الفاكторинг وعقد خصم الاوراق التجارية:

يُعرف الخصم بأنه: اتفاق يتعهد المصرف بموجبه، بأن يدفع مقدماً قيمة ورقة تجارية أو أي مستند آخر قابل للتداول، إلى المستفيد مقابل نقل ملكيته إلى المصرف مع التزام المستفيد برد القيمة إلى المصرف إذا لم يدفعها المدين، ويقتطع المصرف مما يدفعه للمستفيد من الخصم فائدة من مبلغ الورقة التجارية، فضلاً عن العمولة إن كانت مشروطة⁸⁰، كما يستطيع المصرف أن يطلب من العميل المستفيد تقديم تأمين عيني أو كفالة شخص، وإن وجود هذه الضمانات يبرر أن الخصم عمل مصرفي لا خدمة مصرفية، ويتم الخصم بواسطة التظهير الناقل للملكية⁸¹.

وتتحدد التزامات العميل طالب الخصم بنقل الحق الثابت في السند التجاري إلى البنك ودفع أجر البنك، وإعادة قيمة السند إلى البنك إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء بقيمته عند الاستحقاق⁸².

يتشابه كل من عقد الفاكторинг وعقد خصم الأسناد التجارية بانتقال الحق الثابت في السند التجاري إلى المصرف، وبذلك يكون له كافة حقوق الحامل الشرعي، حيث يستطيع المطالبة

⁷⁹ - توفيق، ثورية، (1986). مرجع سابق ص54.

⁸⁰ - موسى، طالب حسين (2011). شرح القانون التجاري، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، عمان، دار الثقافة، ص 266.

⁸¹ - الفيل، ندى زهير (2006)، التكييف الشرعي لخصم الاوراق التجارية، مجلة الرافدين للحقوق. 8 (27)، 153.

⁸² - العكيلي، عزيز (2002). الأوراق التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص468.

بالوفاء عند حلول اجل الاستحقاق، وهذا الأثر نفسه يترتب في عقد الفاكترينغ، كما يتشابهان من حيث الصفة الائتمانية في كل منهما وتجنيب العملاء الصعوبات المالية والادارية المتعلقة بالتحصيل، كما في كلا العقدين يمكن للعميل اشتراط عدم الرجوع عليه في حال فشل المؤسسة في تحصيل قيمة الورقة من المدين.

إلا إنهما يختلفان من حيث الموضوع، حيث أن موضوع عقد خصم الأسناد التجارية لا يرد إلا على الأسناد التجارية دون الديون الثابتة في فواتير خطية، بينما عقد الفاكترينغ يمكن أن يكون موضوعه كافة الديون التجارية الصحيحة الثابتة في مستندات خطية دون حصرها بالأسناد التجارية، وخلافاً لعقد خصم الاوراق التجارية، فإن عقد الفاكترينغ غالبا ما يتضمن شرطاً يمنع المؤسسة المتخصصة (مؤسسة او شركة الفاكترينغ) من الرجوع على العميل، إذا ماتعذر التحصيل وقت الاستحقاق، فإن الضمان الذي يوفره هذا العقد باعتباره أداة وفاء يمنع (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) من الرجوع على العميل في حالة عدم إستيقاء قيمة الدين.

كما يختلفان من حيث مبلغ الفوائد، إذ أن عمولة عقد خصم الاوراق التجارية تكون مرتفعة خاصة إذا تضمن شرط عدم الرجوع، إما في عقد الفاكترينغ فإن الغرض منه ليس المضاربة، لذلك فإن عمولته لا تتجاوز 1,5 . 3% من مبالغ الديون⁸³.

⁸³ - جهلول، عمار حبيب(2011). مرجع سابق، ص 78.

إن عقد الفاكترينغ قد يتضمن بعض الخدمات الإضافية وإمكانية قيام (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) بتحصيل بعض الديون المترتبة للدائن، ولو لم تكن داخلة ضمن عقد الفاكترينغ، بينما عقد خصم الأسناد التجارية لا يتضمن أية خدمة إضافية لا تتعلق بخصم هذه الأسناد⁸⁴.

يتبين بجلاء أن السبب الرئيسي في ظهور عقد الفاكترينغ هو فشل العقود الكلاسيكية التقليدية المذكورة آنفاً، في استيعاب مشكلة تحصيل السندات التجارية، بجميع أبعادها وجوانبها.

ويصح أن قلنا، أن عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية)، هو عقد مركب من بعض العقود التقليدية، كعقد الخصم وعقد الوكالة وعقد الائتمان وعقد القرض، حيث أن عقد الفاكترينغ هو الوحيد القادر على إستغراق مشكلة تحصيل الديون بجميع أبعادها وجوانبها، وهنا ظهرت الحاجة إليه، وبانت أهميته.

⁸⁴ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 197.

الفصل الثالث

آثار عقد الفاكторинг بالنسبة للدائن (العميل)

إن عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) عقد ملزم لأطرافه حيث يُنشئ حقوقاً والتزامات بين طرفيه، ويترتب على ذلك التزام كل من منهما بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات ينص عليها العقد، والتمتع بالحقوق التي تنبثق عنه، وحسب طبيعته التي تقتضي أن يبادر أحدهما بتنفيذ التزامه حتى يتسنى له الاستفادة من هذه الحقوق، فيترتب على انعقاده آثاراً مهمة طبقاً للعلاقة المباشرة بين طرفي العقد الأصليين، وعملاً بمبدأ نسبية أثر العقود.

فالكي يستطيع الدائن العميل الحصول على قيمة الفواتير يقع عليه واجب تحريرها على المدين أو واجب قيامه بالتظهير الناقل للحق إذا كانت سندات تجارية، وتقديمها لمؤسسة الفاكторинг، ومن خلال إتفاقه مع هذه الأخيرة تحدد الطريقة التي من خلالها يتم استيفاء قيمة تلك الديون، وتبعاً لذلك سيتناول الباحث في هذا الفصل الحقوق والالتزامات المترتبة بمقتضى عقد الفاكторинг بالنسبة للدائن عميل المؤسسة وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول : التزامات الدائن العميل.

المبحث الثاني : حقوق الدائن العميل.

المبحث الأول

التزامات الدائن العميل

تقتضي طبيعة عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) أن يبادر الدائن العميل بتنفيذ التزاماته لكي يتسنى له الاستفادة من خدمات مؤسسة الفاكتوريينغ المتمثلة في تعجيل قيمة الفواتير والسندات التجارية والخدمات الأخرى المتفق عليها في العقد، وفي مقابل الحقوق التي يحصل عليها الدائن العميل بموجب عقد الفاكتونغ، فهو يلتزم بالتزامات جوهرية وأساسية في هذا العقد اثناء تنفيذه، وهذه الالتزامات تشكل السبب الرئيس في قيام المؤسسة بتنفيذ التزاماتها، وتتمثل بقيام الدائن العميل بنقل حقوقه إلى مؤسسة الفاكتوريينغ مصحوبة بما يدعمها من المستندات المثبتة، كما يلتزم بتقديم جميع فواتيره وهو ما يعرف بمبدأ الجماعية أو القصر، ودفع عمولة مؤسسة الفاكتوريينغ، وإعلامها عن أية مخاطر تحيط بتحصيل الحقوق، إضافة إلى التزامه بإخطار مدينه الزبون (المشتري)، وسيتم تناول هذه الالتزامات وفقاً للتقسيم التالي :

المطلب الاول : الالتزام بنقل الحقوق مصحوبة بما يدعمها من المستندات المثبتة.

المطلب الثاني : الالتزام بتقديم جميع الفواتير (مبدأ الجماعية أو القصر).

المطلب الثالث : الالتزام بدفع عمولة مؤسسة أو شركة الفاكتورنغ .

المطلب الرابع : الالتزام بالأعلام عن مخاطرالتحصيل .

المطلب الخامس : الالتزام بإخطار المدين .

المطلب الأول : الالتزام بنقل الحقوق مصحوبة بما يدعمها من المستندات المثبتة

ينصب عقد الفاكторинг، على نقل الحقوق الثابتة في الفواتير والسندات التجارية من الدائن (العميل)، الدائن الأصلي للمدين إلى مؤسسة الفاكторинг التي تأخذ صفة الدائن الجديد للمدين.

ولا بد من تزويد المؤسسة المالية عند حلولها محل الدائن الأصلي بما يدعم هذا الحلول وكل ما يثبت قيام هذه العملية، أي الصفقة التي تمت بين الدائن الأصلي ومؤسسة الفاكторинг المتمثلة بإبرام عقد الفاكторинг، وعليه تتمثل العمليات التي يجب على الدائن القيام بها بهذا الخصوص بما يلي:

الفرع الأول: تحرير الفواتير لمصلحة مؤسسة الفاكторинг .

الفرع الثاني: إرفاق عملية تحويل الحقوق بالوثائق الضرورية.

الفرع الأول : تحرير الفواتير لمصلحة مؤسسة الفاكторинг :

في هذه المرحلة يتم تحرير وإصدار الفاتورة من قبل الدائن العميل (البائع) بعد إرسال السلع أو تقديم الخدمة، فتحرر الفاتورة باسم المدين (المشتري) مع كتابة عبارة (تحويل) على الفاتورة حيث تبين هذه العبارة أن الفاتورة قد تم التنازل عنها ونقل حقوقها لصالح مؤسسة الفاكторинг⁸⁵.

ويلجأ بعدها الدائن (البائع) إلى مؤسسة الفاكторинг لإبرام العقد وبعد هذا الاتفاق يقوم الدائن (البائع) بتنفيذ التزاماته في إنجاز المعاملة التجارية، وتحديد الفواتير ثم تقديمها للمؤسسة وفقاً

⁸⁵ - بوعلام وصليحة (2006). مرجع سابق، ص7.

لمبدأ الجماعية الذي سنأتي على ذكره لاحقاً. وليس كل ورقة هي فاتورة بل لابد أن تكون مطابقة للنموذج العادي المتداول تجارياً حسب العرف والعادات التجارية، مع تضمنها عدة بيانات يتطلبها القانون حتى تكون هذه الفاتورة صحيحة ومنتجة لآثارها كوثيقة تجارية كونها تعد دليلاً للأثبات في المعاملات التجارية، لذا يُلزم أن تتسم بالصرامة والوضوح حتى يتسنى للغير قراءتها وتحديد محتوياتها بسهولة⁸⁶.

ويفترض عقد الفاكторинг قيام الدائن العميل بتحرير الفواتير ضد المدينين، ويتم ذلك بعد إبرام العقد الاساسي، سواء كان محله تسليم بضاعة أو تأدية خدمات، وقد يتم تحويل الفواتير قبل إبرام العقد الاساسي في بعض الحالات، كما لو قام الدائن (البائع) بتحرير الفواتير قبل إبرام عقد البيع مع المدين (المشتري) بقصد إرسالها إلى مؤسسة الفاكторинг للحصول على الثمن الذي يمكنه من تنفيذ طلبات المشتريين الزبائن⁸⁷، ويصح انتقال الحقوق الحالة أو المستقبلية بين الأطراف حتى مع غياب تعيينها تعييناً دقيقاً ما دامت قابلة للتحديد، عند إبرام العقد أو عند ميلادها، وهذا ما نصت عليه إتفاقية أوتاوا 1988⁸⁸.

وإذا تمت عملية الحل قبل شهر افلاس الدائن العميل، وكانت مستوفية لشروطها كتحويل الفواتير لمؤسسة أو شركة الفاكторинг وتسليمها مخالصة الحل، كانت هذه العملية صحيحة ونافذة على جماعة الدائنين لأنها لا تعتبر وفاء لدين، أما إذا كانت عملية تحويل الحقوق لم

⁸⁶ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 66.

⁸⁷ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 57.

⁸⁸ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص 68.

تستوف إجراءاتها قبل شهر الإفلاس فلا يجوز إتمامها بعد ذلك سواء كانت هذه الحقوق ثابتة في فواتير أو في سندات تجارية.

أما بالنسبة للسندات التجارية، إذا لم يستكمل تحويلها قبل شهر إفلاس العميل فلا يجوز تظهيرها بعد ذلك، ولا يحتج بهذه الورقة على جماعة الدائنين، وما دام لم يتم تظهيرها لأمر المؤسسة تظهيراً ناقلاً للحق، فإن قيمة الورقة تبقى في ذمة العميل وتدخل في أصول التفليسة⁸⁹. فلا يجوز للمفلس تحرير السندات التجارية وتظهيرها وقبولها.

هذا وتُعد الفاتورة مستنداً أساسياً في جميع عمليات البيع والشراء، فهي ورقة يحررها الدائن (البائع) يبين فيها الخصائص الأساسية في البيع، مثل كمية البضاعة من حيث الوزن والحجم والعدد والتمن الاجمالي المستحق على المدين (المشتري)، وقد ورد في المرشد العملي لغرفة التجارة الدولية بأن الفاتورة هي البيان الحسابي الذي يبين فيه البائع ما تتحمله البضاعة من اعباء على المشتري، فهي تتضمن في العادة :

- التاريخ، اسم وعنوان البائع والمشتري .
- رقم الأمر أو العقد ، وكمية ووصف البضاعة، وثمان الوحدة (وتفصيل عن أي اعباء أخرى يكون ثمة إتفاق عليها لم تدخل في ثمن الوحدة أو الثمن الاجمالي).
- وزن البضاعة وعدد الطرود والعلاقات الخاصة بشحنها وعددها.

⁸⁹ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 214.

ويجب أن لا تتعارض التفاصيل الواردة في الفاتورة مع المستندات الأخرى المقدمة⁹⁰.

فبعض البيانات تكتسب صفة الإلزام نظراً لأهميتها القصوى في الفاتورة، كتضمنها كلمة فاتورة لتمييزها عن باقي الأوراق والمحركات التجارية، وكذلك أسم البائع (الدائن) وتوقيعه حتى يتسنى للبائع الاستناد إليها في الأثبات، وكذلك أسم المشتري (المدين)، لأن تخلف ذكرها يفقدها قوة في الأثبات بالنسبة للبائع والمشتري على حد سواء، وكذلك تأريخ ومكان تحرير الفاتورة باليوم والشهر والسنة، وطبيعة البضائع، وجودتها، وعددها، وكميتها، والمبلغ الإجمالي الصافي الواجب أدائه بعد خصم الاقطاعات المقبولة من الطرفين، والرسوم الضريبية، ويجب أن يكون المبلغ نقداً لأن الفاتورة تمثل وثيقة للحسابات، مع ضرورة إحتفاظ كل منهما بهذه الفواتير ضمن الدفاتر التجارية.

والبعض الآخر من البيانات اختيارية، كرقم الفاتورة، كونها تطبع على شكل دفتر خاص يضم مجموعة منها أصل وصورة ومكان الوفاء وشروطه حيث أن عدم ذكره لا يؤثر على صحة الفاتورة كون مكان الوفاء هو بيان إتفاقي⁹¹.

والى جانب البيانات التي يجب توافرها في الفاتورة، هنالك شروطاً موضوعية لا بد من توافرها أيضاً لإعتبار تحرير الفاتورة سليماً من الناحية القانونية، وتتمثل هذه الشروط بما يلي:

أولاً- التراضي : هذا الركن أساسي في تحرير الفاتورة لمؤسسة الفاكترينغ، إذ يجب أن تتجه أرادة الدائن (البائع) صراحة للقيام بمثل هذا التصرف أي نقل حقوقه بموجب تحرير الفاتورة إلى

⁹⁰- عوض، علي جمال الدين (1989) الأعمادات المستندية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص255.

⁹¹- توفيق، ثورية (1987). مرجع سابق، ص68.

مؤسسة الفاكترينغ، فلا بد لصحة التراضي أن تكون الإرادة خالية من العيوب ، كالغلط والتدليس والإكراه، وإن كان من المستبعد عملياً وقوع الدائن (البائع) في الغلط لأن الوثائق المثبتة للعقد من سندات وفواتير من تقديمه، غير أنه من الممكن وقوع مؤسسة أو شركة الفاكترينغ بالغلط سواء في تقدير حجم المخاطر التي تشكلها الحقوق المحولة إذا بنت هذا المؤسسة تقديراتها على معلومات خاطئة، أو في صفة المتعاقد نفسه، ويمكن للمؤسسة الفاكترينغ إبطال العقد إذا ما وقع تدليس من الدائن (البائع) كأن يخفي معلومات أو وقائع أو ملابسات لو علمت بها ما كانت لتبرم لعقد⁹².

ثانياً- المحل: والذي يقصد به بماذا التزم المتعاقد ؟ إن محل عقد الفاكترينغ بالنسبة للدائن عميل المؤسسة يتمثل بالحق الثابت في الفاتورة أو أي سند تجاري آخر، أي نقل الحقوق الثابتة في الفواتير والسندات لمؤسسة الفاكترينغ، أما بالنسبة لمحل عقد الفاكترينغ بالنسبة للمؤسسة هو التزامها بتعجيل قيمة الحق الثابت في الفواتير والسندات⁹³.

ثالثاً- السبب: يجب أن يكون سبب إنشاء تحويل الفاتورة والسندات التجارية لمؤسسة الفاكترينغ مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإذا كانت ناتجة عن أعمال مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة كالإتجار بالمخدرات، يترتب على ذلك بطلان صحة التصرف.

كما يشترط توافر الأهلية بالنسبة لمحرر الفواتير والسندات التجارية (الدائن العميل مبرم عقد الفاكترينغ) وذلك بأن يكون بالغاً سن الرشد بالنسبة للأشخاص الطبيعية، أو أن يكون مديراً مفوضاً للقيام بهذا العمل بالنسبة للشخص الاعتباري (الشركات)⁹⁴.

⁹² - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 24.

⁹³ - شتيوي، حسبية (2014). مرجع سابق، ص 24.

⁹⁴ - أنظر نص الفقرة (1) المادة (123) قانون الشركات العراقي. ونص الفقرة (أ) المادة (153).

هذه هي الشروط العامة التي أوجبها القانون صراحةً لإبرام العقود⁹⁵، وتنتقل الحقوق عندئذ بمجرد تسليم الفواتير أو السندات إلى مؤسسة أو شركة الفاكترينغ التي أشرت تلك الحقوق أو الديون المثبتة ذلك السند أو الصك أو الفاتورة⁹⁶.

الفرع الثاني: إرفاق عملية تحويل الحقوق بالمستندات الضرورية :

يلتزم الدائن العميل بموجب عقد الفاكترينغ، إضافة إلى نقل حقوقه من خلال تحرير الفواتير، بمساعدة مؤسسة أو شركة الفاكترينغ في التحصيل، وذلك بأن يزودها بالمستندات والوثائق وكل ما يلزم التحصيل، كما لو اضطرت المؤسسة إلى مقاضاة المدين الممتنع عن الوفاء فتكون بحاجة إلى كل ما يعزز حلولها تجاه المدين الممتنع⁹⁷.

فإمعاناً في تأكيد التزام الدائن العميل يجب عليه تقديم الفواتير المحررة على مدينه، مع إرفاقها بالوثائق والمستندات الضرورية المؤكدة لصحة هذه الفواتير، وكذلك الوثائق المثبتة لعملية تحويل الديون التجارية لمصلحة مؤسسة الفاكترينغ، فيجب على الدائن العميل أن ينقل كافة الديون إلى المؤسسة مع بيان، إنها تمثل ثمن البضائع أو الخدمات المقبول ضمانها بصفة فعلية، على أن يكون هذا الأرسال مصحوباً بسلسلة من مستندات الأثبات، كسند الشحن وبوليصة النقل، أو إيصال استلام البضاعة قبل المدين، وما يثبت تنفيذ الأعمال الخاصة بالخدمات المؤداة⁹⁸.

وقد يلتزم الدائن (العميل) بتحويل السندات التجارية التي تلقاها من المدين أو التي سحبها عليه، وذلك بتظهيرها لأمر مؤسسة الفاكترينغ تظهيراً ناقلاً للحق، متى كانت هذه السندات

⁹⁵ - انظر نصوص المواد (93، 112، 126) مدني عراقي، ويقابلها نصوص المواد (116، 130، 151، 171) مدني اردني.

⁹⁶ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 60.

⁹⁷ - عوض، علي جمال الدين ، عمليات البنوك. مرجع سابق، ص 649.

⁹⁸ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 59.

مرتبطة بالحقوق المحولة لمؤسسة الفاكستورنغ، فتُعد هذه السندات ملكاً لهذه الأخيرة بمجرد وقوع التحويل لها وتسليمها تلك السندات⁹⁹.

ويترتب على التظهير الناقل للحق انتقال جميع الحقوق الناشئة عن السند التجاري إلى المظهر إليه بصورة نهائية وفورية، فلو دخلت قيمة السند في الحساب الجاري القائم بين المظهر (الدائن العميل) والمظهر إليه (مؤسسة الفاكستورنغ) فإن الأخير يكتسب الحقوق الناتجة عن التظهير لا من القيد في الحساب، بل فور التظهير، كما أن المظهر إليه يكتسب هذه الحقوق بصورة نهائية حتى لو لم ينفذ المظهر إليه التزاماته قبل المظهر، إذ لا يكون لهذا الأخير عندئذٍ غير مطالبته بما هو مدين له به ولا يغير من الأمر شيئاً إن أفلس المظهر إليه في هذه الحالة، لأن مبلغ السند يعتبر جزءاً من موجودات المدين المفلس التي يكون من حق جميع دائنيه اقتسامه على أساس المساواة قسمة غرماء ولا يكون للمظهر إلا الاشتراك معهم في هذه القسمة¹⁰⁰.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (54) من قانون التجارة العراقي على انتقال جميع الحقوق الناتجة عن التظهير الناقل للحق بقولها (ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة)، وقد ذهب المشرع الاردني الى نفس المفهوم في نص الفقرة الاولى من المادة (144) بقوله (ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن السند).

وهكذا ينتقل الحق الثابت في السند التجاري إلى مؤسسة أو شركة الفاكستورنغ بحكم القانون، بمجرد التظهير وتسليم السند (للمظهر إليه) فيكون لها حقاً خاصاً ومباشراً قبل المدين والمطالبة

⁹⁹ - توفيق، تورية، (1987). مرجع سابق، ص 51.

¹⁰⁰ - سامي، فوزي محمد، والشماع، فائق (1986). القانون التجاري الاوراق التجارية، بغداد، مكتبة السنهوري، ص 144.

بقيمته عند أجل الاستحقاق، ويحق لمؤسسة الفاكترينغ إعادة تظهيرها والتصرف في قيمتها بالتداول التجاري¹⁰¹.

وقد يلتزم الدائن العميل بأن يظهر إلى مؤسسة أو شركة الفاكترينغ سندات تجارية تجاه مدينه تظهيراً توكلياً، إذا كان الاتفاق بينهما على مجرد التحصيل، وذلك تسهيلاً لعملية التحصيل¹⁰²، ويمكن لمؤسسة الفاكترينغ أن تظهر هذه السندات تظهيراً توكلياً، وإن كان ذلك يعرضها لخطر رجوع الحامل في حالة عدم وفاء المسحوب عليه (المدين) بقيمة السند.

فإذا كان الدائن العميل ملتزماً بتقديم حقوقه للمؤسسة لمجرد تحصيلها، فإن على الأخيرة ألا تخالف التعليمات التي صدرت إليها منه، باعتباره الموكل، أثناء تنفيذ العقد.

فمثلاً، يتعين على الوكيل (مؤسسة الفاكترينغ) أن يتقدم للمطالبة بحقوق عميله (الدائن) في موعد استحقاقها سواء كانت هذه الحقوق ثابتة في فواتير أو في سندات تجارية، وأن يخطر العميل بكل التطورات التي من شأنها أن تؤثر في استيفاء حقه كامتناع المدين عن الوفاء، وأن يتخذ كل الاجراءات الضرورية، كسحب احتجاج عدم الوفاء لتحريك الضمانات التي تضمن للعميل (الدائن) حقه، فإذا لم يقم بالإجراءات خلال المدة المعقولة، فإنه يسأل عن ذلك مسؤولية عقدية¹⁰³. وقد يسأل الوكيل (مؤسسة الفاكترينغ) عن الخطأ وأن كان يسيراً لأن الحيطة والحذر في التنفيذ تُنتظر منه باعتباره شخص محترف ومتخصص.

¹⁰¹ - انظر نص المادة (51) من قانون التجارة العراقي، ويقابلها نص المادة (141) من قانون التجارة الاردني.

¹⁰² - فضلي، هشام (1997). عقد شراء الديون التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص160.

¹⁰³ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص143.

المطلب الثاني: الالتزام بتقديم جميع الفواتير (مبدأ الجماعية):

ويُطلق على هذا الالتزام مبدأ الجمع والقصر، وبموجب هذا المبدأ يلتزم الدائن العميل بأن يعهد إلى مؤسسة الفاكترينغ بجميع فواتيره الخاصة بحقوقه لدى مدينه دون استثناء، على أن تلتزم المؤسسة بتعجيل قيمة الحقوق للدائن من جهة، والالتزام بضمان عدم الرجوع عليه من جهة أخرى.

والغرض الأساسي من هذا المبدأ، لكي لا يعهد الدائن العميل إلى مؤسسة الفاكترينغ بديونه الضعيفة التي يرى صعوبة في تحصيلها، ويحتفظ لنفسه بالحقوق الأخرى التي يضمن تحصيلها، فالمفروض أن تتوازن الحقوق على اختلاف ظروف تحصيلها فيما بينها، وهذا يبرر - إلى حد ما - حرمان مؤسسة الفاكترينغ من فرصة الرجوع على الدائن العميل بالديون التي يتعذر في تحصيلها¹⁰⁴.

فالفرض في عقد الفاكترينغ هو أن مؤسسة أو شركة الفاكترينغ تضمن خطر عدم وفاء المدين الناتج عن إعساره أو إفلاسه، وبالتالي تفقد حقها بالرجوع على الدائن العميل لاسترداد ما دفعته من اعتمادات، فكان لا بد من إعطاء مؤسسة الفاكترينغ الحماية والضمان كمقابل لعدم الرجوع وما ينطوي عليه من مخاطر، وحتى تتساوى المصالح المشتركة في العقد فيكون ما تتحمله المؤسسة من خطر مساوٍ لما تحصل عليه من ضمانات تتمثل في (مبدأ الجماعية أو

¹⁰⁴ - عوض، علي جمال الدين، (1994). الإعتمادات المصرفية وضماناتها، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 122.

القصر)، وحق مؤسسة أو شركة الفاكترينغ في تصفية واختيار الفواتير وتوزيع الخطر بين مختلف الفواتير وما يعود عليها من أرباح¹⁰⁵.

ومع ذلك ليس معنى هذا المبدأ إرغام الدائن العميل بأن يعهد بكل حقوقه أياً كانت إلى مؤسسة الفاكترينغ وبشكل حتمي، بل قد يرد عليه استثناء ينص عليه العقد ذاته، فيمكن أن يقتصر الإتفاق على فواتير التجارة الخارجية للدائن العميل، أو بيوعه إلى بلد معين، أو سلع معينة، ويلتزم العميل في هذه الحالة بتقديم الفواتير المتعلقة بهذا النطاق، أو الخاصة بذلك المشتري، أو البلد فالمبدأ قد يكون محدداً، ولكنه في حدود نطاقه يكون عاماً شاملاً لكافة الحقوق التي على مديني الدائن العميل.

كما أن مبدأ الجماعية أو القصر، لا يفرض على مؤسسة الفاكترينغ قبول كافة الفواتير والسندات المقدمة إليها، وذلك لأن الاتفاق يعطي لها الحق دائماً في إمكانية عدم دفع قيمة بعض الفواتير، من خلال حقها في اختيار الفواتير التي تحول إليها، فتستطيع مؤسسة أو شركة الفاكترينغ بموجب شرط خاص في العقد أن تحتفظ لنفسها بالحق في قبول أو رفض واحدة أو أخرى من هذه الفواتير، بحسب ما إذا كان الحق الثابت فيها معيياً أو باطلاً، أو كونه غير مناسب أو مجرد من كل ضمان، أو لأنه ثبت لديها بمقتضى التحريات التي تقوم بها أن الدائن أو العميل لم يرسل البضائع المتفق عليها مع المدين المشتري أو لم يؤد الخدمة المتفق عليها، أو أي أخلل آخر بالتزامه التعاقدي، والمحركة هذه الفواتير ثماً لها، لأن مثل هذه الفواتير لا تعبر -

¹⁰⁵ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 75.

فيهذه الحالة- عن ثمة حق للدائن العميل في ذمة المدين¹⁰⁶، وبالتالي لا بد أن يكون رفضها مبرراً.

وهنا تكمن أهمية اشتراط مؤسسة أو شركة الفاكترينغ على الدائنين أو العملاء، بتقديم أوراق الأثبات والمستندات الممثلة للبضائع المرسله أو الخدمات المؤداة، والتي يلزم تقديمها لمؤسسة الفاكترينغ، كإذن الطلبية، وسندات الشحن، وبوليصة التأمين، وسندات تنفيذ الأشغال المتعلقة بالخدمات محل العقد.

وكثيراً ما يتفق في عقد الفاكترينغ على حداً أقصى للمبلغ الذي تقبل مؤسسة أو شركة الفاكترينغ الفواتير في حدوده، بحيث يكون لهذه الأخيرة أن ترفض ما تقدم إليها مجاوزاً إياه، وقد تقبل لكن على سبيل التوكيل، بحيث يكون لها الرجوع على الدائن العميل بقيمة ما دفعته إليه في حال فشلها في تحصيل قيمة الفاتورة أو السند¹⁰⁷.

ولتجاوز الصعوبات الناتجة والمرتبة عن صرامة نظام القبول الوارد على هذه الفواتير من قبل مؤسسة الفاكترينغ، فإنها غالباً ما تعطي موافقتها على تقديم حد معين من الائتمان تمنحه لعميلها، يمثل حد أقصى للمبالغ التي تُقبل الفواتير في حدودها، ويجري قيده في الجانب الدائن من الحساب الجاري الذي يُفتح لهذا الغرض¹⁰⁸.

¹⁰⁶ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص51.

¹⁰⁷ - عوض، علي جمال الدين (1994). مرجع سابق، ص 123.

¹⁰⁸ - محمد، ذكرى عبد الرزاق، المرجع السابق، ص52.

والغالب عملاً، أن تقبل مؤسسة أو شركة الفاكترينغ جميع الفواتير والسندات، حتى ما كان منها عسير التحصيل لأن الفائدة التي تحصل عليها تكون أكبر وأعظم.

أما بالنسبة لمبدأ أو شرط القصر، فيقصد به التزام الدائن (العميل)، عدم التعامل مع مؤسسة أي مؤسسة أخرى لشراء الحقوق، وإذا أراد عكس ذلك فيجب أن يكون التعامل بخصوص إحدى قطاعات نشاطه، التي لا تغطيها مؤسسة الشراء التي تعامل معها، سواء كان قطاعاً نوعياً أو جغرافياً، ويتعين عليه أن يُعلم قبل إبرام هذا العقد المؤسسة التي يتعامل معها، وأن يتأكد من عدم تغطية المؤسسة لهذا النشاط¹⁰⁹.

وفي هذه الحالة، لا يكون للدائن العميل الاتفاق مع مؤسسة أخرى، غير التي يتعامل معها، لشراء الديون التي تدخل حصرياً ضمن نطاق العقد، أما خارج إطار ذلك العقد فيحق للدائن العميل التفاوض والاتفاق مع أية مؤسسة فاكترينغ لشراء الديون التي لا تدخل ضمن الديون التي تشكل محور العقد الأول المبرم، كأن يتفق الدائن مع مؤسسة أخرى على شراء الديون الخارجية، والتي لا تتعارض مع الديون الداخلية التي تشكل موضوع عقد الفاكترينغ الذي المبرم سابقاً مع مؤسسة فاكترينغ أخرى، لأن الاتفاق مع أكثر من مؤسسة لشراء حقوقه قد يخلق منافسات ومشاكل تجارية.

إن مبدأ الجماعية والقصر، يعتبر من المبادئ الرئيسية في عقد الفاكترينغ، وغالباً ما

تحرص على تطبيقه وتنظيمه المؤسسة، فهو يعتبر بمثابة ضمان لهذا الأخيرة، فمؤسسة

الفاكترينغ باعتبارها تضمن خطر عدم الوفاء الناتج عن إعسار أو إفلاس المدين كان لا بد من

¹⁰⁹- عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص187.

إعطائها الحماية والضمان كمقابل لما تتحمله من خطر ولكي تتساوى المصالح المشتركة بين طرفي العقد، فتكون ما تتحمله المؤسسة مساوٍ لما تحصل عليه من ضمانات، تتمثل في مبدأ الجماعية وحققها في تصفية الفواتير والسندات، والزام الدائن (العميل) بعدم التعامل مع غيرها قبل أن يتفق معها على ذلك.

المطلب الثالث: الإلتزام بدفع عمولة مؤسسة الفاكторинг:

يُعتبر عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) من عقود المعاوضة، فما تعجله مؤسسة أو شركة الفاكторинг من قيمة الفواتير أو السندات التجارية يكون مقابل عمولات وفوائد تقتطع من قيمة السندات أو الفاتورة، ولإيضاح ألتزام الدائن بدفع العمولات والفوائد ينبغي التمييز بين العمولات والفوائد وعلى النحو الآتي :

أولاً- العمولة في عقد الفاكторинг :

إن العمولة في عقد الفاكторинг :هي الاتفاق على المقابل الذي تتقاضاه مؤسسة أو شركة الفاكторинг من الدائن العميل نظير الخدمات التي تؤديها له، وهي من العناصر الرئيسية في العقد باعتباره من عقود المعاوضة، وعادة ما يتم تحديد مبلغ العمولة المستحقة على ضوء تصرف الدائن العميل حيال مبلغ الاعتماد المقيّد لمصلحته في الحساب، فإذا قام باستخدام مبلغ الاعتماد

بصورة مباشرة وفورية فإنه يلتزم بدفع العمولة بالإضافة إلى الفائدة المستحقة للمؤسسة عن تعجيلها الوفاء بقيمة حقوق الدائن العميل على مدينه¹¹⁰.

هذا وتتخذ العمولة صورة نسبة مئوية من قيمة الحقوق المراد الوفاء عنها، وقد يُتفق على أن تكون هذه العمولة بصورة مبلغ محدد، فهي ليست نوعاً من أنواع الفوائد وذلك لكونها تدفع لقاء عمل معين كفتح حساب جارٍ¹¹¹.

كما يعتمد تحديد مبلغ العمولة على العديد من العوامل، منها النظر إلى شروط البيع، والقيمة المتوسطة للسندات التجارية والفواتير، والمنفعة المتوقعة التي يحصل عليها الدائن العميل، كذلك الحالة الائتمانية للمشروع الاقتصادي(الدائن) ومركز مدينه وسمعتهم المالية، وعادة تحتفظ مؤسسة الفاكترينغ لنفسها بالحق في تعديل نسبة العمولة، وفقاً لتطور رقم أعمال المشروع التجاري، وحالته المادية، ونسبة المخاطر التي تحيط بالتحصيل¹¹².

ويبرر جانب من الفقه¹¹³ حصول مؤسسة الفاكترينغ على العمولة بالاستناد إلى ثلاثة عناصر هي:

- النفقات التي تتكبدها مؤسسة أو شركة الفاكترينغ من أجل القيام بنشاطها.
- الخدمات التمويلية التي تؤديها مؤسسة أو شركة الفاكترينغ.

¹¹⁰ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص71.

¹¹¹ - صالح، باسم محمد(1987). القانون التجاري، بغداد، مطبعة جامعة بغداد، ص 238.

¹¹² - محمد، ذكرى عبد الرزاق(2010). مرجع سابق، ص72.

113 - Ch Gavalda et J . Op.Cit. 1966 2044-36.

نقلا عن : شافي، نادر عبد العزيز(2013). مرجع سابق، ص379.

- المخاطر التي تتحملها مؤسسة أو شركة الفاكترينغ وأخطرها عدم تسديد المدين للدين موضوع عقد الفاكترينغ.

إن تحديد العمولة قد يحمي مؤسسة الفاكترينغ من الإنهاء المفاجئ للعقد من جانب الدائن العميل ما دام العقد غير محدد المدة، أما إذا كان الإنهاء من جانب المؤسسة، فإنه يستنزل من القيمة السنوية المستحقة (القيمة المتبقية من السنة).

فإذا كان الحد الأدنى للعمولة 20,000 عشرون ألف دينار وقامت المؤسسة بإنهاء العقد بعد فترة ستة اشهر، فإن الحد الأدنى للعمولة المستحقة في هذه الحالة 10,000 عشرة آلاف فقط، فإذا كانت العمولة التي حصلت عليها من العميل أثناء تنفيذ العقد هي 5000 خمسة آلاف دينار مثلاً، فلا يلزم الدائن (العميل) إلا بوفاء 5000 خمسة آلاف دينار فقط¹¹⁴.

وقد جرى في عقد الفاكترينغ على التمييز بين نوعين من العمولات التي تتقاضاها مؤسسة أو شركة الفاكترينغ وهما :

1- **العمولة الخاصة:** ويقصد بها عمولة التعجيل، أو عمولة التمويل، الفوائد المستحقة عن تعجيلها الوفاء بقيمة الديون للدائن العميل على مدينيه وتُحسب عن المدة الفاصلة بين تاريخ سحب الدائن العميل لمبالغ الاعتماد من الحساب الجاري وتاريخ استحقاق الديون¹¹⁵.

2- **العمولة العامة:** هذه العمولة تتقاضاها مؤسسة الفاكترينغ نظير خدمتي الإدارة والتزامها بعدم الرجوع على الدائن العميل عند عدم التحصيل، وهي تقابل الخدمات الادارية التي تقدمها

¹¹⁴ - جهول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 99.

¹¹⁵ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 71.

المؤسسة لعمليها الدائن، مثل تحصيل الديون وإدارة الحسابات وتقديم المساعدات والاستشارات والمعلومات¹¹⁶.

ثانياً- الفوائد:

الفائدة هي نسبة القيمة المضافة إلى أصل المبلغ، وتُقدر مؤسسة الفاكورتينغ سعر الفائدة المستحقة سنوياً في ضوء سعر الاساس المصرفي، أو في ضوء متوسط معدل سعر الفائدة الشهري في سوق النقد، ولا يجوز أن تزيد هذه الفائدة على الحد الأقصى المحدد قانوناً للفائدة الاتفاقية¹¹⁷.

وقد حدد المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية نسبة الفوائد ب 9% ولم يعطي المشرع الحق في تجاوز هذه النسبة¹¹⁸.

إلا إن قانون البنك المركزي الأردني رقم 23 لسنة 1971 بنص المادة (43) أعطى بموجبه للبنك المركزي صلاحية تحديد الحد الاعلى والحد الادنى لمعدل الفوائد التي تتقاضاها البنوك المرخصة، ومؤسسات الاقراض المتخصصة (باستثناء البنوك الاسلامية) على تسهيلات الائتمان التي تمنحها للعملاء، وبالتالي فيمكن للبنوك أن تتقاضى من عملائها الفوائد دون التقيد بالحدود التي نص عليها القانون.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فقد حدد سعر الفائدة بموجب أحكام القانون المدني ب 5% في المواد التجارية، إلا إنه أعطى الحرية للمتعاقدین في ذات القانون أن يتفقا على سعر آخر للفوائد شرط أن لا يزيد هذا السعر عن 7% وإلا يتعين رد ما دفع زائداً¹¹⁹.

ومع ذلك فإن المشرع العراقي قد استثنى البنك المركزي في القانون رقم 164 لسنة 1976 المعدل، من التقيد بنسبة الفوائد المنصوص عليها في القانون المدني، ويعلل هذا الاستثناء بحسب المذكرة التفسيرية لقانون البنك المركزي بالارتفاع المستمر في أسعار هذه الفوائد التي تستوفيها

¹¹⁶ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 281.

¹¹⁷ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 71.

¹¹⁸ - أنظر نص الفقرة (4) من المادة (167) قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

¹¹⁹ - انظر نصوص المواد (171، 172) مدني عراقي.

المصارف والمؤسسات المالية الاجنبية والتي وصلت إلى نسب تزيد كثيراً على نسب الفوائد التي تستوفيها المصارف والمؤسسات المالية العراقية والمحددة بنص المادة (172) من القانون المدني، ولغرض تجنب الخسائر التي تتحملها المصارف والمؤسسات المالية العراقية، نتيجة للفرق بين سعري الفائدة في الداخل والخارج¹²⁰.

المطلب الرابع: الالتزام بالإعلام عن مخاطر التحصيل

تفرض الثقة وحسن النية المفروض توافرها في عقد الفاكنتورنغ (عقد شراء الديون التجارية)، إلزام الدائن العميل بإحاطة مؤسسة أو شركة الفاكنتورنغ بجميع المعلومات المتعلقة بالصفقة، حيث توجب الثقة التعاقدية المستوجبة للالتزام بالإفصاح عن جميع البيانات وفي أي مرحلة من مراحل العقد سواء كان ذلك قبل إبرامه، أو أثناء تنفيذه.

وباعتبار أن عقد الفاكنتورنغ (عقد شراء الديون التجارية) من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي وينطوي على فكرة الخطر الذي يجسدها التزام مؤسسة أو شركة الفاكنتورنغ بالضمان وعدم الرجوع، ينبغي على الدائن العميل الإدلاء بجميع طوائف البيانات سواء تلك المتعلقة بالحقوق المنقولة أو بمدينه (الزائن)، أو البيانات المتعلقة به، وسنفضل ما تقدم وفقاً لما يلي:

¹²⁰- صالح، باسم محمد (1987). مرجع سابق، ص 41.

أولاً- التزام الدائن العميل بالتبصير:

يلتزم الدائن العميل قبل إبرام عقد الفاكترينغ مع مؤسسة الفاكترينغ، بإعلامها بكل ما بحوزته من معلومات حول علاقاته التي نشأت عنها ديونه، فعلى الرغم من أن المؤسسات المالية المتخصصة تقدم نموذجاً تعاقدياً لكل من يقدم إلى إبرام عقد الفاكترينغ ومنهم عملائها، يتضمن هذا النموذج أسئلة يتعين الإجابة عليها، تتعلق بمركزه المالي وحجم معاملاته ومراكز مدينيه المالية وغيرها من البيانات الأخرى، إلا إن هذا لا يعفي الدائن العميل من ضرورة إعلام المؤسسة بالظروف الأخرى التي تحيط بالتعاقد والمخاطر التي تحدد عملية تحصيل حقوقه¹²¹.

إن المؤسسة المالية المتخصصة كلياً، قبل إبرامها عقد الفاكترينغ على البيانات التي يدلي بها الدائن العميل، والتي من الممكن أن تؤثر في الرضا، لأن اعتبارات الثقة الشخصية والمصالح المشتركة، التي تربط طرفي العقد، هي التي أستدعت حرية كل منهما في اختيار الآخر، وهي التي تستدعي أيضاً قيام تعاون بينهما، وتعاملهم ليس بحسن النية العادية الذي يحكم تنفيذ كافة أنواع العقود، بل بحسن النية المطلقة، وتجسد هذه الالتزامات التي تقع على عاتقهما بمقتضى نصوص العقد، أو بمقتضى القواعد العامة وفقاً للطبيعة الخاصة لهذا العقد¹²².

فيقع على عاتق الدائن العميل التزاماً بإعلام مؤسسة الفاكترينغ بكل البيانات اللازمة لتتويرها، حتى يأتي رضاؤها بإبرام العقد رضاءً متتوراً متبصراً.

¹²¹ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق ص 92.

¹²² - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 150.

ثانياً - التزام الدائن (العميل) بالأدلاء عن البيانات المتعلقة بالحقوق المنقولة:

على الدائن (العميل) إحاطة مؤسسة أو شركة الفاكترينغ بكل البيانات والمعلومات المتعلقة بالحقوق المنقولة إليها، وما يطرأ على هذه الحقوق من تغيرات قد تعرقل الوفاء، فعلى الدائن العميل إبلاغ المؤسسة المتخصصة دون تأخير وإذا أهمل في ذلك فسوف يُسأل عقدياً عما يصيب هذه الأخيرة من ضرر نتيجة هذا الإهمال، وهذا الالتزام مرتبط بالتزام الدائن العميل بالتعاون مع مؤسسة الفاكترينغ لتحقيق الهدف الأساسي من إبرام عقد الفاكترينغ ألا وهو إستيفاء الحقوق من المدين المشتري، وذلك من خلال تمكين المؤسسة المتخصصة من جميع المستندات والمعلومات اللازمة عن الديون التي تمثل عقد الفاكترينغ¹²³.

فإذا كان الحق المنقول إلى مؤسسة الفاكترينغ حقاً ناتجاً من البيع الثاني للبضائع المحتفظ بملكيته لمصلحة البائع الأصلي لحين وفاء البائع الثاني (الدائن عميل المؤسسة) بثمن البضائع، يقع على عاتق هذا الأخير الالتزام بإخطار المؤسسة المتخصصة بهذا الوصف الخاص بالحق لوجود خطر في تحصيله يتمثل في الامتياز الممنوح للبائع الأصلي¹²⁴ ناتج عن الضمان الممنوح للبائع الأصلي بمقتضى نص المادة (487) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (534) من القانون المدني العراقي.

وكذلك على الدائن العميل إعلام المؤسسة المتخصصة، في حال كون هذه الحقوق ناتجة عن أعمال مقاوله خضعت كلها أو جزء منها إلى أعمال المقاوله من الباطن، لأن وجود مثل هذا

¹²³ - توفيق، تورية (1987) مرجع سابق، ص 50.

¹²⁴ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، 152.

الوصف الخاص بالحق يمثل خطراً يحيط بتحصيله¹²⁵، وهذا الخطر ناتج عما أعطاه القانون للمقاول من الباطن من حق الرجوع على رب العمل للمطالبة بالمبالغ المستحقة له في ذمة المقاول الاصيلي (الدائن أو العميل) بحسب نص المادة (883) من القانون المدني العراقي.

كما يلتزم الدائن العميل بأن يخطر مؤسسة أو شركة الفاكترينغ بكافة الحجز على الحق المنقول من دائنيه، كما يلتزم بإعلام المؤسسة المتخصصة بجميع التصرفات التي ابرمها على ذات الحق، والمنازعات مع مدينه والتي تهدد عملية تحصيل الحق¹²⁶.

ويبدو إن هذا الالتزام منسجم مع المبادئ العامة التي كانت وراء إبتكار عقد الفاكترينغ، إذ أن مؤسسة الفاكترينغ مهما امتلكت من معلومات أو بذلت جهوداً للحصول عليها من خلال وسائلها الخاصة، لن تستطيع الوقوف على جميع وقائع وحقائق الدين موضوع العقد، أو على المركز المالي لمدين الدائن العميل، ما لم يتعاون هذا الأخير بنفسه في تأمين تلك المعلومات.

ثالثاً- التزام الدائن العميل بالأدلاء عن المعلومات المتعلقة بالمدينين :

يلتزم الدائن العميل بالإدلاء عن كافة البيانات الصحيحة المتعلقة بمدينه أو زبائنه ومراكزهم المالية وكل ما يطرأ على هذه المراكز من تغيرات قد تعرقل الوفاء¹²⁷، حيث تحرص مؤسسة الفاكترينغ على معرفة كل البيانات المتعلقة بمدين عميلها، حيث أن مخاطر عدم التحصيل غالباً ما تجيء من تصرفات الدائن العميل، وفي ضوء ما تحصل عليه المؤسسة المتخصصة من

¹²⁵ - جهلول، عمار حبيب (1997). مرجع سابق، ص 94.

¹²⁶ - فضلي ، هشام (1997). مرجع سابق، ص 153.

¹²⁷ - شتيوي، حسبية (2014). مرجع سابق، ص 29.

معلومات تحدد موقفها بشأن قبول التعاقد من عدمه، إذ أن لها الحرية الكاملة في اختيار عملائها وانتقاء الحقوق المضمونة التحصيل. لذلك فإن حسن النية والتعاون يفرض على الدائن العميل إحاطة مؤسسة الفاكورتينغ علماً بحقيقة المركز المالي للزبائن المدينين، محليون أو دوليون خواص أم عامون، صناع أم تجار، منتظمون أو غير منتظمين، حيث أن جميع هذه المعلومات لا تستطيع المؤسسة المتخصصة الوقوف عليها بدقة ما لم يكن هنالك تعاون من الدائن العميل ذلك أن الأخير على علاقة تجارية مع مدينه (المشتري) ، وهذه العلاقة تمكنه من الوقوف على مراكزهم المالية ومصادقيتهم، وأسلوبهم بالتعامل¹²⁸.

ولا يقتصر التزام الدائن العميل تجاه مؤسسة الفاكورتينغ بالإفصاح عن البيانات المتعلقة بمدينه قبل تنفيذ العقد، بل يبقى هذا الإلتزام قائماً بعد التعاقد، حيث يتعهد بإعلام المؤسسة المتخصصة بكافة الطوارئ التي تحدث على الوضع المالي للمدين، والتي من شأنها أن تهدد عملية الديون موضوع عقد الفاكورتينغ¹²⁹.

ويبدو واضحاً، أن هدف مؤسسة أو شركة الفاكورتينغ من إلزام الدائن العميل بتقديم البيانات والمعلومات المتعلقة بمدينه، فهي تهدف إلى الحيلة والحذر قبل شروعها في إبرام عقد الفاكورتينغ، وحتى بعد إبرامه تستطيع المؤسسة المتخصصة إلزام الدائن العميل بتقديم المعلومات والبيانات الخاصة بمدينه، فهو حق ممنوح لمؤسسة أو شركة الفاكورتينغ في معرفة ما يحيط بطبيعة علاقات الدائن (العميل) بمدينه.

¹²⁸ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 367.

¹²⁹ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 367.

المطلب الخامس: الالتزام بإخطار المدين

لا يكفي قيام الدائن العميل بتحويل ديونه لمصلحة مؤسسة الفاكترينغ، وإرسال جدول هذه الديون مصحوبة بما يدعمها من مستندات مثبتة للحق، إنما يتعين عليه أن يخطر مدينه بواقعة حلول المؤسسة المتخصصة محله في استيفاء هذه الديون، وبأن على المدين أن يوفي هذه الديون أو الحقوق - من الآن - لمصلحة هذه المؤسسة (مشتريه الديون) فقط . وغالباً ما يكون هنالك اتفاقاً مسبقاً بين الدائن العميل والمدين على تحويل الديون إلى المؤسسة¹³⁰.

حيث يوجب الاتفاق بين مؤسسة الفاكترينغ وعميلها الدائن، أن يقوم هذا الأخير بإخطار المدين بحلول المؤسسة المتخصصة محله وبأن الوفاء يكون مباشرة لهذه المؤسسة، فإن لم يتم الدائن (العميل) بذلك لزمته مسؤولية ما قد يصيب المؤسسة المتخصصة من ضرر مترتب على عدم قيامه بإخطار مدينه¹³¹.

ويعتبر التزام الدائن العميل بإخطار مدينه بواقعة الحلول التزاماً عقدياً، بحيث تتعقد مسؤوليته العقدية إذا أهمل أو قصر في تنفيذه، وخاصة في الحالة التي يؤدي فيها قيام المدين بالوفاء لطرف آخر غير المؤسسة المتخصصة (مشتريه الديون) الطرف الثاني في عقد الفاكترينغ، ومن جهة أخرى فإن القيام بهذا الإخطار من جانب الدائن العميل يؤدي إلى اعتبار أن الوفاء لغير

¹³⁰ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 60.

¹³¹ - عوض، علي جمال الدين (1994). مرجع سابق، ص 127.

هذه المؤسسة غير مبرئ لذمة المدين تجاه المؤسسة بوصفها - بمجرد الحلول - صاحبة الحق الوحيد في اقتضاء الدين منه¹³².

لكن هذا الإخطار ليس شرطاً لصحة أو نفاذ عقد الفاكترينغ على المدين، إذ أن الحلول يعتبر نافذاً بذاته دون موافقة المدين، فلا يكون لإرادة المدين أي دور في إبرام عقد الفاكترينغ بين الدائن العميل والمؤسسة المتخصصة، لأن إبرام هذا العقد يكون بمعزل عن المدين، ويكتفي بإعلامه بواقعة حلول مؤسسة أو شركة الفاكترينغ محل الدائن الأصلي، فيصبح الدائن الجديد وصاحب الحق في استيفاء الديون هو مؤسسة أو شركة الفاكترينغ (مشتريه الديون)¹³³.

وتبدو فائدة إخطار المدين مهمة لمؤسسة الفاكترينغ لسد الطريق على المدين من التذرع بحسن النية في الإيفاء للدائن الأصلي أو للغير بحجة أنه لا يعلم بالحلول الحاصل بمقتضى عقد الفاكترينغ¹³⁴.

ولا يُلزم في الإخطار شكل خاص أو عبارة معينة، لكن إذا تم يجب أن يتسم بالوضوح، وكثيراً ما يكون الإخطار على بصورة عبارة تكتب على نسخة الفاتورة المرسلة إلى المدين والمسلمة إلى مؤسسة أو شركة الفاكترينغ، وقد أثار شكل الإخطار مناقشات ومنازعات تصدى لها القضاء الفرنسي بحلول حاسمة ففي القضية:

¹³² - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 60.

¹³³ - الكركبي، مروان (2002). مرجع سابق .

¹³⁴ - شافي، نادر عبد العزيز (2005). مرجع سابق، ص 60.

أخطر الدائن (العميل) مدينه بضرورة الوفاء لمؤسسة الفاكترينغ مباشرة عن طريق عبارة دونت على نفس العبارة المقدمة من المؤسسة إلى المدين، تفيد بأن الوفاء يكون منهياً للمدين، فقط عندما يتم لمؤسسة الفاكترينغ (مؤسسة الشراء) وعند رجوع هذه الأخيرة على المدين (المشتري) رفض الوفاء لها وقال بوفائه للدائن (البائع) مدعياً عدم علمه بحلول مؤسسة الفاكترينغ محل دائنه الأصلي، وأن العبارة الموضوعية التي تنص على الحلول لم تكن موضوعة بشكل واضح، وبالتالي لم تلفت انتباهه، كما أن العبارة التي تشتمل على الحلول كانت مشابهة للبيانات التي تتضمنها الفاتورة.

أيدت محكمة استئناف باريس المدين في رفضه الوفاء مقرر أن التجار الحريصون يبذلون قدراً أكبر من العناية في سبيل إعلام مدينهم بالحلول، وإن الصيغة التي دونت على الفاتورة لم تكن واضحة، ولم تشتمل على لفظ الحلول. وجاء حكم محكمة النقض الفرنسي قاطعاً في تأييد هذا الاتجاه، باعتبار أن الوفاء لغير مؤسسة الفاكترينغ يكون مبرراً لزمة المدين، بسبب أن التنويه إلى الحلول الاتفاقي بالعبارة التي دونت على الفاتورة لم تكن واضحة بالدرجة الكافية لشد انتباه المدين¹³⁵.

وتنص عقود الفاكترينغ عادةً، على التزام الدائن العميل بإخطار مدينه بحلول مؤسسة أو شركة الفاكترينغ محله في حقوقه بعبارات تدون على الفاتورة ذاتها؛ وتكون صيغتها كالتالي:

133 –Paris 23 Janv.1970, J.C.P. 1971-11-16837, Note Ch. Gavalda.

Com. 14 Oct. 1975, J.C.P. 1976-11-18279, Note Ch. Gavalda.

نقلاً عن محمود عبد الرحمن , الحلول الشخصي , ص604.

((لكي يكون الوفاء مبرئاً لذمتكم، يتعين أن يتم لمؤسسة.....للشراء والتي حلت محلنا في حقوقنا اتجاهكم))، ولا تكتفي المؤسسة بهذا الإخطار، وإنما تقوم بجانبها بأجراء تكميلي، وذلك بإخطار المدين، بحلها محل الدائن الأصلي، في حقوقه تجاهه¹³⁶.

وإذا علم المدين بالحول عدّ حجة عليه، فيلتزم بالامتناع عن الوفاء للدائن العميل، أو القيام بأي عمل ينطوي على غش يكون من شأنه الأضرار بمؤسسة أو شركة الفاكترينغ، وبمجرد علمه بالحلول تثبت سوء نيته متى ما قام بالوفاء مباشرة إلى الدائن العميل، ومن ثم يلزم بالوفاء مرة ثانية لمؤسسة الفاكترينغ¹³⁷، إلا أنه لا يمكن إلزام المدين حسن النية بالدفع مرة ثانية لمؤسسة الفاكترينغ إذا أوفي بدينه مباشرة إلى الدائن العميل، لا لمؤسسة الفاكترينغ، طالما لم يتم إعلامه بالحلول الناتج عن إبرام عقد الفاكترينغ، فيجب على المحكمة أن تبحث عما إذا كان إيفاء المدين لغير مؤسسة الفاكترينغ قد حصل قبل أو بعد علم المدين بحلول مؤسسة الفاكترينغ محل الدائن¹³⁸.

ويمكن إخطار المدين بالحلول في أي وقت، بعد إبرام عقد الفاكترينغ، ولا يكون هذا الاجراء متأخراً، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً، ومثال ذلك توقيع حجز من دائن العميل تحت يد المدين، فمن يوم توقيع هذا الحجز، لم يعد الاخطار بالحلول إلا بمثابة حجز جديد¹³⁹. ذلك أن

¹³⁶ - عبد الحفيظ، ميلاد(2012). مرجع سابق، ص189.

¹³⁷ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 189.

¹³⁸ - توفيق، تورية(1987). مرجع سابق، ص264.

¹³⁹ - عبد الحفيظ، ميلاد(2012). مرجع سابق، ص187.

المحجوز لديه المدين ملزم بتسليم المبلغ إلى الجهة طالبة الحجز وفق قواعد حجز ما للمدين لدى الغير¹⁴⁰.

ويمكن إثبات علم المدين بالحوال عن طريق التليفون أو التلكس أو غير ذلك من الوسائل التقنية، ولكن يجب أن يكون الإخطار واضحاً، وصريحاً، ومقروءاً، ومفهوماً لمن يجب أن يتم الوفاء إليه.

أما بالنسبة لموقف اتفاقية أوتاوا لعام (1988 - Ottawa Convention)، فقد أخذت بمبدأ فرض تبليغ المدين أو إخطاره، بشكل الزامي وبصورة خطية للاحتجاج بوجهه بحلول مؤسسة أو شركة الفاكستورينغ محل الدائن الأصلي، وقد فرضت الاتفاقية المذكورة أن يحتوي الإخطار أو التبليغ على عنصرين أساسيين هما، الحقوق أو الديون النقولة وقيمتها، وأسم مؤسسة أو شركة الفاكستورينغ التي يجب الوفاء إليها¹⁴¹.

يتبين مما سبق، أن التزام الدائن (العميل) بإخطار مدينه بوقوع الحلول للمؤسسة يُعد التزاماً رئيساً في عقد الفاكستورينغ (عقد شراء الديون التجارية)، وهذا ما لم ينص عليه احكام الحلول الاتفاقي إذ لم يلزم المستوفي (الدائن) بإعلام مدينه، حيث أكتفى بوجوب تثبيت الحلول الاتفاقي بورقة رسمية في القانون العراقي، أو تقديم الموفي للمدين مخالصة الحلول الصادرة من المستوفي (الدائن) في القانون الأردني.

¹⁴⁰- مكناش، جمال الدين(2002)، "حجز ما للمدين لدى الغير" مجلة جامعة دمشق، 18(1)، 302.

¹⁴¹- شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 382.

المبحث الثاني

حقوق الدائن (العميل)

مقابل الالتزامات التي يتحملها التي يتحملها الدائن العميل بموجب عقد الفاكترينغ، فهو يستفيد من الحقوق الناشئة عن هذا العقد ويمكن معرفة هذه الحقوق من خلال الهدف الأساسي الذي من أجله أقدم الدائن العميل على التعاقد مع مؤسسة أو شركة الفاكترينغ. فهدف الدائن العميل هو الحصول على السيولة النقدية التي يحتاجها قبل استحقاق ديونه المترتبة بذمة مدينه، والتخلص من مخاطر تحصيل هذه الديون، إضافة إلى حقه في طلب المعلومات من مؤسسة أو شركة الفاكترينغ والتي من شأنها تسهيل عملية تجارته، لذا يمكن تجسيد حقوق الدائن العميل بما يأتي:

المطلب الأول: الحق في الحصول على قيمة الدين.

المطلب الثاني: الحق في التخلص من مخاطر التحصيل.

المطلب الثالث: الحق في طلب المعلومات.

المطلب الأول: الحق في الحصول على قيمة الدين:

إن الهدف الأساسي من إبرام عقد الفاكترينغ بين الدائن العميل ومؤسسة الفاكترينغ، هو حصول الأول من الثاني على اعتمادات تضمن له مواجهة حاجاته وتمويل أعماله، ويتحقق ذلك عندما يقوم الدائن العميل بنقل ديونه إلى مؤسسة أو شركة الفاكترينغ قبل أجل استحقاقها والحصول على قيمتها فوراً¹⁴².

فالسببولة النقدية التي يحصل عليها الدائن العميل من مؤسسة أو شركة الفاكترينغ تمكنه من التوسع في أعماله وزيادة المبيعات وتحقيق الأرباح، كما يأتي هذا التمويل بطريقة ميسرة وبإجراءات أقل من الإجراءات البنكية، فهذه الآلية تأتي في مصلحة الدائن العميل كونها أسهل وأسرع من طريقة تسهيل السندات عن طريق خصمها لدى البنوك، ودون حاجة إلى فتح اعتمادات مستنديه بالبنوك قد لا يقدر على إجراءاتها وتكاليفها، فيؤدي هذا التمويل النقدي إلى قدرته في شراء إلى قدرة الدائن العميل على شراء المواد وتصنيعها ثم بيعها للمشتريين، أو بإنجاز الخدمات المطلوبة¹⁴³.

¹⁴² - عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 650.

¹⁴³ - عمر، محمد عبد الحليم (2003). الفاكترينغ، سلسلة الحلقات النقاشية، الحلقة رقم (29) جامعة الأزهر، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، القاهرة، ص 8.

وعند حصول الدائن العميل على قيمة الديون المحولة يقوم بعملية تحويل حقوقه لمصلحة مؤسسة الفاكторинг بموجب مخالصة تفيد بأنه أستوفى منها حقه المترتب له بذمة مدينه، إضافة إلى تسليمها السند أو الفاتورة المثبت لذلك الحق¹⁴⁴.

وفي إطار حق الدائن العميل في الحصول على قيمة الديون المحولة إلى مؤسسة الفاكторинг يمكن أن يتفق الدائن العميل مع هذه الأخيرة على أن تسحب له سندات تجارية، بأسمها الخاص ولحساب عميلها.

ويحصل الدائن العميل على قيمة تلك الديون في الموعد المحدد باتفاق الطرفين في عقد الفاكторинг، وهو أما فور توقيع عقد الفاكторинг، أو في موعد آخر يتفق عليه الطرفان، قبل أو عند استحقاق الديون، وبصرف النظر عن تحصيلها أو عدم تحصيلها، وغالباً ما يتفق طرفا العقد على أن يكون ذلك أما فور توقيع عقد الفاكторинг، وأما في التاريخ الذي يحدده ذلك العقد قبل تاريخ استحقاق الدين، وقد يتم الحصول على قيمة الديون موضوع عقد الفاكторинг، إما نقداً أو عن طريق تدوين الحساب في حساب جارٍ مفتوح لدى مؤسسة الفاكторинг لحساب الدائن (العميل)، وأن قيامها بذلك يعتبر بمثابة إيفاء بقيمة الديون موضوع عقد الفاكторинг¹⁴⁵.

وقد قضت محكمة بانتواز pantoise التجارية في حكم لها بتاريخ 20 حزيران 1967¹⁴⁶

¹⁴⁴ - شافي، نادر عبد العزيز، (2013). مرجع سابق، ص353.

¹⁴⁵ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص353.

¹⁴⁶ - حكم محكمة بانتواز تاريخ 20 حزيران 1967 المصنف القضائي الدوري 1968، رقم 15610-11 تعليق جافالدا، مشار إليه لدى محمد، محمود عبد الرحمن، الطول الشخصي، مرجع سابق، ص387.

((من أن البيانات الواردة في قائمة الديون التي يسلمها الدائن إلى مؤسسة الفاكترينغ تكفي للوفاء بصراحة الحلول وتزامنه مع الوفاء بالدين، وأن القيد الذي تُجريه مؤسسة أو شركة الفاكترينغ في الجانب الدائن للحساب الجاري للعميل يعتبر وفاء للدين، بحيث يمكن للأخير سحب رصيده الدائن من هذا الحساب من تاريخ القيد)).

وبالتالي، يستطيع الدائن العميل القيام بجميع أنواع التصرفات في الدفعات المقيدة في الحساب الجاري المفتوح لمصلحته من قبل المؤسسة المتخصصة نتيجة لإبرام عقد الفاكترينغ، لأن القيد في الحساب الجاري يعتبر كقاعدة عامة أمراً لا يجوز الرجوع فيه ما لم يتفق على خلاف ذلك، فلا يكون لمؤسسة الفاكترينغ الرجوع عن هذا القيد في حساب عميلها، بحجة أن الدفعات هلكت أو نقصت قيمتها، فالقيد الممثل لقيمة الديون لا يمكن الرجوع عنها، حيث أن العميل لا يتعرض إطلاقاً لمخاطر هذا الهلاك ويبقى له الحق في ائتمان مساوٍ للمدفوع المقبوض دون أن يكون للقابض (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) أن ترجع عن ذلك وأن كان لأي سبب كان، قوة قاهرة أو لا¹⁴⁷.

ومع ذلك، فإن الضمان المتمثل في القيد الحسابي يفقد صفته القطعية تلك في حالات معينة لا يكون القيد فيها نهائياً، وفي هذه الحالات يجوز للقابض (مؤسسة أو شركة الفاكترينغ) الرجوع في القيد، كما في حالة تحصيل الأوق التجارية التي تقيد في الحساب تحت شرط التحصيل، وحالة المدفوع الذي يجري قيده في الحساب تحت شرط فاسخ، ففي هذه الحالات لا يكتسب القيد الصفة القطعية ولا يصبح نهائياً حتى تستوفي قيمة الورقة في الحالة الأولى، ويتأكد عدم تحقق

¹⁴⁷ - الشماخ، فائق محمود (2009). الحساب المصرفي، عمان، دار الثقافة ص 117.

الشرط الفاسخ في الحالة الثانية، بحيث يكون لمؤسسة الفاكترينغ أن تلغي القيد المذكور عن طريق القيد العكسي إذا تحقق الشرط الفاسخ أو لم تستوف قيمة الورقة في الميعاد¹⁴⁸.

وفي حال صدور حكم بشهر إفلاس العميل يقلل الحساب الجاري بقوة القانون¹⁴⁹، ويترتب على غلق الحساب الجاري للعميل تعطيل التعامل به نهائياً، مع تصفية مفرداته لإستخراج الرصيد الذي يستقر حقاً لأحد طرفيه في ذمة الآخر، ويتعطل كل تعامل جديد في الحساب الجاري، بمعنى استبعاد دخول أي مدفوع جديد في الحساب الجاري، وبالتالي يتعين تصفية الحساب للوقوف على مقدار الرصيد لمساس ذلك بحقوق دائني المفلس (الدائن أو عميل المؤسسة) فضلاً عن أن هذا الإفلاس يؤدي إلى غل يد المفلس عن إدارة أمواله¹⁵⁰، حيث أن الإفلاس يوجب تصفية الرصيد النهائي للعميل المفلس وتقسيمها بين الدائنين، فإذا كان دائناً وجب على مؤسسة الفاكترينغ تقديمه لوكيل التفليسة، أما إذا كان مديناً فعليها أن تتقدم لوكيل التفليسة للمطالبة بحقوقها¹⁵¹.

ويترتب على الحكم بشهر إفلاس الدائن (العميل) آثاراً عديدة، نحاول إيجازها من خلال

الفروض التالية:

الفرض الأول: في هذه الحالة يكون عقد الفاكترينغ قد أبرم، وقامت مؤسسة الفاكترينغ بدفع قيمة الفواتير للدائن (العميل)، وبعد أن قام هذا الأخير بتنفيذ التزاماته تجاه المدين (المستورد أو

¹⁴⁸ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2006). مبدأ تجديد المدفوعات في الحساب الجاري، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، ص 174-175.

¹⁴⁹ - أنظر نص المادة (113) من قانون التجارة الأردني. ويقابلها نص الفقرة (3) المادة (230) تجارة عراقي.

¹⁵⁰ - الشماخ، فائق محمود (2009). مرجع سابق، ص 133.

¹⁵¹ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 211.

المشتري) بتسليم البضائع أو أداء الخدمات المتفق عليها، أشهر إفلاسه، فما أثر هذا الإفلاس على عملية الحلول، التي تمت بقيام المؤسسة بتعجيل قيمة الفواتير للدائن وقيام الدائن بنقل حقوقه للمؤسسة؟

في هذه الحالة تكون عملية الحلول التي تمت صحيحة ونافذة على جماعة الدائنين، وتستطيع مؤسسة الفاكترينغ مطالبة المدين في ميعاد الاستحقاق بقيمة الدين، دون النظر إلى أية معارضة من تغطية الدائن (العميل)، إذ لا يكون لشهر إفلاس هذا الأخير أي أثر على الصفقة، والتي بموجبها نقل الحق من الدائن (البائع) إلى المدين (المشتري)، كون الحق قد خرج من ذمة العميل، فلا يدخل في تغطيته لاحقاً¹⁵².

الفرض الثاني: هنا يتم شهر إفلاس الدائن (العميل) قبل إتمام عقد البيع (عقد الأساس)، أي عدم قيام الدائن البائع بتنفيذ جميع التزاماته في هذا العقد، ومن ثم وقوع شراء الفواتير (إبرام عقد الفاكترينغ)، وكتابة مخالصة الحلول قبل اتمام العقد الأصلي، فالمقرر في هذه الحالة أنه لا يكون بمقدور مؤسسة الفاكترينغ أن تطالب المدين بدفع قيمة الفواتير، إذ يكون من حق المدين في هذه الحالة أن يتمسك قبلها بفسخ العلاقة الأصلية، واعتبار الفواتير والحق الذي تمثله كأن لم تكن وقت الحلول. حيث أن وجود عقد الفاكترينغ مرتبط بوجود الحق، والذي يضمن وجوده هو الدائن (العميل)، فالفرض في هذه الحالة أن الحق لم ينشأ، لعدم إتمام تنفيذ عقد الأساس، وتستطيع المؤسسة في هذا الفرض الرجوع على الدائن أو وكيل التفليسة¹⁵³.

¹⁵² - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 118.

¹⁵³ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). المرجع السابق، ص 119.

الفرض الثالث: إذا قامت مؤسسة الفاكترينغ بفتح ائتمان للعميل عن سندات غير مقبولة، أي الائتمان غير المصحوب بضمان عدم الرجوع، فإن حقوق العميل على مدينه في هذه الحالة لا تنتقل إلى مؤسسة الفاكترينغ، ولا يكون للمؤسسة عندها إلا الدخول في التفليسة كدائن عادي¹⁵⁴.

وعند صدور حكم الإفلاس قد تكون أموال العميل غير كافية لسداد ديونه، أو أن الوقت غير مناسب لبيعها، بل وقد تكون هناك معاملات تجارية سارية بدأها العميل ولم يقم بإتمامها بسبب غل يده عن إدارة أمواله، لذلك يرى وكيل التفليسة ضرورة الابقاء على هذه الأموال حتى تحين الظروف الملائمة لبيعها حفاظاً على مصالحهم، أو إتمام المعاملات التي بدأها العميل كصنع البضائع وإرسالها للمشتري، فلم أن يقررون الاستمرار في استغلال تجارة العميل بواسطة وكيل التفليسة الذي ينوب عنهم في اداء هذه المهمة¹⁵⁵.

فلا يعني صدور الحكم بشهر إفلاس الدائن (العميل) أن تبقى أمواله موقوفة حتى يرد إليه اعتباره لأن ذلك قد يضر بمصالح العميل ودائنيه، لذلك ينص المشرع العراقي والأردني على ضرورة تعيين وكيل تفليسة أو حاكم تفليسة بمسمى القانون العراقي، تكون له الصلاحية اتخاذ ما يراه مناسباً لصيانة حقوق الدائنين والمفلس¹⁵⁶، وتمثيلهم في العديد من العمال اللازمة لإجراء تصفية أموال التفليسة، وتوزيع الثمن الناتج عن ذلك على الدائنين كل بنسبة دينه قسمة غرماء.

¹⁵⁴ - جهلول، عمار حبيب(2011). مرجع سابق، ص179.

¹⁵⁵ - تورية، توفيق (1987). مرجع سابق 221.

¹⁵⁶ - أنظر نص المادة (386) تجارة أردني. ونص المادة (600) تجارة عراقي.

المطلب الثاني: الحق في التخلص من مخاطر التحصيل:

يمنح عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) العميل الدائن ضمان التخلص من مخاطر تحصيل الديون موضوع عقد العقد، إذ تلتزم مؤسسة الفاكторинг بعدم الرجوع على الدائن العميل في حالة إخفاقها في تحصيل الديون، ويعتبر حق الدائن (العميل) في التخلص من مخاطر تحصيل ديونه حقاً مقابلاً لالتزام المؤسسة بضمان عدم الرجوع عليه، وهو يشكل روح عقد الفاكторинг¹⁵⁷.

كما أن الوجهة القانونية في عقد الفاكторинг تتمثل في أن مؤسسة الفاكторинг تتحمل صفة عميلها البائع في حال عدم الوفاء من جانب المدين (المشتري)، فإن تعذر عليها تحصيل قيمة تلك الديون التي عجلت قيمتها لعميلها الدائن (البائع) فلا رجوع لها عليه ولو كان سبب عدم التحصيل راجعاً إلى إفسار المدين (المشتري) أو بسبب عقبة قانونية أو إدارية حالت دون الوفاء، ما لم يكن سبب تعذر التحصيل راجعاً إلى الدائن العميل (البائع)¹⁵⁸.

فعندما يتم تحويل الحقوق أو الديون لمؤسسة الفاكторинг، تواجه هذه الأخيرة المدين لاستيفاء هذه الديون فهي بما تملكه من أجهزة إدارية ومحاسبية، ومن الخبرات المتراكمة في مجال تحصيل الديون تستطيع أن تستوفي هذه الديون بأقل تكلفة وبأقصر الطرق، ويترتب على ذلك أن يتخلص

¹⁵⁷ - شافي، نادر عبد العزيز (2010). مرجع سابق، ص 354.

¹⁵⁸ - عوض، علي جمال الدين (1994). مرجع سابق، ص 118.

الدائن العميل من الوجهة المحاسبية من بند تحصيل الديون من المدينين ويستبدل ذلك بحساب وحيد يعبر عن علاقته مع مؤسسة الفاكторинг¹⁵⁹.

ويبدو هذا الإعفاء من مخاطر التحصيل عظيم الفائدة بالنسبة للمنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة التي لا تملك وسائل كافية فعالة لتحصيل ديونها من الخارج ولا تتحمل ميزانياتها عبئ التخلف عن وفاء هذه الديون ومخاطر عدم السداد، فهذه الحماية عظيمة في التجارة الداخلية وأعظم في التجارة الخارجية¹⁶⁰، وهنا تبدو فائدة نظام الفاكторинг على إعتباره من وسائل تنمية عمليات التصدير، إذ يفتح بابه أمام المنشآت التي ليست لها أمكانية إدارية قوية لتصريف منتجاتها في الخارج، فتزايدت أهمية هذا النظام في الوقت الحاضر بسبب هذه الفوائد.

ويظهر الجانب الأصيل لعملية نظام الفاكторинг (شراء الديون التجارية) من خلال وجود خدمات أخرى إلى جانب عملية الائتمان والذي يمثل الجانب التمويلي في العقد، وذلك بإيجاد إدارة متميزة تعمل على وضع الطرق والأساليب الحديثة والمتجددة في الإدارة تحت تصرف الدائنين العملاء، ويرتبط بذلك خدمة أخرى لا تقل أهمية عن خدمة التمويل، وهي التي تتعلق بالضمان، حيث أن مؤسسة أو شركة الفاكторинг المُشترية عندما تقوم بوفاء قيمة الديون للدائن (العميل)، فهذا يعني التزامها في إطار عقد الفاكторинг بضمان تحصيل الدين من المدين المشتري، فإذا تعذر ذلك لإعساره أو إفلاسه أو لتعنته، فلا يمكن لها في هذه الحالة الرجوع على

¹⁵⁹ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 29.

¹⁶⁰ - عوض، علي جمال الدين (1994). مرجع سابق، ص 119.

الدائن (العميل)، وذلك لكونها تضمن للدائن العميل استيفاء حقه حالاً أو مستقبلاً دون الرجوع عليه في حالة تعذر هذا الاستيفاء¹⁶¹.

والواقع العملي يثبت أن مؤسسة الفاكترينغ لا تتعرض لهذه المخاطر كثيراً نظراً لإحاطتها علماً بمراكز الزبائن المشترين سواء كان ذلك داخلياً أو في البلد الاجنبي، عن طريق جهاز المعلومات المتوفرة لديها، فيكون لديها خلفية معلوماتية قبل الإقدام على عملية وفاء الديون للدائن العميل، لكن من مصلحتها على أي حال أن تغطي بنشاطها مشترين كثيرين بمبالغ صغيرة لكل منهم لأن هذا يؤدي إلى تنوع المخاطر التي تتعرض لها¹⁶².

خاصةً وأن مؤسسة الفاكترينغ لا تقبل شراء الديون ما لم تسبق عملية الشراء دراسة مستفيضة عن المركز المالي للدائن العميل وكذلك سمعة المدين التجارية وجدارته الائتمانية.

وقد تتولى مؤسسة الفاكترينغ في إطار عقد الفاكترينغ، إدارة الشؤون القانونية والقضائية لعملائها الدائنون، إذا كان بوسعها ذلك وفي ذلك توفير على الدائن (العميل)، فقد يحتاج هذا الأخير إلى منظومة عمل كاملة لمتابعة قضاياها القانونية والقضائية وهذا يشكل عبئاً مادياً عليه، بالإضافة إلى حاجة الدائن العميل لمراقبة الوضع المالي للمدين المشتري فتتكفل المؤسسة القيام بهذه المهمة وفقاً لإطار عقد الفاكترينغ¹⁶³، وإلا جاز لمؤسسة الفاكترينغ الرجوع عليه بما دفعته إليه، إضافة إلى حقها في المطالبة بالعمولة والفوائد.

¹⁶¹ - عوض، علي جمال الدين (1994). مرجع سابق، ص 119.

¹⁶² - محمد، محمود عبد الرحمن. الحلول الشخصي، مرجع سابق، ص 385.

¹⁶³ - عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 645.

ويُشترط لتخلص الدائن العميل من مخاطر تحصيل الدين موضوع عقد الفاكторинг وقيام التزام المؤسسة بضمان تلك المخاطر وعدم رجوعها عليه، أن يلتزم الدائن العميل بتنفيذ كافة التزاماته التعاقدية والتفديد بمبادئ حسن النية وعدم الغش، فلا يجوز للدائن العميل أن يستفيد من خطئه وغشه كاختلاق ديون وهمية، أو لعدم وجود الدين كلياً أو جزئياً، أو أن تكون الديون ناشئة عن عقود مخالفة للنظام العام¹⁶⁴. وإلا جاز لمؤسسة الفاكторинг الرجوع عليه بما دفعته إضافة إلى احتفاظها بالعمولة والفوائد.

لذلك يكون من حق الدائن (العميل) إلزام مؤسسة الفاكторинг ووفقاً لما هو متفق عليه في العقد، بأن تمسك حساباته وإدارتها، وذلك بأداء قيمة الديون التي تستوفيها وقيدها في الجانب الدائن للحساب الجاري، وقيد العمولات والفوائد في الجانب المدين، فمؤسسة الفاكторинг هي التي تشرف على حسابات الدائن العميل الدائنة والمدين، وبذلك تخفف العبء الإداري عن الدائن (العميل) وتُتيح له التفرغ لعملية البيع وتحرير الفواتير على المدين.

¹⁶⁴ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). 358.

المطلب الثالث: الحق في طلب المعلومات :

من حق الدائن (العميل) أن يطلب في أي وقت معلومات واستشارات من مؤسسة الفاكترينغ قبل إجراء أي عملية تجارية، حتى يكون على بينة بأحوال السوق سواء الداخلي أو الخارجي، وكذلك بأحوال التجار وسلوكهم التجاري، وهذا يؤدي إلى تسهيل مهمة اختيار الزبائن الراغبين بالشراء ومعرفة وضعهم المالي وأمانتهم التجارية، وسمعتهم في الوسط التجاري، لاختيار الموسرين وتفاذي المعسرين، وما قد يترتب على ذلك من اضرار، فمؤسسة الفاكترينغ تعد بمثابة مستشار تجاري يقدم النصح والأسترشادات للدائن (العميل)، وارشاده لما فيه المصلحة وأخلل المؤسسة بهذا الالتزام يستوجب مسائلتها عقدياً¹⁶⁵.

ومؤسسة الفاكترينغ بما تملكه من أجهزة متخصصة في جمع المعلومات، تقوم بإمداد الدائن العميل عن المراكز المالية للمشتريين وذلك تقليلاً لحجم المخاطر التي يمكن التعرض لها في مرحلة إستيفاء الحقوق، وهي تستفيد من ذلك من حيث وقوفها على مدى الثقة والائتمان التي يتمتع بها الدائن العميل وكذلك عملائه، من حيث اختيار الحقوق التي ستقبل دخولها في الضمان الذي تلتزم به وفقاً للعقد¹⁶⁶.

لذا فإن حق الدائن العميل في طلب المعلومات من مؤسسة الفاكترينغ وإن كان يرفع عن كاهله أعباء جمع وجلب المعلومات عن المدينين الزبائن، فإن هذه الخدمة تؤدي دوراً هاماً وبطريقة غير مباشرة لمؤسسة الفاكترينغ إذ تعتمد في تحديدها للاعتماد الممنوح بشأن كل زبون

¹⁶⁵ - توفيق، تورية (1987) مرجع سابق، ص 50.

¹⁶⁶ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 31

من زبائن عميلها على ما يقع لديها من معلومات تتعلق بمركزه المالي، تجمعها من خلال اطلاعها المستمر على وضع هذا الزبون، بحيث تكون على بينة على كل ما يطرأ على أعماله التجارية ذات العلاقة تدعوها إلى الاحتياط والحذر، كما أن تزويد الدائن العميل بالمعلومات قبل اجراء عقود البيع أو تقديم الخدمات يساعده على حسن اختيار زبائنه، مما يجنب مؤسسة الفاكترينغ مخاطر الرجوع عليه مستقبلاً¹⁶⁷، بإعتبار أن زبائن الدائن (العميل)، هم أنفسهم الذين سيكونون زبائن مؤسسة الفاكترينغ بعد إبرام عقد الفاكترينغ، لذا فإن لجوء المؤسسة إلى الاستعلام لدى زبائن العميل فائدة ذات وجهين لطرفي العقد.

وتؤدي مؤسسة الفاكترينغ هذا الدور بالتعاون مع الدائن بالتعاون مع الدائن العميل الذي يلتزم من جانبه بإمدادها بما توصل إليه من معلومات عن المراكز المالية للمدينين (المشتريين)، وعن طبيعة ديون العقد، وذلك حتى يضمن الحصول على موافقة مؤسسة الفاكترينغ بدخول كافة ديونه لدى عملائه في الضمان.

إن دور مؤسسة الفاكترينغ الاستشاري دور لازم ومستمر لتنفيذ عقد الفاكترينغ، فالمؤسسة باعتبارها جهاز جمع المعلومات المتعلقة بأحوال السوق التجاري والتجار ملزمة بتقديم هذه المعلومات لعميلها قبل إجراء أية معاملة وكلما أراد العميل القيام بصفقة ما وطلب منها العميل ذلك، وهذا يساعد العميل على اختيار زبائنه المشتريين والتعامل مع الموسرين وتجنب المعسرين منهم، وهذه يؤدي إلى تفادي الخسارة المحتملة، لذا فإن التزام المؤسسة بإعطاء المعلومات لعميلها يعتبر التزام عقدي، وإذا أخلت بهذا الالتزام يستوجب مسائلتها عقدياً، عما يترتب عن ذلك من

¹⁶⁷ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 159.

أضرار فادحة تصيب العميل سواء تمثل هذا الاخلال في إعطاء معلومات خاطئة أو مغلوطة أو الامتناع عن اعطاء معلومات.

كما تُلزم مؤسسة الفاكترينغ بالتأكد من صحة المعلومات قبل تقديمها، فهي ملزمة بإعتبارها جهاز جمع المعلومات، وعليها بذل عناية خاصة من خلال ممارستها لمهمتها وهي العناية المطلوبة والمنتظرة من شخص محترف، لذا يعتبر إلزام المؤسسة بتقديم المعلومات التزام بتحقيق نتيجة، فلو قدمت المؤسسة معلومات خاطئة تثبت وتؤكد يسار الزبائن المشتريين الذين تعامل معهم العميل مما أصاب العميل ضرر جراء ذلك، فإن المؤسسة تُسأل عقدياً عن هذا الخطأ، فهي تسأل عن أي أهمال من جانبها حتى لو كان يسيراً، لأنها شخص محترف متخصص في تقديم المعلومات.

وقد تمتنع المؤسسة عن تقديم المعلومات رغم علمها بمدى أهميتها بالنسبة للعميل لمزاولة نشاطه التجاري، فإمتناعها يجعله يتردد في اختيار زبائنه، وبالتالي يؤدي إلى التباطؤ في التعاقد معهم مما يصبب العميل ضرر تسأل عنه عقدياً، ومسؤوليتها في ذلك مسؤولية عقدية¹⁶⁸.

أما بالنسبة للنصح، فيرى الباحث عدم قيام مسؤولية مؤسسة الفاكترينغ عند القيام بها، لأنها ليست إلزامية فالعميل مُخير بين الأخذ بها أم لا، فعندما تقوم المؤسسة بتقديم نصيحة لعميلها للقيام ببعض المعاملات التجارية بقصد إفادته وتأكدها من حصوله على مردودات مالية، فلا يكون العميل ملزماً في الأخذ بها وإتباعها، بخلاف المعلومات التي ينوي العميل الحصول عليها، والتي من أجلها أضافه إلى الغايات الأخرى أقدم الدائن (العميل) على إبرام عقد الفاكترينغ.

¹⁶⁸- توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص233.

إضافة إلى ما تقدم، فإن العامل الرئيسي الذي ساعد على إنشاء التعامل في نظام الفاكторинг هو ما يتميز به من التعاون بين الشركات والمؤسسات التي تمارس هذا الاستثمار، من خلال تنظيمها على هيئة دوائر تغطي أجزاء كبيرة من الدول، وتتعاون هذه المؤسسات في مجال التجارة الداخلية والخارجية بما يضمن تحصيل جميع الحقوق، وتبادل الحصول على المعلومات أيضاً من خلال قيامها بالعمل على هيئة مراسلين لمثيلاتها في الدول المختلفة، أمكن لها تنشيط وتنمية حركة الصادرات الواردات، ويتوفر في نظام الفاكторинг نظام قوي يتمتع بالكفاءة في توفير الائتمان ورقابته، ولعل الخدمة التي تؤديها هذه المؤسسات، من حيث توفير التمويل القصير الأجل، والمساعدة على زيادة التدفقات المالية للعملاء قد دفعت البنوك مؤخراً - في إطار ما يعرف بالخدمات المصرفية الشاملة والقيام بالخدمات المصرفية الحديثة - إلى إداء هذا النوع من الخدمات إما مباشرة، أو من خلال شركات كبرى تتخصص في هذا المجال¹⁶⁹.

¹⁶⁹ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). المرجع السابق، ص32.

الفصل الرابع

آثار عقد الفاكторинг بالنسبة لمؤسسة الفاكторинг

قدمنا، بأن عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات متبادلة بين طرفيه، ومن ثم أن تنفيذه لا يتوقف على الدائن (العميل) فحسب، وإنما على تنفيذ مؤسسة الفاكторинг له أيضاً، وهذا التنفيذ يتمثل في ممارستها لحقوقها وواجباتها بمقتضى العقد، كحقها في المراقبة والاطلاع على المركز المالي للدائن (العميل) من خلال مسك حساباته وقيدها في الجانب الدائن أو المدين له، وحق المؤسسة في انتقاء الديون، وحقها في الحلول محل الدائن الأصلي (العميل)، وفي مقابل تلك الحقوق تلتزم مؤسسة الفاكторинг ببعض الالتزامات التي تساهم في إنجاح عملية الفاكторинг، كالالتزامها بوفاء قيمة الديون إلى الدائن، والالتزامها بضمان عدم الرجوع عليه، وتحملها مخاطر التحصيل، كما يفرض عليها العقد حفظ أسرار عميلها، وعند تحليلنا لآثار عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) فإن هذا التحليل يحتم علينا عدم استبعاد آثاره بالنسبة للمدين، حيث تمتد آثاره إليه بالرغم أنه من الغير في هذا العقد ولم يعبر عن أرادته في التعاقد، ويتحقق ذلك من خلال رجوع مؤسسة الفاكторинг عليه لتحصيل أو استيفاء الديون، حيث يرتبط بعلاقة قانونية (مديونية) تنشأ عن عملية تحويل الحقوق إلى المؤسسة، وهذه العلاقة تفرض عليه عدة التزامات تجاه مؤسسة الفاكторинг كالتزامه بالأدلاء بالمعلومات بوضع العميل أو بالديون المحولة، وعليه احترام هذه الالتزامات، وإلا سئل عن الأخلاص بها، لذا سوف نقوم ببحث الآثار المترتبة على مؤسسة الفاكторинг في علاقتها مع عميلها الدائن، وثم معالجة

آثار العقد على المدين، وبيان موقفه في من تلك الإلتزامات والحقوق، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

المبحث الأول: آثار عقد الفاكترينغ بالنسبة للمؤسسة في علاقتها مع الدائن (العميل).

المبحث الثاني: آثار عقد الفاكترينغ بالنسبة للمؤسسة في علاقتها مع المدين.

المبحث الأول

آثار عقد الفاكترينغ بالنسبة للمؤسسة تجاه الدائن (العميل)

تتمثل هذه الآثار في الحقوق التي تتمتع بها مؤسسة الفاكترينغ، والالتزامات المترتبة عليها تجاه الدائن (العميل) بمقتضى عقد الفاكترينغ، لذا سنتناول حقوق المؤسسة في هذا العقد ومن ثم الواجبات المفروضة عليها، من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: حقوق مؤسسة الفاكترينغ في علاقتها مع الدائن (العميل):

تتمتع مؤسسة الفاكترينغ، مقابل قيامها بتعجيل قيمة ديون عميلها ببعض الحقوق التي تساعد في تحصيل الديون التي أقدمت على شرائها، وفي مقدمة تلك الحقوق حقها في تصفية الفواتير أو الديون الأخرى، كالسندات التجارية، فلا تقوم المؤسسة بشراء الديون إلا تلك التي ترى من المفيد شرائها، ومن المؤكد تحصيلها، وتحمل تبعه عملية الشراء هذه، من خلال التزامها بضمان تحصيلها من المدين، ومن ثم حقها في الحل محل الدائن الأصلي الذي حلت محله في المطالبة في استيفاء قيمة الديون، وقبل أن تقدم على كل هذه العملية، للمؤسسة أن تتأكد من

صدق وسمعة الدائن الذي ستقدم على التعاقد معه، من خلال حقها في القيام بالتحريات وطلب المعلومات عنه، من مصادر عديدة، وهذا يجنبها مخاطر التعامل مع الدائنين سيئو السمعة في الوسط التجاري، وتبعاً لذلك سنقسم هذه الحقوق إلى مايلي:

الفرع الأول: الحق في القيام بالتحريات والمراقبة والاطلاع:

تسبق مرحلة التعاقد مرحلة سابقة، تقوم فيها مؤسسة أو شركة الفاكторинг بإجراء التحريات الأولية عن المركز المالي للعميل، وذلك بهدف الإستيثاق من هذا المركز، والتأكد من ملائته المالية، وحجم أعماله، لدراسة طلب التعاقد الذي يتقدم به الدائن (العميل)، فإذا كان هذا الأخير شركة تتأكد مؤسسة الفاكторинг من أسم هذه الشركة وعلامتها التجارية أو الصناعية، وحجم رأس مالها، ونوع نشاطها، وحجم الأعمال التي تمت خلال السنوات الخمسة الأخيرة مثلاً، وتشمل التحريات أيضاً، التحقق من طبيعة الأعمال أو الخدمات أو البضائع التي يقدمها الدائن (العميل) إلى مدينه (زبائنه)¹⁷⁰.

وهذه التحريات أو البيانات التي تقوم بها مؤسسة الفاكторинг قد تحصل عليها من خلال الاطلاع على الوثائق أو المستندات المتعلقة بميزانية وحسابات الدائن (العميل) والتأكد فيما لو قام هذا الأخير بإرسال البضائع أو أنجاز الخدمات وحالته المادية ونظمه الإدارية، كما أن مؤسسة الفاكторинг قد تستعين في سبيل الحصول على المعلومات التي تبتغيها بالبنوك التي تتوفر لديها معلومات كافية عن السوق من خلال دورها في المعاملات التجارية بمنح الاعتمادات وفتح

¹⁷⁰- محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 38.

حسابات وخصم الأوراق التجارية. وقد تلجأ إلى المؤسسات المتخصصة في جمع المعلومات وتقديمها إلى من يرغب مقابل مبلغ مالي معين، كما أنها قد تتوجه إلى المدين أو زبائن العميل لمعرفة مدى احترام العميل لتعاقداته، ومدى جودة البضائع التي ينتجها، وحسن الخدمات التي يقدمها، إضافة إلى المعلومات التي تملكها من خلال العلاقات المتشابكة مع التجار¹⁷¹.

واستناداً على المعلومات التي تحصل عليها من كافة مصادرها، يمكن أن تتكون لديها نظرة متعمقة عن الدائن، مستعينةً بالمعايير التي وضعتها مسبقاً في اختيار العملاء.

وفي ضوء هذه التحريات، وبعد دراسة الملف، تصدر مؤسسة الفاكترينغ قرارها بالقبول في رسالة خاصة توجهها لعميلها لإعلانه بهذا القرار، وينتقل الدائن في ذات الوقت مطبوعين أحدهما يسمى طلب الوفاء، يتضمن التاريخ الذي يرغب فيه الدائن (العميل) الحصول على قيمة الديون، وكيفية الوفاء، معجلاً أو عند الاستحقاق، والثاني يتعلق بالفواتير أو الديون غير المقبولة حيث تعلن المؤسسة عن رغبتها في تحصيل تلك الفواتير أو الديون بصفتها وكيلًا، عاديًا تنوب عن الدائن¹⁷².

وبعدها تدخل مؤسسة الفاكترينغ مرحلة التفاوض مع الدائن حول شروط العقد، مدته، وسعر الفائدة أو العمولة، وغيرها من الشروط التي يتفقان عليها، و تحدد مؤسسة الفاكترينغ الحقوق

¹⁷¹- فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 133.

¹⁷²- توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 86.

التي تقبل ضمانها، ومن ثم دفعها مقدماً للعميل، يقيدتها في الجانب الدائن للحساب الجاري الذي يفتح لهذا الغرض¹⁷³.

أما بالنسبة لحق مؤسسة الفاكترينغ في المراقبة والاطلاع فهذا الحق لا تمارسه بصفة دورية بل كلما دعت الضرورة إلى ذلك، وثار الشك لديها حول انتظام معاملات عميلها، وهذا الحق يُمكنها من الاطلاع على مركز عميلها الدائن باستمرار، لكي تكون على بينة بما قد يطرأ عليه من تغير يدفع المؤسسة إلى اتخاذ ما يلزم من حذر واحتياط لحماية مصالحها من الضرر الذي قد يترتب بسبب استمرارها في التعامل مع عميلها، بل أن وجود المؤسسة قد يوهم الغير بانتظام وحسن سير معاملات العميل مما يدفع إلى التعامل معه والإطمئنان له، وبالتالي أصابته بأضرار قد يسأل عنها الدائن (العميل) والمؤسسة معاً، أما المراقبة فتتحقق من خلال مسك مؤسسة الفاكترينغ لحسابات عميلها والفواتير، وبذلك تقف على حقيقة وضع هذا العميل وظروفه باستمرار¹⁷⁴.

الفرع الثاني: الحق في انتقاء الفواتير:

بمقتضى مبدأ الجماعية يتقدم الدائن (العميل) لمؤسسة الفاكترينغ بكافة حقوقه على مدينه طالباً تمويلها وضمانها في تحصيل هذه الحقوق، على أن يشمل طلبه كافة المعلومات اللازمة لتبصير المؤسسة بالحالة المالية لزيائنه (المدينين)، وآجال الوفاء بالديون، ومبلغ الاعتماد المطلوب، وبعد دراسة الفواتير المقدمة، تمارس مؤسسة الفاكترينغ حقها في تصفية واختيار الفواتير التي

¹⁷³ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 40.

¹⁷⁴ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 44.

تقبل تمويلها وضمانها، وتقوم بإعلان عميلها الدائن بقرارها الذي انتهت إليه، وقد ترفض قبولها ولكنها تتفق مع الدائن بتحصيلها على سبيل الوكالة العادية¹⁷⁵.

وليس بالضرورة في مبدأ الجماعية أن تلتزم مؤسسة الفاكترينغ بقبول جميع الديون المتمثلة في الفواتير أو السندات التجارية، بل لها أن ترفض ما تراه غير مناسب أو مجرد من كل ضمان، كما أن لمؤسسة الفاكترينغ أن ترفض الديون التي لا تمثل بالفعل بضاعة تم توريدها أو خدمة تم أدائها لأن مثل هذه الديون لا تعبر عن حق للدائن العميل ضد مدينه¹⁷⁶.

ويتعين على مؤسسة الفاكترينغ الرد على طلبات القبول المقدمة إليها خلال أجل معقول يتناسب مع السرعة التي هي أساس التعامل التجاري، خصوصاً أن لديها أقساماً متخصصة في جمع المعلومات تمكنه من معرفة أوضاع الزبائن الذين يتعامل معهم العميل الدائن. ويظل القبول قائماً وملزماً للمؤسسة حتى يصدر قرار جديد بتعديله أو الغائه، وخلال مدة القبول تظل الفواتير المشمولة بالقبول مضمونة من طرف المؤسسة حتى تصدر قرارها بإلغاء أو تعديل هذا القبول بواسطة رسالة صريحة للدائن العميل، وقرار التعديل أو الإلغاء لا يسري بأثر رجعي على المعاملات تمت قبل صدوره، فالحقوق المقبولة من بالنسبة للبضائع المرسله تبقى مضمونة من طرف مؤسسة الفاكترينغ، لأن القرار لا يسري إلا من يوم أستلام الدائن (العميل) للرسالة المضمونة وبالنسبة لما تم بعد هذا الاستلام من عمليات¹⁷⁷.

¹⁷⁵ - فضلي، هشام (1987). مرجع سابق، ص 140.

¹⁷⁶ - عوض، علي جمال الدين (1994). مرجع سابق، ص 122.

¹⁷⁷ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 89.

وقد ينص عقد الفاكترينغ على معايير معينة تقوم المؤسسة في ضوءها، بانتقاء وقبول الديون. كأن تضع معياراً جغرافياً، فلا تقبل المؤسسة من خلال هذا المعيار سوى الديون الداخلية، أو الديون المترتبة على مدينين موجودين في دولة معينة فقط، وقد تضع المؤسسة معياراً سلعاً، فلا تختار سوى الديون الخاصة ببيع محدد من السلع.

وقد أعتبر الاجتهاد الفرنسي أن قبول مؤسسة الفاكترينغ شراء 17 ديناً معروضاً على المؤسسة، يعتبر حداً معقولاً وتطبيقاً طبيعياً لأحكام عقد الفاكترينغ¹⁷⁸.

إن الحرية التعاقدية بشأن عمليات الائتمان والضمان تمارسها المؤسسة مرتين، الأولى عندما تبرم عقداً إطارياً ينظم علاقتها المستقبلية بعميلها ولا يلزمها بإبرام عمليات تمويل وائتمان مستقبلية وفقاً لمعايير محددة، والثانية عندما تمارس حقها في انتقاء الفواتير "شرط القبول" حيث يقضي هذا العقد بأحقية المؤسسة في إلغاء القبول أو العدول عنه طالما كان ذلك سابقاً على تنفيذ العميل لالتزاماته تجاه مدينه¹⁷⁹.

إن حق مؤسسة الفاكترينغ في انتقاء واختيار الديون، يعتبر من أهم الضمانات التي تتمتع بها المؤسسة في هذا العقد، فيتوجب عليها اتخاذ الحيطة والحذر عند قيامها بهذه العملية، وعليه لا بد لها من انتقاء الديون الصادقة المؤكد تحصيلها من المدين، وقبول تلك التي تحقق لها الفائدة الأكبر وإن كانت عسيرة التحصيل.

¹⁷⁸- شافي، نادر عبد العزيز(2013). مرجع سابق، ص 263.

¹⁷⁹- فضلي، هشام (1987). مرجع سابق، ص 132.

الفرع الثالث: الحق في الحل محل الدائن الأصلي:

يحل الموفي بالوفاء بالدين للدائن محل الدائن في حقه. فينتقل إليه هذا الحق بما له من صفات وبما يضمنه من تأمينات وضمانات، وبما يلحقه من توابع وبما يحميه من دفع. فعندما يكون الدين تجارياً ينتقل إلى الموفي بهذه الصفة ويحل محل الدائن في حقه بما يحمله من خصائص.

والوفاء في الحل لا يقتصر على الحق انتقال الحق ذاته، بل يشمل توابعه، ويعتبر من قبيل توابع الحق، الفوائد، والدعاوى المتصلة بالحق¹⁸⁰، وهذا ما نصت عليه المادة (381) مدني عراقي بقولها: ((من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات...))

ويترتب على الحل الشخصي النتائج التي يسعى إليها أطراف عقد الفاكترينغ (مؤسسة الفاكترينغ والدائن - العميل -)، فالدائن العميل يستوفي حقه من المؤسسة فينقضي الحق بالنسبة إليه، والمؤسسة تكسب الحق الذي قامت بإيفاء قيمته مع ضماناته وتوابعه في مواجهة المدين (المشتري) وتستطيع المؤسسة مقاضاته في حاله رفضه الوفاء، بموجب دعوى الحل الناشئة عن واقعة الوفاء¹⁸¹.

¹⁸⁰ - الجبوري، ياسين (2005). المبسوط في شرح القانون المدني، ط1، عمان، دار الثقافة، ص241، ص242.

¹⁸¹ - محمد، محمود عبد الرحمن، الحل الشخصي، مرجع سابق، ص 385.

وتنص المادة (380) من المدني العراقي على أنه ((للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك. ويكون الاتفاق بورقة رسمية لا يجوز أن يتأخر تاريخها وقت الوفاء)).

ويخلص من هذا النص أن الحلول يجب أن يكون باتفاق بين الموفي والدائن، ولا يشترط موافقة المدين على هذا الاتفاق (اتفاق الحلول)، ولكن يشترط أن يكون بموجب ورقة رسمية، لا يتأخر فيها الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء.

وعليه فما على مؤسسة الفاكستورينغ (الموفي) إلا أن يتفق مع الدائن (المستوفي) على إحلاله محله لقيام الحلول، ولا يخسر الدائن المستوفي شيئاً من ذلك، بل يكسب وذلك من خلال حصوله على قيمة ديونه قبل ميعاد استحقاقها ولا يكون المدين طرفاً في هذا الاتفاق، فرضاؤه غير ضروري، فالحلول يتم دون أرائته، بل بالرغم عنها، فدينه يقضى ويتخلص من مطالبة الدائن المستوفي.

والغالب أن يكون على الحلول والوفاء بالدين حاصلين في وقت واحد، حيث يقدم الموفي إلى الدائن دينه، ويتفق معه على حلولة محله في هذا الحق، فلا يجوز أن يكون الوفاء بالدين أولاً، ثم يليه الاتفاق على الحلول، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق سابقاً على الوفاء، فيتفق الموفي والدائن مقدماً على الحلول، ثم يدفع الموفي الدين بعد ذلك¹⁸²، مع تنفيذ الشكل المطلوب قانوناً والمتمثل في تثبيت الحلول بورقة رسمية عن طريق الكاتب عدل.

¹⁸² - عبد الرزاق، السنهاوري (2000). مرجع سابق، ص 679.

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الأردني فلا نرى فيه الإشارة بشكل مباشر إلى الحلول مع الوفاء، ووضع الأحكام التفصيلية على غرار له على غرار موقف التشريع العراقي والتشريعات العربية الأخرى، كالتشريع المصري والجزائري.

غير أن نص المادة (320) ذهبت على أنه ((يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين كل من يقدم مخالصة صادرة من الدائن)).

لذا يمكن إعمال النص اعلاه في نظام الفاكترينغ باعتباره حلاً اتفاقياً، وذلك عن طريق المخالصة التي يقوم بتسليمها الدائن إلى مؤسسة الفاكترينغ، على أن يدون فيها قيمة الديون، وما يشير إلى حلول المؤسسة محله في استيفاء وتحصيل الديون، وبالنظر إلى هذه المخالصة يلتزم المدين بالوفاء للمؤسسة، كون هذه المخالصة تمثل حلول المؤسسة قبل الدائن في مواجهته.

وبمقتضى أحكام الحول الاتفاقي، يمكن لمؤسسة الفاكترينغ استعمال حق الحبس¹⁸³، ومؤدى ذلك هو أن لمؤسسة الفاكترينغ حبس العين التي تعود للمدين إلى حين استيفاء الثمن الذي في ذمته، حيث يعتبر حق الحبس أو الاحتباس وسيلة من الوسائل التي تضمن وفاء المدين لإلتزامه، فمؤسسة الفاكترينغ (الموفي) بإمكانها أن تستوفي الدين من ثمن العين المحبوسة متقدمة في ذلك على غيرها من الدائنين العاديين للمدين.

بالمقابل، فإن الموفي (مؤسسة الفاكترينغ)، لا يحل محل الدائن (العميل) إلا بقدر ما وفي من الدين فعلاً، فإذا قبل الدائن الوفاء بجزء من الدين، وحل الموفي محله في الدين، وأراد

¹⁸³ - انظر نصوص المواد (280، 284). مدني عراقي. ويقابلها المواد (387، 388، 389). مدني اردني.

الموفي(مؤسسة الفاكترينغ) الرجوع على المدين بكل الدين، فإنه ليس له ذلك، فلا يستطيع الرجوع عليه إلا بما أداه من الدين فعلاً للدائن، وليس بكل الدين¹⁸⁴.

فإذا كان مقدار الدين(3000) دينار وقبل الدائن من الموفي - مؤسسة الفاكترينغ- (2500) دينار وحلت محله في مبلغ الدين كله، وأرادت مؤسسة الفاكترينغ الرجوع على المدين، فلا تستطيع الرجوع إلا في حدود(2500) دينار، وهو المبلغ الذي أدته فعلاً للدائن.

وفي حال وفاء الموفي(مؤسسة الفاكترينغ) بجزء من الدين للدائن المستوفي، وبقي لهذا الأخير جزء من الباقي من الدين، فعند الرجوع على المدين، يكون الدائن المستوفي مقدماً على الموفي(مؤسسة الفاكترينغ) في استيفاء الدين، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك¹⁸⁵.

إن حق مؤسسة الفاكترينغ في الحلول محل الدائن(العميل)، يعتبر ضماناً مقابلاً للخدمة الائتمانية التي تؤديها المؤسسة عبر شراء الديون التجارية.

ويتجلى هذا الحق في رجوع المؤسسة على المدينين بإسمها ولحسابها الخاص، فهي لا تقوم بتحصيل الديون نيابةً أو وكالةً عن الدائن عميلها، بل تقوم بذلك بإسمها ولحسابها الخاص.

وقد تناولت المادة 9 من اتفاقية أوتوا لعاد 1988 انتقال حقوق الديون موضوع عقد الفاكترينغ مع جميع ما له من تأمينات وما عليه من عيوب إلى مؤسسة الفاكترينغ، كما نصت

¹⁸⁴ - الجبوري، ياسين (2005). مرجع سابق، ص 247.

¹⁸⁵ - أنظر نص المادة (282). مدرني عراقي.

على عدم اكتساب المؤسسة لحقوق أكثر مما كان للدائن (العميل)، فالفاكتورازر (مشتري الديون) لا يستطيع أن يطالب المدين بحق أكثر مما كان للدائن الأصلي (الفاكتورايزي)¹⁸⁶.

وفي حقيقة الأمر، إن الحلول الاتفاقي لا تقتصر فائدته على الدائن والمؤسسة فحسب، بل يستفيد المدين فائدة محققة من وفاء مؤسسة الفاكترينغ لدائنه، حيث يغلب أن يكون الدائن الجديد (مؤسسة الفاكترينغ) أكثر تساهلاً معه وإيسر عليه، وإلا لما تطوع مختاراً لشراء الديون.

المطلب الثاني: التزامات مؤسسة الفاكترينغ تجاه الدائن (العميل):

تلتزم مؤسسة الفاكترينغ في علاقتها مع الدائن (العميل) بموجب عقد الفاكترينغ ببعض التي تمثل الدور الرئيسي في عقد الفاكترينغ. كالتزامها بوفاء قيمة الديون إلى الدائن (العميل)، وعدم الرجوع عليه في حال تعذر تحصيلها بسبب إعسار المدين أو إفلاسه أو حالات أخرى لا ترجع إلى سلوك الدائن (العميل)، إضافة إلى التزام المؤسسة ببعض الالتزامات المستمدة من المبادئ الأساسية طبيعة العقد وطبيعته، كالخدمات الإدارية والاستشارية، وتبعاً لذلك سنقوم ببحث أهم الالتزامات المترتبة على مؤسسة الفاكترينغ في علاقتها مع الدائن (العميل) وفقاً للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: الالتزام بوفاء قيمة الديون.

الفرع الثاني: الالتزام بحفظ أسرار العميل.

الفرع الثالث: الالتزام بضمان عدم الرجوع.

¹⁸⁶ - شافي، نادر عبد العزيز (2005) ص 273.

الفرع الرابع: الالتزام بتحمل مخاطر التحصيل.

الفرع الأول: الالتزام بوفاء قيمة الديون:

يقوم نظام الفاكترينغ على التزام مؤسسة أو شركة الفاكترينغ بدفع قيمة الديون للدائن (العميل) صاحب الحق في الثمن ضد المدين (المشتري)، نظير أن ينزل الدائن إلى المؤسسة عن هذا الحق الذي أستوفى قيمته.

فتقوم مؤسسة الفاكترينغ بدفع قيمة الديون مقابل حلولها محل الدائن (العميل) في هذه الحقوق، وتحصيلها مباشرة من المدين عند أجل استحقاقها¹⁸⁷.

ويعتبر إلتزام مؤسسة الفاكترينغ بوفاء قيمة الديون الغرض بالرئيسي الذي ينتظره الدائن، والذي من أجله لجأ إلى تحويل حقوقه عند من خلال إبرام عقد الفاكترينغ، ألا وهي السيولة النقدية التي يهدف الحصول عليها، فهذه الأخيرة هي السبب الرئيسي في قيامه بتحويل حقوقه أو ديونه إلى المؤسسة.

فتلزم مؤسسة الفاكترينغ بدفع قيمة هذه الديون بغض النظر عن تحصيلها أو عدم تحصيلها، لأنها أخذت على عاتقها الوفاء مقابل الحلول وتحميل مخاطر التحصيل، فيدخل هذه الالتزام في جوهر التزاماتها المترتبة عليها بمقتضى العقد¹⁸⁸.

¹⁸⁷- عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، 650.

¹⁸⁸- شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 326.

أما عن طريقة وفاء المؤسسة لهذه الديون، فقد تلتزم بالوفاء عن طريق سحب الأوراق التجارية لمصلحة الدائن (العميل)، أو تلتزم بالوفاء نقداً وذلك من خلال إيداع مبلغ المبلغ بالجانب الدائن للحساب الجاري المفتوح للعميل، وهذا هو الغالب، باعتباره طريقة أداء مبسطة للحقوق المتقابلة للطرفين، حيث يتفق الطرفان في العقد على فتح حساب جارٍ دون شكايات خاصة، حيث إن فتح هذا الحساب يخفف العبء الإداري عن العميل، وتتولى المؤسسة مهمة القيد في الحساب وتسييره بينما يقتصر دور الدائن (العميل) على سحب هذه المبالغ عند الحاجة، ويقيد بالجانب المدين لهذا الحساب مبلغ العمولات والفوائد¹⁸⁹.

إن قيد هذه الحقوق في الجانب الدائن والجانب المدين للحساب الجاري لا يعني إنفصال هذه الحقوق، لأن قيدها يؤدي إلى اندماجها مع بقية المدفوعات في الحسابات المسجلة بالحساب، بحيث أن المدفوعات جميعاً تشكل في ظل الحساب الجاري وحدة متماسكة قائمة بذاتها غير قابلة للتجزئة أو الانقسام، طبقاً لمبدأ عدم تجزئة الديون الداخلة في الحساب الجاري¹⁹⁰، وهذا ما نصت عليه المادة (221) من قانون التجارة العراقي بقولها ((المفردات المقيدة في الحساب الجاري لا تقبل بمجموعها التجزئة قبل غلق الحساب الجاري واستخراج الرصيد)). وبنفس المفهوم ذهب المشرع الأردني في نص المادة (111) من القانون التجاري.

كما أن الحساب الجاري لا يعد تقنية أداء فحسب بل وتقنية ضمان أيضاً، بحيث يمكن أن يكون الحساب شاملاً لجميع معاملات أطرافه، أو لنوع معين منها فقط¹⁹¹، فكل حق فيه يعد

¹⁸⁹- تورية، توفيق (1987). مرجع سابق، ص 99.

¹⁹⁰- الشماع، فائق محمود (2009). مرجع سابق، ص 122.

¹⁹¹- أنظر نص المادة (107) تجارة أردني.

ضماناً للحق المقابل له، بحيث يمكن في حالة عدم الوفاء الراجع لأسباب أخرى غير تلك المضمونة من قبل المؤسسة، الرجوع على الدائن العميل لأسترداد ما تم قيده من مبالغ، وذلك بإجراء قيد عكسي بسحب هذه المبالغ من الجانب الدائن وقيدها بالجانب المدين¹⁹²، وهذا ما نص عليه قانون التجارة العراقي بشكل صريح بنص المادة (220) منه بقوله ((يعد قيد السند في الحساب الجاري صحيحاً على أن لا يحتسب بدله إذا لم يدفع عند الاستحقاق وفي هذه الحالة تجوز إعادته إلى صاحبه وعكس قيده))). ولا يفرق موقف المشرع الأردني بهذا الخصوص، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة(109) من قانون التجارة على أنه: ((وإذا لم تسدد قيمة السند في موعد استحقاقه فيحق لمستلمه مع الاحتفاظ به على سبيل التأمين ومع استعمال الحقوق المنوطة به أن يقيد قيمته على حساب مسلمه)).

وتقوم مؤسسة الفاكторинг في إطار اتفاق عقد الفاكторинг بحساب الرهن الضامن، ومفاد ذلك أن تقوم المؤسسة بفتح حساب خاص باسم الدائن (العميل) يسمى حساب الرهن، تقيد فيه مبلغاً معيناً يتم اقتطاعه من المبالغ المحولة إليها بنسبة مئوية حتى يصل إلى حدٍ معين، بحيث لا يستطيع الدائن (العميل) معها أن يتصرف في هذا الحساب طوال مدة العقد، لأنه يعتبر بمثابة تأمين لعمليات الفاكторинг وضمان عما تقدمه مؤسسة الفاكторинг من اعتمادات¹⁹³.

كما أن القيد في الحساب الجاري يعادل الوفاء، والتاريخ المعتبر بهذا الخصوص هو تاريخ الوفاء وليس تاريخ تحصيل الحقوق، إلا إن مجلس الدولة الفرنسي يذهب خلاف ذلك، حيث

¹⁹²- توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 100.

¹⁹³- شتيوي، حسبية (2014). مرجع سابق، ص122.

أعتبر أن التأريخ الواجب اعتباره هو تأريخ تحصيل الحقوق. فعملية شراء الحقوق بنظره هي عملية ائتمان¹⁹⁴، فلا يمثل الحلول الاتفاقية إلا ضماناً لاسترداد الائتمان.

وقد أشارت اتفاقية أوتوا في الأولى منها، إلى التزام مؤسسة الفاكترونغ بالوفاء بقيمة الديون واعتبرته التزاماً رئيسياً على مؤسسة الفاكترونغ، فتلتزم بموجب هذه المادة بوفاء قيمة الديون التي تشتريها مسبقاً إلى الدائن (العميل)¹⁹⁵.

الفرع الثاني: الالتزام بحفظ أسرار العميل(الدائن):

يُعد الالتزام بحفظ الأسرار من السمات الرئيسية للمؤسسات المالية، بل هي السمة الأساسية للمؤسسات المالية بكونها مؤتمنة عليها، إذ تلتزم بالحفاظ على أسرار عملائها وعدم التصريح بها للغير، لأن علاقة المؤسسات المالية وبضمنها مؤسسة الفاكترونغ، قائمة على الثقة التي عمادها كتمان المؤسسة لأسرار عملائها.

ويتضح هذا الالتزام المفروض على المؤسسات المالية بشكل مباشر من خلال قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية إذ تنص المادة (6) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية على أنه :

أ- يعد حصول أي شخص على سر تجاري أو استعماله له أو الإفصاح عنه بطريقة تخالف الممارسات التجارية الشريفة دون موافقة صاحب الحق إساءة لاستعمال السر التجاري.

193- Voir : D 1985; 204 note Gavalda; revue Banque 1985, 91 Obs., Rives – lange
نقلًا عن عبد الحفيظ، ميلاد(2012). مرجع سابق، ص194.

195- عبد الحفيظ، ميلاد (2012). المرجع السابق، ص 195.

ب- لغايات تطبيق احكام الفقرة (أ) من هذه المادة يعتبر مخالفاً للممارسات التجارية الشريفة

على وجه الخصوص ما يلي :

1- الإخلال بالعقود.

2- الإخلال بسرية المعلومات المؤتمنة أو الحث على الإخلال بها.

3- حصول شخص على الأسرار التجارية من طرف آخر إذا كان يعلم أو كان بمقدوره أن

يعلم بأن حصول ذلك الطرف عليها كان نتيجة مخالفة للممارسات التجارية الشريفة.

هذا ويُمكن للدائن العميل أن يطالب بتعويضه عن الأسرار التي تصيبه بسبب إفشاء

المؤسسة المالية عن اسراره التجاريه، وهذا ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (7) من قانون

المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية بقولها: ((لصاحب الحق في السر التجاري المطالبة

بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة إساءة استعمال هذا السر)).

كما يمكن بيان ملامح السرية المفروضة على المؤسسات المالية في العراق من خلال

قانون البنك المركزي، حيث أشارت الفقرة الأولى من المادة (22) منه على عدم السماح للشخص

الذي يعمل بصفة محافظ أو نائب محافظ أو عضو آخر في مجلس ادارة البنك أو موظف أو

زيون التعرف أو نشر أو كشف معلومات خاصة تم الحصول عليها اثناء تأدية الواجبات الرسمية،

أو استخدام هذه المعلومات أو السماح باستخدامها لتحقيق مكاسب شخصية¹⁹⁶.

كما جرم المشرع الأردني بنص المادة (355) من قانون العقوبات، إفشاء الأسرار، حيث تعد

السرية المفروضة على المؤسسات المالية جزءاً لا يتجزء منها، وأوجب المحافظة على هذه السرية

¹⁹⁶- تاج الدين، ميادة صلاح الدين(2009)، "السرية المصرفية وأثارها" مجلة تنمية الرافدين، جامعة الموصل، 31(95).283.

بنص الفقرة الخامسة من المادة (814) من القانون المدني الأردني، و حظر الإفشاء بأسرار العميل بنص المادة (185) من قانون الشركات الأردني.

إن التزام مؤسسة الفاكترينغ بالمحافظة على أسرار عميلها يعتبر من الالتزامات الجوهرية في عقد الفاكترينغ، إذ يعتبر هذا العقد من العقود التي لا تسمح لأحد الأطراف بالاطلاع على أسرار مهمة الطرف الآخر، لا سيما الأسرار المتعلقة بوضعه المالي والمهني والتجاري والمالي. فكان لا بد من التأكيد على الالتزام بحفظ أسرار الدائن (العميل)، وبشكل خاص في نظام الفاكترينغ.

فالدائن (العميل) يسلم فواتيره وديونه لمؤسسة أو شركة الفاكترينغ لدارستها قبل الموافقة شرائها، ولا شك أن هذه الأخيرة تقوم بالاطلاع على تفاصيل تلك الديون وكشف أوضاع كل من الدائن والمدين من كافة النواحي، الاقتصادية والمالية والتجارية والمهنية، وعلى طبيعة نشاطه أو عمله.

لذلك تلتزم مؤسسة الفاكترينغ بالحفاظ على أسرار عمليات وصفقات الدائن من جهة، والحفاظ على أسرار وضع المدين الذي تترتب بذمته الديون المعروضة على مؤسسة الفاكترينغ لشرائها بموجب نظام الفاكترينغ من جهة أخرى¹⁹⁷.

وإذا رفضت مؤسسة الفاكترينغ شراء الفواتير والديون المعروضة عليها من الدائن، فإن قرارها هذا يجب أن يتسم بالسرية، ودون أي إفشاء له أو لمضمونه سوى الدائن (البائع)، لأن

¹⁹⁷- شافي، نادر عبد العزيز(2013). مرجع سابق، ص336.

إحاطة الغير بتعامل الدائن مع المؤسسة قد يفقده بعض الزبائن (المشتريين)¹⁹⁸، خاصةً في الحالة التي يحول الدائن (البائع) فيها حقوقه إلى مؤسسة الفاكторинг قبل قيامه بإداء خدمة معينة، أو التزامه بتصدير سلع معينة، لأن ذلك يعد بمثابة دليل على عدم إنتظام ميزانيته واختلال وضعه المالي.

ويرى الباحث، أن التزام مؤسسة الفاكторинг بالحفاظ على أسرار الدائن (العميل)، وعدم إفشاء اسراره، وعدم إعطاء صفة العلانية لقرارها النهائي بقبول شراء ديونه من عدمه، يستند إلى مبدأ حسن النية المفروض توافرها في التعامل بينهما، خاصةً أن عقد الفاكторинг من العقود التي يستند كيانها إلى اعتبارات الثقة الشخصية البحتة، وهذه الثقة هي التي استدعت كل منهما في اختيار الآخر.

¹⁹⁸ - تورية، توفيق (1987). مرجع سابق، ص35.

الفرع الثالث: الالتزام بضمان عدم الرجوع:

الإلتزام بضمان عدم الرجوع، هو التزام تضمن بمقتضاه مؤسسة الفاكثورينغ للدائن (العميل) إعسار أو إفلاس المدين نظير عمولة، بسبب ما تتحمله من مخاطر، أو هو اتفاق تتعهد بموجبه مؤسسة الفاكثورينغ بعدم الرجوع على عميلها في حال تعذر التحصيل، وبالتالي تلتزم المؤسسة بعدم الرجوع على الدائن في حال عدم وفاء المدين بالحقوق الثابتة، غير أنه يمكن الاتفاق بينهما على إعفاء مؤسسة الفاكثورينغ من هذا الالتزام، لذا سنكون ازاء فرضين في عقد الفاكثورينغ، الفرض الأول هو ضمان المؤسسة للدائن (العميل) للحقوق فتلتزم بعدم الرجوع، والفرض الثاني، هو إعفاء المؤسسة من الضمان بموجب الاتفاق وتستطيع هنا الرجوع على الدائن (العميل)¹⁹⁹.

ويقضي المبدأ القائم في قانون الصرف، بأن امتناع المسحوب عليه الوفاء بقيمة السند التجاري في تاريخ استحقاقها يخول الحامل الشرعي في الرجوع على الملتزمين بها، حيث أن كل من الساحب والمظهرين المتعاقبين ضامين للوفاء بقيمة السند في مواجهة حاملها، ولكن رجوع الحامل على المظهر مقيداً باستنفاد الرجوع على المدين المصرفي، وأثبت عدم الوفاء الحاصل منه، وبعد ذلك للحامل استعمال حقه في الرجوع على المظهر والضامين دون مراعاة الترتيب²⁰⁰، وليس هناك ما يمنع أن يتفق المظهر والمظهر إليه على الاعفاء من الضمان، ويكون الاعفاء هنا في صيغة شرط يصاحب التظهير، ويسمى شرط (عدم الضمان)، وذلك بأن

¹⁹⁹ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص 43.

²⁰⁰ - سامي والشماع (1986). مرجع سابق، ص 216.

يورد المظهر في صيغة التظهير إحدى العبارات التي تفيد عدم ضمانه للورقة²⁰¹، بينما لا يمكن للساحب القيام بذلك، أي أن يعفى من ضمان السند التجاري، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (50) من قانون التجارة العراقي بقولها ((للساحب أن يشترط إعفاءه من ضمان القبول وكل شرط يتخلى به عن ضمان الوفاء يعتبر كأن لم يكن)). وبذات المعنى ذهب القانون التجاري الأردني بنص الفقرة الثانية من المادة (132).

يتبين مما سبق، أن هناك تعارضاً واضحاً بين تطبيق أحكام قانون الصرف وأحكام عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية). فوفقاً لأحكام قانون الصرف لا يمكن للساحب أن يعفى من ضمان السند التجارية، فإذا كانت مؤسسة الفاكторинг تحمل سنداً تجارياً مسحوباً من عملها (الدائن)، وفشلت في تحصيل قيمتها، سينشأ تعارض متمثل برجوع المؤسسة على صاحب السند التجاري وهو الدائن (العميل)، في حين أن جوهر عقد الفاكторинг هو التزام المؤسسة بعدم الرجوع على عملها في حال فشلها في تحصيل الحقوق.

وقد تعرض القضاء الفرنسي لهذه المسألة في قضية تتلخص وقائعها، في أن مؤسسة الفاكторинг قد تمسكت بصفقتها كحامل للسند للتجاري في الرجوع على عملها، بعد امتناع المدين عن الوفاء استناداً إلى بعض الدفع المتعلقة بالعلاقة التي كانت تربط المدين بالعميل، وقد أيدت

²⁰¹ - الطراونة، بسام (2003). تظهير الأوراق التجارية، عمان، دار وائل، ص 281، 282.

Paris 2 Mars 1982, D.1982, I.R.407 Obs. Vasseur, R.T.D. com.1982, P.289, n2, Obs. Cabrillac et Teyssie
نقلًا عن فضلي هشام (1997). مرجع سابق، ص 173.

محكمة استئناف باريس ما ذهبت إليه محكمة أول درجة في أحقية المؤسسة في الرجوع على عميلها بدعوى الصرف²⁰².

إلا أنه في حقيقة الأمر، يستدعي نظام الفاكторинг التفرقة بين العديد من الفروض:

1- إذا توافرت حالة من حالات إعفاء مؤسسة الفاكторинг من الضمان، فلن يكون هناك تعارض مع احكام قانون الصرف، حيث يجوز للمؤسسة الرجوع على عميلها لاستعادة ما سبق وسدده إليه²⁰³.

2- إذا كان العميل هو المظهر، فإن إعفاءه من الضمان الوارد في عقد الفاكторинг، ينفذ في مواجهة المظهر إليه المباشر وهو مؤسسة الفاكторинг في هذه الحالة، فلا يمكن لهذه الأخيرة الرجوع عليه حينئذ بأحكام ضمان الوفاء²⁰⁴.

3- إذا كان العميل هو الساحب، فلا يجوز إعفاءه من الضمان، لأن عدم جواز اشتراط الساحب إعفاؤه من الضمان يعتبر من الأحكام الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها²⁰⁵، وهو يظهر جلياً التعارض بين أحكام قانون الصرف وأحكام عقد الفاكторинг، ويمكن حسم هذا التعارض على النحو التالي:

أ- إذا جرت عملية السحب بعد نقل الحق من الدائن (العميل) إلى مؤسسة الفاكторинг، في هذه الحالة لن يكن لمؤسسة الفاكторинг الأحقية في التمتع بامتيازات قانون الصرف في الرجوع على العميل، ليس بمقتضى الشرط الوارد في العقد والمخالف لأحكام قانون الصرف، إنما

²⁰³- جهلول، عمار حبيب(2011). مرجع سابق، ص123.

²⁰⁴- الطراونة، بسام (2003). مرجع سابق، ص 284.

²⁰⁵- أنظر نص الفقرة (2) المادة (50) قانون التجارة العراقي. ويقابلها نص الفقرة (2) المادة (133) قانون التجارة الأردني.

السحب في هذه الحالة يتم لحساب المؤسسة، فبمخرج الحق من الذمة المالية للعميل يمكن القول بأن العميل يسحب هذه الورقة لحساب المؤسسة، والتي يكون لها صفة الأمر بالسحب أو الساحب المستفيد، باعتبارها المستفيد من السند التجارية.

ب- ولكن إذا جرت عملية السحب قبل نقل الحق، في هذا الفرض يمكن لطرفي العقد الاتفاق على عدم تطبيق أحكام عقد الفاكторинг في هذه الخصوصية، أو أن يدفع الدائن العميل ببطلان شرط التزامه بتقديم الأسناد التجارية في هذه الحالة لأنه سيفرغ عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) من محتواه، ألا وهو التزم المؤسسة بضمان عدم الرجوع.²⁰⁶

وخلاصة القول، يرى الباحث أن أهم ميزة ينبغي التوقف عندها فيما يخص التزامات مؤسسة الفاكторинг في عقد الفاكторинг، هي ميزة ضمان عدم الرجوع، فهذا الضمان يعد المرتكز الأساس الذي يزرع الطمأنينة لدى الدائن (العميل)، وهذا يؤدي إلى استقرار معاملاته التجارية.

وعليه فإن مفاد هذا الالتزام المترتب على عاتق المؤسسة وفق نظام الفاكторинг، هو أنه لا مجال لرجوعها على عميلها في حالة عدم استيفاء قيمة الديون المحولة إليها كلما كانت الأسباب لا ترجع إلى الدائن العميل، كأن يكون تعذر الاستيفاء لأسباب إعسار أو إفلاس المدين، أو قوة القاهرة جعلت التنفيذ مستحيلاً، غير أن لمؤسسة الفاكторинг التخلص من هذا الضمان كلما أثبتت أن تعذر التحصيل أو الاستيفاء يرجع إلى سلوك الدائن (العميل)، كأن

²⁰⁶ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 174.

يقوم هذا الأخير بغش المدين أو خلق فواتير وهمية، أو عدم تمكنه من القيام بالخدمة الذي أتفق على القيام بها مع المدين.

الفرع الرابع: الالتزام بتحمل مخاطر الديون:

تُعد مشكلة تحصيل الديون التجارية، أحد العوامل التي ساهمت في تعثر المشروعات التجارية، خاصة الصغير والمتوسطة الحجم منها، وهذا التعثر يعرضها لخطر الإفلاس والتصفية، وتبرز هذه المشكلة أكثر وضوحاً في تحصيل الديون التجارية الناتجة عن عمليات التصدير.

لذا فإن السبب الذي عجل بشيوع استعمال نظام الفاكторинг والذي يحمل فكرة تحمل المؤسسة مخاطر التحصيل هو مشكلة تحصيل هذه الديون، من خلال آلية تعجيل قيمة تلك الديون إلى المشروعات التجارية أو البائعين، مقابل انتقال حقوق تلك الديون إلى مؤسسة الفاكторинг، وتحملها مخاطر عدم التحصيل من المدينين أو المشتريين²⁰⁷.

ولا بد من القول، في أن خصوصية عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) لم تأت من مجرد تعجيل الوفاء بحقوق الدائن على مدينه، بل يمتاز هذا العقد بفرض التزام على مؤسسة الفاكторинг بمنعها من الرجوع على عميلها الدائن في حالة تعثر تحصيل الديون من المدين، أي أن المؤسسة تقدم على شراء الحقوق وهي عالمة بأنها تتحمل مخاطر تحصيلها وبغض النظر عن تلك المخاطر التي ستواجهها عند رجوعها على المدين.

²⁰⁷ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص 193.

إلا إن هذا الالتزام لا يؤخذ على إطلاقه، وإنما هو ذو نطاق محدد، حيث تتحمل المؤسسة بعض الحالات دون البعض الآخر، فقد يكون امتناع المدين عن الوفاء غير إرادي مثلاً، كما لو أفلس المدين أو أعسر، فهذه الحالة تشمل ضمان مؤسسة المؤسسة، وبالتالي تتحمل تبعه هذا الإفلاس أو الإعسار.

أما إذا كان امتناع المدين راجعاً لأسباب إرادية، فإن التزام مؤسسة الفاكترينغ لا يغطي كل حالات الامتناع الإرادي، ذلك لأن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه قد يكون نتيجة لنشوء نزاع قانوني بينه وبين دائنه عميل المؤسسة، فلا تتحمل مؤسسة الفاكترينغ في هذه الحالة ضمان التحصيل إذا لم تكن تعلم به وقت شراء الديون²⁰⁸.

وبالنسبة لحالات القوة القاهرة، كالبراكين والزلازل والفيضانات والعواصف وغيرها من العناوين الداخلة تحت وصف القوة القاهرة، فإنها تعفي المدين من المسؤولية بحكم القانون²⁰⁹، ولكن إذا خلا عقد الفاكترينغ من تنظيم أوضاع القوة القاهرة فإنها تدرج ضمن المخاطر التي تغطيها المؤسسة ليشمل الضمان حالة تخلف المدين عن الوفاء بسبب القوة القاهرة.

وغالباً ما ينص عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية)، على تجرد مؤسسة الفاكترينغ من الضمان في حالات عجز المدين عن الوفاء الراجع إلى الحروب والكوارث والثورات والقرارات

²⁰⁸ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 106 - 109.

²⁰⁹ - أنظر نص المادة (179). مدني عراقي. ويقابلها نص المادة (247) مدني أردني.

الصادرة بتأجيل دفع الديون المستحقة عند اشتداد الأزمة المالية، وكل نص قانوني له طبيعة سياسية يجعل الوفاء بالحق مستحيلاً في الوقت المحدد²¹⁰.

ولا يقوم التزام مؤسسة الفاكترينغ بتحمل مخاطر تحصيل الديون، إذا وجد أن الدائن (العميل) قد أدخل بالتزاماته تجاه مدينه، حتى في ظل غياب نص على ذلك صراحة في العقد، إذ لا يجوز للدائن (العميل) أن يستفيد من خطئه أو إخلاله بتنفيذ الخدمات المتفق عليها وإلا أصبح عقد الفاكترينغ أداة لأثرائه بلا سبب وليس لحماية من مخاطر تخلف المدين عن الوفاء.

ولو فرضنا حصول منازعات قانونية بين الدائن ومدينه، فإن الأمر يتطلب في هذه الحالة التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: هو إذا كانت هذه المنازعات قد نشأت قبل إبرام عقد الفاكترينغ وانتقال الحق للمؤسسة فلا تقوم مسؤولية هذه الأخيرة والتزامها بضمان تحمل مخاطر تحصيل الحقوق، لأنه وكما سبق القول، أن الدائن (العميل) ملزم بإعلام المؤسسة بكل الحوادث والمنازعات التي يمكن أن تؤثر على تحصيل الحق، فلا تضمن مؤسسة الفاكترينغ حقوقاً متنازع فيها، إلا إذا قبلت صراحة تحمل المخاطر التي تحيط بها بعد إعلامها بما يحيط بالحق من قبل الدائن (العميل)، وهذا استثناء من القواعد العامة في عقد الفاكترينغ²¹¹.

²¹⁰ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 108.

²¹¹ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 112.

الفرض الثاني: إذا ثارت المنازعات عقب إبرام عقد الفاكторинг، فإن عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)، ينص على منح الدائن (العميل) 30 يوماً لفضها مع مدينه، وإلا لن تتحمل المؤسسة ضمان مخاطر تحصيل الحق²¹².

ويشير الباحث، إلى أن الدائن عند لجوئه إلى مؤسسة الفاكторинг لغرض بيع حقوقه أو ديونه لا ينوي التعجيل بقيمة هذه الديون والحصول على السيولة النقدية فحسب، بل يهدف من خلال نظام الفاكторинг التخلص من الأعباء التي تثقل كاهله، إلا وهي معمة تحصيل الديون، فيتفق مع المؤسسة ابتداءً تحملها مخاطر الاستيفاء، فيصبح هذا الاتفاق التزاماً رئيسياً مكرساً بينها وبين عميلها، وبالتالي تتحمل الأعباء الناجمة عن التحصيل.

²¹² - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص110.

المبحث الثاني

آثار عقد الفاكترينغ بالنسبة لمؤسسة الفاكترينغ في علاقتها مع المدين

تتلخص هذه العلاقة في حلول مؤسسة الفاكترينغ محل عملها الدائن في حقوقه ضد مدينه، فيصبح واجب على المدين الوفاء لمؤسسة الفاكترينغ، إذ لا بد لهذا الأخيرة أن تسترد ما دفعته من ائتمان جراء قيامها بتعجيل قيمة الديون للدائن (العميل)، ويتحقق هذا الاسترداد من خلال الرجوع على المدين، ففي ضوء عقد الحلول الاتفاقي يصبح المدين بمقتضى هذا العقد مديناً لمؤسسة الفاكترينغ وليس لدائنه الأصلي، فسرطان عقد نقل الحقوق يمتد إلى إلزام الغير (المدين) بتنفيذ الاداء الموعود به لمصلحة المؤسسة وليس لمصلحة الدائن، ولأن هذا الأخير لا يستطيع أن ينقل إلى المؤسسة أكثر مما يملك، فإنه يكون للمدين أن يواجه المؤسسة بالدفع التي كان من حقه أن يثيرها بوجه دائنه الأصلي، ولا تقتصر المخاطر التي تحيط استيفاء الدين على دفع المدين، بل تمتد كذلك لتشمل الحالات التي يزاحم فيها الغير مؤسسة الفاكترينغ بادعائه الافضلية في استيفاء تلك الديون من المدين، وعليه سنوضح ما سبق وفقاً للتفصيل التالي:

المطلب الأول: حق مؤسسة الفاكترينغ في الرجوع مباشرة على المدين.

المطلب الثاني: الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة مؤسسة الفاكترينغ.

المطلب الثالث: مزاحمة الغير لمؤسسة الفاكترينغ في تحصيل الديون.

المطلب الأول: حق مؤسسة الفاكترينغ في الرجوع مباشرة على المدين.

إن أهم الخصائص التي تميز عقد الفاكترينغ، هو حق مؤسسة الفاكترينغ (مشتريه الديون)، بالرجوع مباشرة على مدين الدائن الأصلي، وتحصيل الديون باسمها ولحسابها الخاص، كونها أصبحت صاحبة الحق في تلك الديون بموجب عقد الفاكترينغ.

فيكون للمؤسسة أن تطلب وتقاضي المدين مباشرةً بصفتها الدائن الجديد له، مستعينةً بكافة الضمانات التي تضمن لها حق الحصول على الدين، الذي قامت بتعجيل قيمته²¹³، ولا يسع المدين سوى الوفاء لمصلحة مؤسسة الفاكترينغ وحدها، بل إن وفاء المدين لن يعتد به إلا إذا تم لهذه المؤسسة، ما لم يكن وفاءه بحسن نية، أي لا يعلم بالحلل نتيجة لعد إخطاره²¹⁴.

أما بالنسبة لأسلوب رجوع المؤسسة على المدين فينبغي أن يكون ودياً وبما يحافظ على مصالح الدائن (العميل) وعلاقته التجارية بالمدين، ولكن هذا لا يمنع مؤسسة الفاكترينغ من اللجوء إلى المطالبة القضائية كلما استوجب الأمر ذلك.

وتبعاً لذلك، فإن رجوع مؤسسة الفاكترينغ على المدين يقتضي التفرقة بين نوعين من المطالبة، المطالبة الودية والمطالبة القضائية، وعلى النحو الآتي:

أولاً: المطالبة الودية: تلتزم مؤسسة الفاكترينغ حفاظاً على العلاقات التجارية بين عميلها ومدينه، بأن لا تعجل بالرجوع على مدين عميلها قبل حلول أجل الوفاء، وأن تتبع عند الرجوع

²¹³ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 284.

²¹⁴ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 111.

عليه أسلوباً ودياً، وقد يحصل في هذا الرجوع أن يمر المدين بصعوبات مالية. فإذا ما قدم طلباً لمد أجل الوفاء، فإن المؤسسة تلتزم بأن لا تبت في طلبه هذا منفردة بل عليها اللجوء إلى الدائن (العميل) وعندها فإن الأمر لا يخلو من فرضين:

الفرض الأول: وهو مدُّ أجل الوفاء، وهنا تشترط عليه المؤسسة أن يتحمل الفوائد عن الفترة الفاصلة بين الأجل القديم والأجل الجديد، وعلى مؤسسة الفاكترينغ عند موافقتها على مدُّ الأجل إعلام الدائن (العميل) بهذه الموافقة، فقد يرغب في تحمل الفوائد المضافة بدلاً من مدينه، حفاظاً على علاقتهما التجارية المستقبلية²¹⁵.

الفرض الثاني: وينصرف إلى رفض مؤسسة الفاكترينغ طلب المدين مدُّ أجل الوفاء. وفي هذه الحالة يعطي عقد الفاكترينغ للدائن (العميل) الحق في تسديد قيمة الدين للمؤسسة بنفسه، أو تركها تلاقي المدين وفقاً لأحكام القانون²¹⁶.

ثانياً: المطالبة القضائية: يحق لمؤسسة الفاكترينغ باعتبارها دائناً حالاً محل الدائن القديم أن تقاضي المدين مستعينةً بجميع الضمانات والتأمينات التي تضمن لها استيفاء الحق الذي حلت فيه. إلا أن المطالبة القضائية في نطاق التعامل التجاري وخاصة في العمليات الائتمانية تكون محذورة لا يلجأ إليها إلا بعد اتخاذ إجراءات عديدة، وذلك حفاظاً على السمعة التجارية للمدين. لذلك تلتزم مؤسسة الفاكترينغ قبل الرجوع على المدين قضاءً بأن تذكره وتعذره إلى أن أجل الاستحقاق قد حل وذلك خلال فترة العشرة أيام التي تعقب حلول الأجل، وأن تنتظره فترة مماثلة

²¹⁵ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 127.

²¹⁶ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 183.

قبل توجيه التنبيه الثاني، وفترة أخرى قبل إحاطته علماً بالإجراءات التي سوف يتم اتخاذها في حالة التعنت بالوفاء، وبانتهاء فترة عشرة أيام على إرسال التنبيه الأخير ترسل إذارها النهائي باللجوء إلى القضاء إذا لم يوف المدين خلال فترة لا تتجاوز ثمانية أيام على إرسالها هذا الإنذار²¹⁷.

وتجدر الإشارة، بأن مؤسسة الفاكترينغ قد تلتزم حتى مع انقضاء هذه المدد بعدم مداعة المدين قضائياً إلا بموافقة الدائن (العميل)، وفي هذه الحالة يكون لازماً عليه أن يتحمل فوائد الفترة اللاحقة على أجل الاستحقاق، أو يقوم بنفسه برد قيمة الائتمان.

فبقاء العلاقة بين الدائن (العميل) ومؤسسة الفاكترينغ قائمة عقب منح الائتمان ونقل حقوق العميل للمؤسسة، قد تكون خاصة بنقل أحد الحقوق مقابل منح الائتمان المتمثل في حق العميل في رد قيمته بدلاً من مدينه²¹⁸.

إن أهم السمات التي يقوم عليها عقد الفاكترينغ، هو اعتباره من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وهذا يفرض على مؤسسة الفاكترينغ أن تتبع عند المطالبة الأسلوب الودي لاسترداد ما عجلته من المدين، حفاظاً على مصالح عميلها، ويؤدي ذلك إلى استقرار التعامل التجاري بين الدائن والمدين، وينعكس إيجاباً على مؤسسة الفاكترينغ وذلك من خلال القيام بعمليات ائتمان أخرى وفقاً لنظام الفاكترينغ مع العميل نفسه أو مع غيره، ولا ينفي هذا القول حق مؤسسة الفاكترينغ في اللجوء إلى المطالبة القضائية.

²¹⁷ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص128.

²¹⁸ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص183.

المطلب الثاني: الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة المؤسسة

يحل الموفي محل الدائن في نفس حقه، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص، فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع²¹⁹. حيث يحل الدائن الموفي محل الدائن المستوفي في المركز القانوني الذي كان يوجد فيه هذا الأخير (المستوفي). ويستفيد الموفي من الحلول في الحق الذي وفاه للدائن بما لهذا الحق من دفع يدفع بها تجاه الدائن، كما أن للمدين الحق في أن يدفع في مواجهة الموفي بنفس الدفع التي كانت له في مواجهة الدائن المستوفي.

وهذا يعني أنه على الموفي (مؤسسة الفاكترينغ) أن يتحمل ما قد يرد على الحق من دفع. كالبطلان والمقاصة والتقادم وسقوط الحق، أو ما إذا كان حق الدائن المستوفي قد نشأ بمقتضى عقد باطل أو موقوف، فاللمدين أن يدفع بذلك في مواجهة الدائن (الموفي)، كما كان يستطيع أن يفعل في مواجهة الدائن (المستوفي)²²⁰.

أما بالنسبة للتظهير الناقل للحق، فإنه يتميز بنقل حقاً للمظهر إليه مستمد مباشرة من السند التجاري، بحيث يستطيع أن يطالب بقيمة السند عند الاستحقاق، من المدين الصرفي دون أن يستطيع هذا الأخير الدفع بعدم حجية الحق الصرفي في مواجهته استناداً إلى علاقات شخصية تربطه بالموقعين الآخرين عن هذا السند التجاري.

²¹⁹ - السنهوري، عبد الرزاق (2000). مرجع سابق، ص 690.

²²⁰ - الجبوي، ياسين (2005). مرجع سابق، ص 243.

وبعدُ هذا الأثر الخاص للتظهير الناقل للحق خروجاً عن القواعد العامة التي لا تسمح لأي شخص بأن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك من حقوق، فمثلاً، تقضي القواعد العامة بأنه لا يجوز للبائع أن يدلي إلى المشتري بحقوق أكثر مما له على الشيء المباع. فهذا الأخير ينتقل من البائع إلى المشتري بحالته عند وجوده بين يدي البائع²²¹.

إذا كان أثر كل من التظهير الناقل للحق، والحلول الاتفاقية وحوالة الحق، هو انتقال الحق إلى مؤسسة الفاكترينغ، وهذا ما يرنو إليه أطراف عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية)، إلا إن الأمر يختلف بينهما فيما يتعلق بتطبيق قاعدة التظهير من الدفع، ففي حوالة الحق الحلول الاتفاقية، الحق في إثارة جميع الدفع التي كان يمكنه أن يتمسك بها تجاه المحيل والمستوفي، أما في التظهير الناقل للحق فلا تخول قاعدة التظهير للمدين هذا الحق إلا في حالات استثنائية، حيث تحمي هذه القاعدة الحامل حسن النية أثر بعض الدفع، نظراً لما يمثل السند التجاري من أهمية ودور مهم في الواقع التجاري والاقتصادي في المعاملات التجارية، فلا يستطيع المدين التمسك بالدفع أمام مؤسسة الفاكترينغ إلا بالدفع التي لا تشملها قاعدة التظهير²²²، فلا يمكن للمدين التمسك في مواجهة الحامل بالدفع المبنية على عيوب الرضا ذات الطابع الشخصي، كالغلط والتغريب مع الغبن الفاحش والاستغلال مع الغبن الفاحش، والدفع المستمدة من واقعة لاحقة لنشوء الالتزام الصرفي، والدفع المبنية على انعدام سبب الالتزام الصرفي أو عدم مشروعيته²²³.

²²¹ - سامي، فوزي، والشماع، فائق (1986). مرجع سابق، ص148.

²²² - تورية، توفيق (1987). مرجع سابق، ص193.

²²³ - سامي، فوزي، والشماع فائق (1987). مرجع سابق، ص154-155.

ووفقاً لما تقدم، يترتب على انتقال الحق لمؤسسة الفاكترينغ محملاً بما يرد عليه من دفع، فيكون للمدين أن يحتج في مواجهة المؤسسة بالدفع التي كان له أن يدفع بها أمام الدائن الأصلي، ولغرض تحديد الدفع التي يمكن للمدين إثارتها عند رجوع الموفي مؤسسة الفاكترينغ عليه، ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الدفع راجعاً إلى الدائن (العميل)، وبين تلك المتعلقة بالحق المحول، ووفقاً لما يلي:

أولاً: الدفع الراجعة إلى سلوك الدائن (العميل): قد يكون إمتناع المدين عن الوفاء ليس على حلول مؤسسة الفاكترينغ ومطالبتها بدل الدائن الذي تعامل معه، وإنما يكون إمتناعه راجعاً لأسباب تتعلق بسلوك الدائن، فما هو موقف المؤسسة من هذا الإمتناع؟ إن الجواب على هذا السؤال يقتضي تحديد الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها لأسباب راجعة على سلوك العميل، ويمكن تحديد هذه الدفع على النحو الآتي:

1- الدفع الراجع إلى غش الدائن (العميل) أو خطئه: إن قيام مؤسسة الفاكترينغ بشراء ديون عميلها وبضمان تحصيل هذه الديون لدى المدين وعدم الرجوع عليه في حال عجز المدين، قد يغري العميل إلى اصطناع ديون بفواتير وهمية، أو الأقدام على طرق احتيالية من شأنها أن توهم المؤسسة بوجود عقد صحيح بينه وبين المشتري (المدين)، لكي تطمئن له وتمنحه الائتمان. فإذا ما رجعت المؤسسة على المدين، ودفع هذا الأخير بغش العميل (الدائن) لعدم وجود الحق كلياً أو جزئياً، ففي هذه الحالة لا يقوم التزام المؤسسة بالضمان، حتى في غياب نص يترتب ذلك في العقد، لأن الغش يفسد كل شيء. كما يمكن أن يكون إمتناع المدين راجعاً إلى خطأ العميل. وفي هذه الحالة يزوده القانون بالآليات القائمة على ارتباط

الالتزامات ومن بينها الدفع بعدم التنفيذ²²⁴. وبالتالي يستطيع المدين التمسك بالدفع الراجع

إلى غش العميل، ويحق لمؤسسة الفاكترينغ الرجوع على العميل بهذا الدفع.

2- الدفوع الناشئة عن عدم تنفيذ الدائن لالتزاماته : ويقصد بهذه الدفوع، تلك المتعلقة بعدم

تنفيذ الدائن (العميل) لالتزاماته تجاه المدين، فهذا الإخلال يُعيب العلاقة الأساسية القائمة

بين المدين والدائن الأصلي، فإذا أمتنع الدائن (العميل) عن تنفيذ التزاماته، أو اكتشف

المدين عيوباً خفية في المبيع، يجوز للمدين الدفع في مواجهة مؤسسة الفاكترينغ (مشتري

الديون) بدفع عدم التنفيذ أو فسخ العقد²²⁵.

وطبقاً للقواعد العامة في الحلول الاتفاقي، فإن الحق ينتقل إلى مؤسسة الفاكترينغ

بما يحمله من عيوب خفية، ومن ثم إذا كان العيب مما يمكن كشفه ابتداءً، أي أنه عيب

ظاهر يمكن للمشتري كشفه ولكنه سكت عنه، فلا يمكنه هنا التمسك بوجود العيب في

مواجهة المؤسسة، ولكن إذا كان العيب مما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد المألوف،

وتم كشفه المدين فيما بعد، فعليه أن يبادر بإعلام الدائن (البائع) به، وإلا أعتبر سكوته

موافقة ضمنية لقبوله بالعيب، ولا يحق له الامتناع عن الوفاء بحجة وجود عيوب خفية

في المبيع²²⁶. ومن الطبيعي يشترط أن تكون هذا العيوب مؤثرة في المبيع.

²²⁴ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 109.

²²⁵ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 299.

²²⁶ - أنظر نص المادة (560) مدني عراقي.

3- الدفع الناشئة عن عدم وجود الحق محل عقد الفاكترينغ:

يقتضي صحة الحلول أن يكون الحق المراد نقله موجوداً، أو قابلاً للوجود في المستقبل، كما يجب أن يكون ملكاً للدائن (العميل)، فمؤسسة الفاكترينغ لا يمكن أن تحل في حق غير موجود، لذلك فإن عقد الفاكترينغ يفرض على الدائن (العميل) تقديم جميع الوثائق والمستندات التي تؤكد وجود الحق، كالفواتير وسندات الشحن وغيرها، ورغم ذلك قد يعتمد الدائن (العميل) إلى تقديم فواتير مزورة لبضائع وهمية وإرفاقها بشهادات مزورة تؤكد عملية حصول إرسال البضائع للمشتري (المدين)، والحصول على قيمتها من مؤسسة الفاكترينغ، وحينما ترجع هذه الأخير على المدين يرفض الوفاء مدعياً عدم إبرام الصفقة²²⁷. وبالتالي عدم وجود الحق محل العقد.

فالدائن في هذه الحالة يكون قد نصب على مؤسسة الفاكترينغ، فترجع هذه الأخيرة

عليه لاسترداد ما دفعته دون وجه حق، وفقاً لإحكام دعوى رد غير المستحق²²⁸.

4- الدفع بعدم الإخطار: قد يرفض المدين الوفاء لمؤسسة الفاكترينغ مدعياً عدم علمه بوقوع

الحلول، وعدم إخطاره بطريقة رسمية تبعاً لمقتضيات القانون، والدائن هو الذي يتعين عليه

الرجوع إلى بنود الاتفاق، وإخطار المدين بأنه يلتزم بالوفاء مباشرة للمؤسسة، وفي حال

تخلفه عن ذلك، تترتب عليه أحكام المسؤولية العقدية. فالإخطار يمنع المدين حسن النية

²²⁷ توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص 185.

²²⁸ - أنظر نص المادة (300). مدني اردني.

من الوفاء لغير المؤسسة، وفي غيابه لا يكون المدين ملزماً بالوفاء لغير الدائن الأصلي، وإن تم إبرام عقد الفاكترينغ بين هذا الأخير ومؤسسة الفاكترينغ²²⁹.

وعند القول باحتمال حصول التواطؤ بين المدين والموفي (مؤسسة الفاكترينغ) من أجل الحصول على التقدم في استيفاء الدين للموفي إضراراً ببقية الدائنين، فإنه يمكن تلافي ذلك عن طريق اشتراط تنظيم سندٍ بالوفاء بالدين عن طريق كاتب عدل لكي يكون التاريخ ثابتاً²³⁰. وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي²³¹.

ثانياً: الدفع الخارجة عن أصل الحق (الدين):

إن إمتناع المدين عن الوفاء في هذه الأحوال لا يكون سببه العجز الناتج عن مركزه المالي أو تعنته في الوفاء، وإنما إمتناع المدين في هذه الحالة يكون تطبيقاً للقاعدة المقررة في الحلول الاتفاقية أو حوالة الحق، والتي تقضي بأن الدين ينتقل لما يرد عليه من دفع، وتبعاً لذلك فإن هذه الدفع التي يتقدم بها المدين لا تكون ضمن الحالات التي تلزم مؤسسة الفاكترينغ بضمانها، ويمكن تقسيم هذه الدفع إلى ما يلي:

1- الدفع المتعلقة بانقضاء الحق:

يمكن للمدين أن يتمسك بانقضاء الحق في مواجهة مؤسسة الفاكترينغ، سواء كان هذا الانقضاء بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم²³²، ولمعرفة مدى إمكانية المدين

²²⁹ - عبد الحفيظ، ميلاد (2010). مرجع سابق، ص 188.

²³⁰ - الجبوي، ياسين (2005). مرجع سابق، ص 251.

²³¹ - أنظر نص الفقرة (2) المادة (380) مدني عراقي.

²³² - جهلول، عمار حبيب (2010). مرجع سابق، ص 141.

للتمسك بالدفع المتعلقة بانقضاء الحق، يجب التمييز بين ما إذا كانت قد نشأت له في مواجهة الدائن قبل عملية الحل أم بعده.

فإذا كان الدفع قد نشأ قبل حلول المؤسسة أو قبل انتقال الحق إليها، كان للمدين التمسك به في مواجهة الموفي أو المحال له (مؤسسة الفاكترينغ)، إذ القاعدة أن الحل لا يعطي للموفي تجاه المدين أكثر مما للدائن الأصلي، والدائن (العميل) لا يستطيع حلول المؤسسة الموفية بالدين إلا فيما له ضد المدين، ولنأخذ المقاصة مثلاً:

إذا نشأ للمدين حق تجاه دائنه، كان له الحق في طلب المقاصة بين الدينين، فإذا قام الدائن بتحويل حقه الثابت في الفواتير ضد المدين، لمصلحة مؤسسة الفاكترينغ قبل إجراء المقاصة، يبقى حق المدين في الدفع أمام المؤسسة في طلب المقاصة القانونية، لتحقيق شرط توافر الدينين المتقابلين بين ذات الدائن والمدين²³³، فتقع المقاصة هنا بين الدائن والمدين بحكم القانون²³⁴. فكلما كان بالإمكان إعمال المقاصة بين الدائن والمدين قبل الحل الاتفاقية، فإن الدفع بالمقاصة يمكن إثارته ضد مشتري الديون، بعد واقعة الحل، ومن ثم تكون نافذة في مواجهة مؤسسة الفاكترينغ متى تمسك بها المدين، ويكون لمؤسسة الفاكترينغ الرجوع على الدائن (العميل) لاسترداد ما دفعته له دون وجه حق.

ولكن إذا خرج الدين من الذمة المالية للدائن (العميل)، بطريق الوفاء مع الحل، فلا يمكن إعمال المقاصة بين هذا الدين، الذي يصبح حقاً لمؤسسة الفاكترينغ من الآن فصاعداً،

²³³ - محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص 115.

²³⁴ - أنظر الفقرة (2) المادة (417). مدني عراقي.

ودين نشأ للمدين تجاه العميل بعد ذلك، فالمقاصة تفترض وجود ديون متقابلة ومتبادلة بين ذات طرفين، وهو ما لم يحص في هذه الحالة، فلا مجال لها بعد الحلول²³⁵.

ويجب أن يتم الاتفاق على الحلول بين الموفي والدائن وقت الوفاء لا بعده، وبالتالي يجب يكون هذا الحلول ثابت التاريخ حتى يمكن معرفة حق المدين قد نشأ قبل وقوع الحلول أو بعده، ويتم التحقق من تاريخ الحلول من خلال الورقة الرسمية المثبتة للوفاء أو التاريخ الوارد في المخالصة.

2- الدفع المستمدة من أساليب نقل الحق:

تحرص مؤسسات الفاكторинг على الاستفادة من المميزات التي يوفرها قانون الصرف. لذلك نجدها تقرر في عقود الفاكторинг التزاماً على الدائن (العميل) بأن يسحب أوراقاً تجارية تكون لها صفة المستفيد منها، وفي نفس الوقت تحرص على قيام حقها في أن تسحب اسناداً تجارية على مدين عميلها الدائن²³⁶.

لذا ستظهر في عملية نقل الحقوق، ازدواجية، وذلك من خلال التصادم بين أنظمة نقل حوالة الحق في القانون المدني من جهة، وبين الحق المصرفي من جهة أخرى، فلا مناص والحالة هذه من تغليب أحدهما على الآخر، فلمن تكون الغلبة؟

²³⁵- محمد، ذكرى عبد الرزاق (2010). مرجع سابق، ص116.

²³⁶- جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص142.

إن لأحكام القانون التجاري أولوية في التطبيق في نطاق المعاملات التجارية على سواها، ومؤدى هذا الترجيح هو فقدان المدين لجانب هام من دفعه في حالة تظهير السند التجاري للمؤسسة والتزامه شخصياً وصرفياً لها في حالة قبوله للسند.

كما يلعب مبدأ الكفاية الذاتية المعروف في القانون التجاري، دوراً كبيراً في هذا المجال ومفاد هذا المبدأ، أن يكون السند التجاري كافياً بذاته لتقرير الالتزام الثابت فيه دون حاجة إلى غيره من وسائل الإثبات، كما إن استحقاقه لا يتوقف على أمور خارجة عنه²³⁷.

وما دام للحق الصرفي الأولوية في التطبيق، فيجب أن تتوفر في المؤسسة صفة الغير والحامل حسن النية²³⁸. فالحماية المقررة للحامل صاحب الحق الصرفي، هي للحامل حسن النية وعدم توافر نية الأضرار بالغير. ونظراً لوجود علاقة علاقة لانتقال الحق موازية للعلاقة الصرفية، فإن مدى توافر صفة الغير في مؤسسة الفاكترينغ يكون معقوداً بأمرين، أولهما تحديد الطرف الذي أصدر السند الدائن (العميل) أم المؤسسة، والثاني تحديد تاريخ إصدار السند التجاري، وما إذا كان سابقاً على انتقال الحق أم لا، وكما يلي:

أ- سحب السند التجاري من جانب الدائن (العميل): إذا قام الدائن (العميل) بسحب مقبولة سحبها بنفسه ولمصلحته على المدين (المسحوب عليه)، إلى مؤسسة الفاكترينغ، ثم قامت هذه الأخيرة بالرجوع على المسحوب عليه للوفاء بقيمتها، فهل يجوز للمسحوب عليه المدين أن

²³⁷ - عوض، علي جمال الدين (1989). مرجع سابق، ص 144.

²³⁸ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 196.

يتمسك في مواجهة المؤسسة بعدم وجود أو غياب مقابل الوفاء مثلاً، أم يُحظر عليه ذلك باعتبارها من الغير، وحامل حسن النية؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إصدار السند التجاري بعد انتقال الحق إلى مؤسسة الفاكترينغ، فقد تطلب المؤسسة من عميلها أن يسحب أسناداً تجارية على مدينه لتسهيل عملية التحصيل، إلا أن سحب هذا السند يكون بعد انتقال الحق إلى المؤسسة، الأمر الذي يعني خروج الحق من ذمة العميل مسبقاً، فلم يبق له الحق على الأموال الموجودة لدى مدينه(السابق) والتي قصد منها أن تكون مقابلاً لوفاء الورقة، ولو فرضنا قيام المدين بقبولها فإنها ستكون على سبيل المجاملة²³⁹.

وما نراه في هذه الحالة، هو أن العميل لم يقدّم بالسحب السند لحسابه الخاص لأن الحق الذي قصد سحب الورقة لأجله أو الممثل للسند قد خرج من ذمته المالية، فلا يسحب السند هنا إلا لحساب المؤسسة وبناءً على طلبها.

وإذا كان للعميل صفة الساحب الظاهر للسند الصادر بعد عملية نقل الحق بالوسائل المدنية، فلمؤسسة الفاكترينغ صفة الساحب الحقيقي أو الساحب المستفيد وليس صفة الغير، فلا يمكنها الاستفادة من قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع، وقاعدة استقلالية شخصية

²³⁹ - جهلول، عمار حبيب (2001). مرجع سابق، ص144.

المسحوب عليه القابل. ومن ثم يحق للمدين مواجهة مؤسسة الفاكترينغ بعدم وجود مقابل الوفاء، فهذه الأخيرة لا تتحصن في فرض حسن النية طالما أنتفى عنها صفة الغير²⁴⁰.

الفرض الثاني: إصدار السند التجاري قبل انتقال الحق إلى المؤسسة، في هذا الفرض يظهر الدائن (العميل) سنداً تجارياً سحبها بنفسه ولمصلحته على المدين (المسحوب عليه) قبل تاريخ نقل الحق إلى مؤسسة الفاكترينغ، فهذا التطهير لا يثير إشكاليات معينة، لأن الدائن (العميل) وقت إنشائه السند التجاري كان مالكاً للحق، وأنه أنشأها لحسابه وليس لحساب الغير. وعليه يكون المظهر إليه (مؤسسة الفاكترينغ) يعتبر غيراً، ومن حقه الاستفادة من قاعدة تطهير الدفع، متى توفرت حسن النية²⁴¹.

ب- سحب السند التجاري من قبل مؤسسة الفاكترينغ: في ضوء المعيار السابق، إذا سحبت مؤسسة الفاكترينغ سنداً تجارياً، بعد انتقال الحق إليها، فلا يكون لها سوى صفة الساحب، أما قبل عملية نقل الحق فلا تعمل إلا لحساب عميلها ولمصلحته، ومن ثم تتمتع بصفة الغير الحامل²⁴².

ويخلص الباحث إلى أنه، متى كان للمدين أن يتخلص من مطالبة مؤسسة الفاكترينغ واستطاع بالفعل القيام بذلك، كان لمؤسسة الفاكترينغ الرجوع على الدائن (العميل) لمطالبته باسترداد ما عجلته له، وذلك في الحالات التي يتحمل فيها الدائن (العميل) عدم استيفاء المؤسسة ما لها من حق بسبب عدم وجود حق للدائن ضد المدين، وكذلك هو الحال لو كان الحق ناقصاً، أو لأن الحق الذي أنشأ حق الدائن لم ينفذ أو نفذ بطريقة مختلفة ليس هي

²⁴⁰ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص198.

²⁴¹ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص144.

²⁴² - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص199.

المتفق عليها، وذلك لأن مؤسسة الفاكترينغ تتحمل حالات عدم وفاء المدين دون تلك التي تكون منسوبة للدائن (العميل)، فيمكن للمؤسسة أن ترجع عليه بدعوى استرداد ما دفع دون وجه حق.

المطلب الثالث: مزاحمة الغير لمؤسسة الفاكترينغ في تحصيل الديون:

قد يكون للغير حق على الديون موضوع عقد الفاكترينغ، وهذا يؤدي إلى تعرض مؤسسة الفاكترينغ عند الرجوع على المدين لتحصيل الدين، إلى مزاحمة الغير الذي يدعي بأفضليته لاستيفاء قيمة الدين من المدين، فينشأ التزام في هذه الحالة، بسبب الحماية الخاصة التي يوليها المشرع لبعض طوائف الدائنين، والذين يتمتعون بحقوق محمية بمقتضى القانون، كالدائن الحاجز والبائع المستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية، وكذلك المقاول من الباطن، لذا سوف نبحث هذه الحالات وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: التزام مع الدائنين الحاجزين:

تنص المادة (374) من القانون المدني العراقي: ((1- إذا حجز الحق وهو في يد المحال عليه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر.

2 - وفي الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا وقع حجز ثانٍ بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة

غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة)). ويقابل هذا النص نص المادة (1016) مدني أردني، والمادة (314) مدني مصري.

من خلال النص أعلاه، ينبغي في إطار التزام بين مؤسسة الفاكترينغ والدائنين الحاجزين، التمييز بين حالتين، وكما يلي:

الحالة الأولى: إذا حُجز ما تحت يد المدين قبل نفاذ عقد الفاكترينغ، كما لو لم يُعلن المدين بوقوع الحوالة أو قبل أن يصدر منه قبول ثابت التاريخ، في هذه الحالة عُد العقد بمثابة حجز جديد، ومن ثم يكون هذا الحجز يكون نافذاً في مواجهة مؤسسة الفاكترينغ²⁴³. وهذا ما عبر عنه المشرع الاردني في الفقرة الأولى من المادة (1016) بقوله: ((إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر)).

الحالة الثانية: إذا كان هناك حجز نافذ قبل عقد الفاكترينغ، وحجز نافذ بعده، تتم قسمة الدين قسمة غرماء، مع الإنقاص من حصة الحاجز المتأخر لتكملة قيمة حق مؤسسة الفاكترينغ²⁴⁴.

إن الدائن العادي يستطيع أن يلجأ إلى حجز ما لمدينه (الدائن عميل المؤسسة) لدى الغير بغية الحصول على حقه. إلا أن مثل هذا الأمر يؤدي إلى حدوث التزام على نفس الحق بينه وبين مؤسسة الفاكترينغ، ومع ذلك فإن إجراء حجز لذاته لا يمنح الدائن إي امتياز، إذ أن

²⁴³ - توفيق، تورية (1987). مرجع سابق، ص192.

²⁴⁴ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص243.

لسائر الدائنين أن يلجأوا لذات الإجراء، قبل صدور الحكم بصحة الحجز ولأن الحق لا ينتقل إلى الدائن الحاجز إلا بعد الحصول على صحة الحجز وإعلانه للمدين المحجوز لديه²⁴⁵.

إن وقوع حجز على مال العميل لدى المدين يُجيز للمدين رفض الوفاء للمؤسسة، إذ لا يمكنها الوفاء بقيمة البضائع المحجوز لديها، وليس هذا الحجز أن تفقد مؤسسة الفاكترينغ الحق المحول إليها وتخسر قيمة الصفقة كلها، على العكس بل تتقاسم مع الحاجز الثاني قسمة غرماء، وإذا ثبت إنها الحاجز الأول (الحاجز المتقدم)، يؤخذ من حصة الحاجز الثاني ما يكمل حقها المحال، وهذا ما عبر عنه المشرع الأردني بنص الفقرة الثانية من المادة (1016) بقوله ((إذا وقع حجز بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة)).

وقد ذهب البعض²⁴⁶، إلا إن الحل يكون وفقاً لمبدأ أسبقية النفاذ، فإذا نفذ عقد الفاكترينغ قبل الحجز أي كان حلول مؤسسة الفاكترينغ قبل إجراء الحجز كان للمؤسسة أولوية في التحصيل، لأن الحق يخرج من الذمة المالية للدائن (العميل) ويصبح حقاً للمؤسسة بمجرد الحلول وإعلانه للمدين، أما إذا نفذ الحجز قبل عقد الفاكترينغ عد هذا الأخير بمثابة حجز آخر، ومن ثم يكون الحجز نافذاً في مواجهة مؤسسة الفاكترينغ متى تمسك به المدين، فالمؤسسة تعد بمثابة حاجز آخر لذلك يقسم الحق بينهما قسمة غرماء.

²⁴⁵ - جهلول عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 164.

²⁴⁶ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص 244.

فوفقاً لهذا الرأي، فإنه لتحديد تاريخ نفاذ عقد الفاكторинг، ينبغي تحديد الأساس القانوني المعتمد كسند للعقد، فإذا استند العقد إلى مبادئ حوالة الحق، فإنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من تاريخ تبليغه تبليغاً صحيحاً إلى المدين، أو من تاريخ قبول هذا المدين قبولاً ثابت التاريخ. أما إذا استند عقد الفاكторинг إلى الحلول الاتفاقية، فإن العقد يكون نافذاً من تاريخ الحلول مع الوفاء الثابت في ورقة رسمية²⁴⁷، أو من التاريخ المثبت في المخالصة مع الحلول²⁴⁸.

لذا فإن التزام بين المؤسسة والدائن الحاجز يُفرض من خلال الرجوع إلى أولوية السريان، فمتى كان عقد الفاكторинг نافذاً في مواجهة الغير قبل نفاذ الحجز يبطل ويسري العقد وحده، ومتى كان الحجز نافذاً قبل نفاذ عقد الفاكторинг، اعتبر هذا الأخير بمثابة حجز آخر وتساوى في مرتبة استيفاء الدين مع الحجز الأول وتطبق قاعدة قسمة الغرماء، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الأردني بنص المادة (1016). والقانون المدني العراقي بنص المادة (374).

إلا إن الباحث يذهب بخلاف ذلك، إذ يذهب إلى تأييد ما جاء به المشرع السوري في قانون اصول المحاكمات المدنية الذي يمنح الأفضلية للدائنين الذين نالوا أولوية إجرائية. فالأصل أن يتساوى جميع الدائنين في استيفاء حقوقهم من ثمن الأموال المباعة، إلا إذا كان لبعضهم حق التقدم على باقي الدائنين لأسباب موضوعية طبقاً للقانون، كما لو كان التقدم مستنداً إلى رهن أو تأمين، وأما على إمتياز على المال المباع²⁴⁹.

²⁴⁷- أنظر نص الفقرة (2) المادة (380). مدني عراقي.

²⁴⁸- أنظر نص المادة (302) مدني أردني.

²⁴⁹- مكناس، جمال الدين (2003). أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ص 231-245.

أما تقدم للدائن لأسباب إجرائية، من خلال إعطاء صاحب الحجز الأول أسبقية على باقي الدائنين، فنراه الحل الأمثل لفض حالة التزاحم بين الحاجزين، لأنه يمنع المدين من التوطئ مع دائنين صوريين لينتقاسموا مع الحاجز الأول قسمة غرماء في حصيلة التنفيذ.

لذا نوصي المشرعين العراقي والأردني بتبني هذا الموقف صراحةً، وذلك من خلال أفراد نص قانوني يمنح صاحب الإجراء الأول (الحاجز الأول)، الحق في التقدم على باقي الحاجزين.

الفرع الثاني: التزام مع البائع المستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية:

تنص المادة (534) من القانون المدني العراقي: ((إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع)).

وتنص المادة (487) من القانون المدني الأردني: ((يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يتشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع)).

تبعاً للنصوص أعلاه، قد يندرج البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية إذا كان الثمن مؤجلاً، أو تعليق نقل المبيع لحين استيفاء الثمن كاملاً، حيث يعطي المشرع العراقي للبائع في البيع المؤجل الحق في الاحتفاظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن، ويبقى البائع مالكاً للشيء المبيع وأن خرج من يده في هذا النوع من البيع إذ يبقى البائع المالك الوحيد إلى حين استيفاء كامل الثمن، أو قد يكون البيع معلق فيه تسليم المبيع إذا كان البيع بالتقسيط أو مؤجلاً حتى ينفذ المشتري التزامه بتسديد كامل الثمن، كما ذهب المشرع الأردني.

وما يهمننا في العقد موضوع الدراسة، هو قيام الدائن (العميل) ببيع البضائع المحتفظ بملكيته قبل إيفاء ثمنها إلى البائع الأصلي، ثم نقله لحقه في الثمن قبل المشتري الثاني، لمؤسسة الفاكترينغ.

حيث يُمثل شرط الاحتفاظ بالملكية، أحد الضمانات الهامة التي نص عليها القانون، لقيام البائع باستيفاء حقه في الثمن من مشتري البضائع في حال تقاعس هذا الأخير عن الوفاء رغم يساره، فإن للبائع حق استرداد المبيع المحتفظ بملكيته من يده.

لذا ووفقاً للحالة المذكورة، نكون ازاء حالة تنازع بين مؤسسة الفاكترينغ الذي انتقل إليها الثابت في الفواتير أو السندات التجارية، بمقتضى عقد الفاكترينغ، وبين البائع الأصلي، حيث نفترض في هذه الحالة، أن يقوم العميل (المشتري الأول) ببيع البضائع المحتفظ بملكيته قبل إيفاء ثمنها إلى البائع الأصلي، ثم نقله لحقه إلى مؤسسة الفاكترينغ (المشتري الثاني)، فيقوم العميل في هذه الحالة، بعمليتين قانونيتين، فيحصل التزاحم بين البائع الأصلي المحتفظ بملكية المبيع، والمؤسسة التي نُقل إليها الحق²⁵⁰.

ومن الجدير بالذكر، أن شرط الاحتفاظ بالملكية إذا كان وسيلة للضمان، فإنه يكون عديم الأثر عندما يكون المدين في حالة إفلاس. لأن باقي الدائنين يأخذون بالاعتبار الوضع الظاهر وهو أن الشيء المحتفظ بملكيته يدخل في الضمان العام للمدين، ويعزز ذلك حيابة المدين له.

²⁵⁰ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، 254.

ولذلك فقد تدخل المشرع في فرنسا، وقرر بمقتضى قانون الإفلاس رقم 99/85 الصادر في 1985/1/25، ومن خلال نص المادة(122) إن للبائع المحفوظ بالملكية أن يطالب بها خلال ثلاثة أشهر من يوم النطق بحكم الإفلاس.

إن العميل(المشتري الأول) ليس من حقه أن يتصرف بالبضاعة المُحتفظ بملكيته، لعدم انتقال الملكية إليه حقيقةً، إلا أنه في الحقيقة لم يضع القانون جزاء يواجه تصرفه بالبضاعة. وتأسيساً على ذلك إذا ما قام ببيعها ثانيةً إلى مشترٍ ثانٍ فإن هذا البيع يكون نافذاً في مواجهة البائع الأصلي²⁵¹، فوفقاً لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية²⁵²، متى كان المشتري الثاني(مؤسسة الفاكترينغ) قد حصل عليها بحسن نية ومستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، يمنع على البائع الأصلي استرداد البضاعة وأن لم يستوفي ثمنها، ويشترط في ذلك أن لا يكون المشتري الثاني(مؤسسة الفاكترينغ) عالماً بشرط الاحتفاظ بالملكية.

يتضح من كل مما سبق، حتمية اصطدام مؤسسة الفاكترينغ عند رجوعها على المدين بمطالبة البائع الأصلي المستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية، ولتجنب هذا الاصطدام على مؤسسة الفاكترينغ أن تتأكد عند قيامها بشراء ديون عميلها من عدم وجود أي بند لاحتفاظ البائع الأصلي بملكية المبيع.

وإذا لم تستطع المؤسسة معرفة مثل هذه البنود أو الشروط لا من عميلها ولا من خلال الخبرات المتوفرة لديها، أو قام الدائن(العميل) بإخفاء هذا الخطر الذي يحيط بعملية تحصيل

²⁵¹- جهلول، عمار حبيب(2011). مرجع سابق، ص149.

²⁵²- أنظر نص المادة(1163). مدني عراقي، ويقابلها نص المادة (1176) مدني أردني.

الديون، يكون لها أن ترجع عليه، لأنه ملزم كما سبق القول، بالإدلاء عن جميع المخاطر التي تحيط الحق موضوع عقد الفاكторинг، وإذا أحست المؤسسة بوجود خطر يعرضها لمزاحمة البائع الأصلي، ينبغي عليها رفض إبرام عقد الفاكторинг، للحيلولة دون ضياع حقوقها.

كما يمكن لمؤسسة الفاكторинг حماية حقها من هذه المزاحمة من خلال عرض السند المثبت للدين موضوع عقد الفاكторинг على المدين لقبوله سابقاً في هذا الإجراء رجوع البائع عليه لوفائه بالدين، حيث يعتبر قبول المدين للسند بمثابة تعهد في الوفاء، فتتقدم المؤسسة على البائع الأصلي في تحصيل الدين²⁵³، وسريان عقد الفاكторинг في مواجهة البائع المحتفظ بالملكية فيكون لها الأولوية في تحصيل الدين بسبب هذا القبول.

الفرع الثالث: التزام مع المقاول من الباطن:

تنص المادة (882) من القانون المدني العراقي: ((يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون إلى الكفاية الشخصية. ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني)). ويقابل هذا النص المادة (798) من القانون المدني الأردني.

من أهم صور التزام مع الغير، والتي تمثل خطورة بالغة على استرداد مؤسسة الفاكторинг لحقوقها، هو التزام مع المقاول من الباطن صاحب الدعوى المباشرة المقررة له بموجب القانون في مواجهة رب العمل، ففي حالة قيام المقاول الأصلي (عميل المؤسسة) بنقل حقوقه الناتجة عن

²⁵³ - شافي، نادر عبد العزيز (2013). مرجع سابق، ص 314.

اعمال المقاوله، لمؤسسة الفاكورينغ، وكانت هذه الأعمال محل مقاوله من الباطن، فإن القانون قد أعطى للمقاول من الباطن دعوى مباشرة ضد المدين (رب العميل) لاسترداد ما هو مستحق له أعمال المقاوله من الباطن، وفي نفس الوقت فإن لمؤسسة الفاكورينغ حق الرجوع على المدين (رب العمل) بمقتضى الحلول الاتفاقى، الأمر الذي يؤدي إلى نشوء التزام بينهما²⁵⁴.

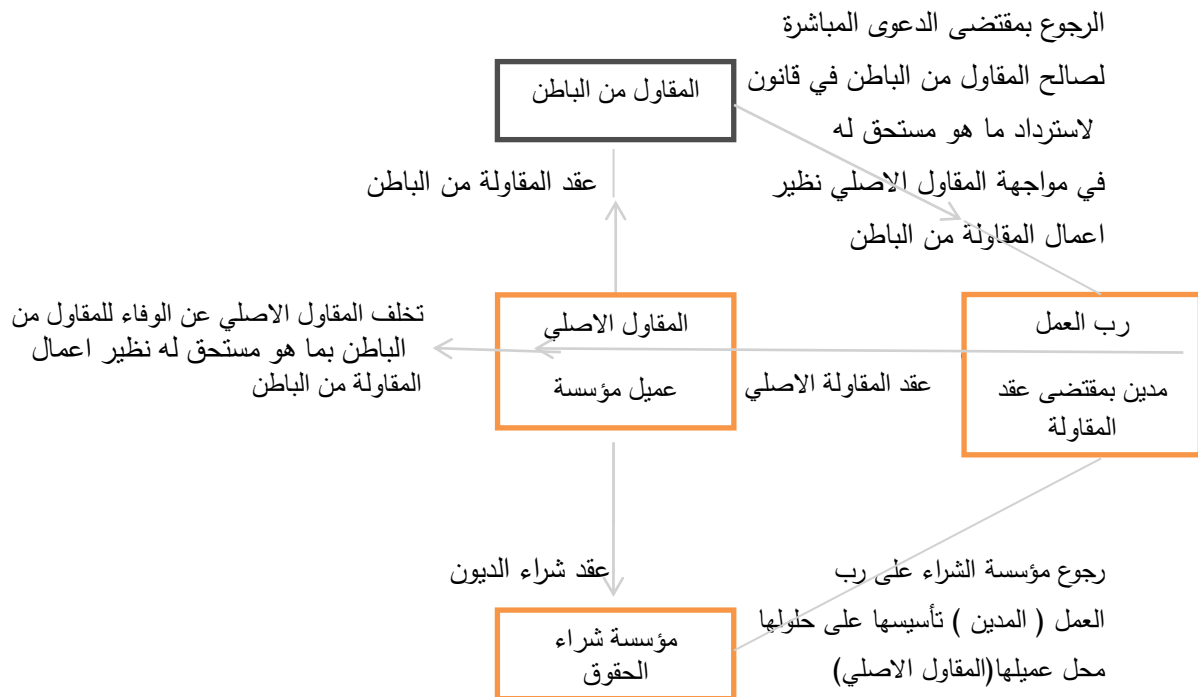
ففي هذه الحالة نكون أمام حقين متزامين، وهما:

1- حق المقاول من الباطن : وباستطاعته الرجوع بحكم القانون على المدين (رب العمل) في

حال تخلف المقاول الأصلي (عميل المؤسسة) عن الوفاء، بموجب الدعوى المباشرة.

2- حق مؤسسة الفاكورينغ: ويحق لها الرجوع على المدين (رب العمل) بموجب القانون وفق

الحلول الاتفاقى، أو حواله الحق.



نقلا عن فضلي هشام ص 278

في حقوقه تجاهه.

²⁵⁴ - فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 277.

وتجدر الإشارة، أن دعوى المقاول من الباطن، تختلف عن الدعوى المقررة للبائع الأصلي المحتفظ بملكيته، حيث أن هذا الأخير لا يجوز له الرجوع على المدين إلا في حالة إعلان إفلاس المشتري الأول (عميل المؤسسة)، في حين أن الدعوى المقررة للمقاول من الباطن تثبت له بمجرد تخلف المقاول الأصلي (عميل المؤسسة) عن الوفاء، ولا يؤثر إفلاس هذا الأخير على مباشرة هذه الدعوى²⁵⁵.

بالنسبة لموقف المشرع العراقي من هذا التزاحم فقد نص في المادة (883) على أنه: (حقوق المقاول الثاني والعمال المقررة في هذه المادة مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن حقه قبل رب العمل). وعند استقراء هذا النص والنصوص المقررة في هذا الشأن يتضح بأن فلسفة المشرع تميل نحو إعطاء الأفضلية لحق المقاول من الباطن في تعارضه مع حق مؤسسة الفاكترونغ²⁵⁶، وبنفس المفهوم أخذ المشرع المصري في نص المادة (622) من القانون المدني المصري.

كما ذهببت الدائرة الثالثة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية إلى أن صاحب الدعوى المباشرة (المقاول من الباطن) يكون مفضلاً دائماً على صاحب الحق المنقول (مؤسسة الفاكترونغ، حتى لو كان الحق سابقاً على بدء إجراءات الدعوى المباشرة²⁵⁷. والدائرة المدنية بهذا الإتجاه تكون قد وقفت إلى جانب المقاول من الباطن على حساب البنوك ومؤسسات

²⁵⁵ - عبد الحفيظ، ميلاد (2012). مرجع سابق، ص 261.

²⁵⁶ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص 154.

²⁵⁷ - تعليق فليشو، 11، 20279، 1994، المصنف القضائي الدوري، 1983، آذار، نقض، مدني
مشار إليه لدى: فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص 281.

الائتمان، متسلحة بالدعوى المباشرة الكاملة والتي تؤدي إلى تجميد حق المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل.

بيد أن الدائرة التجارية كان لها رأي آخر، تنطلق على قاعدة الأسبقية والالتزامات الشخصية في ميدان الصرف، ودور المدين في التبصر في نظام الفاكترينغ، فمن خلال بعض هذه المنافذ، كان لا بد من إيجاد أسس يفضل في ضوءها حق مؤسسة الفاكترينغ على المقاول من الباطن، فنتج عن هذه المحاولات ثلاثة قواعد ينطلق من خلالها حق المؤسسة قبل المقاول من الباطن، سنبينها وفقاً لما يلي:

1- انتقال الحق للمؤسسة قبل إبرام عقد المقاولة: يستند هذا المحور لقاعدة الأسبقية لتفضيل حق المؤسسة، حيث يفضل حق مؤسسة الفاكترينغ على حق المقاول من الباطن إذا ما كان انتقال الحق إليها قد تم قبل إبرام عقد المقاولة أصلاً. وبذلك يكون الحق قد خرج من ذمة المقاول الأصلي (عميل المؤسسة)، وهذا يؤدي إلى عدم ترتيب آثار على التصرفات التي يبرمها العميل على ذلك الحق²⁵⁸.

2- قبول السند التجاري أو الفاتورة والمقاولة من الباطن:

يُنشئ قبول رب العمل (المدين) للسند التجاري أو الفاتورة، التزاماً شخصياً ومستقلاً على عاتقه بالوفاء بقيمتها إلى حاملها. ويمكنه أن يتمسك في مواجهة المقاول من الباطن بوجود هذا

²⁵⁸ - جهلول، عمار حبيب (2011). مرجع سابق، ص155.

الالتزام، والقول بغير ذلك معناه أن يوفي المدين لحامل السند أو الفاتورة بمقتضى الالتزام المستقل، ولصاحب الدعوى المباشرة في آن واحد²⁵⁹.

3- التزام المدين بالتبصير:

قد يعتمد المدين (رب العمل) رغم علمه بوقوع الحلول، كتمان المعلومات التي لديه عن مؤسسة الفاكورنغ، وبرغم علمه مدى أهميتها بالنسبة إليها، سواء تعلقت هذه المعلومات بالحق ذاته أو وضعه المالي، بحيث لو علمت بها المؤسسة لما استمرت في التعامل مع العميل (المقاول الأصلي)، فمن خلال تنفيذ المدين لالتزامه هذا يمكن لمؤسسة الفاكورنغ أن تحيط بحقها وما يكتنفه من مخاطر، كما أن قيام المدين بتنفيذ التزامه يحول دون مساءلته تقصيرياً²⁶⁰.

وهذا الالتزام الذي يقع على عاتق المدين (رب العمل) هو الذي يحقق لنظام استرداد الائتمان فاعليته، وتستطيع في ظله مؤسسة الفاكورنغ أن تعدل من وضعها القانوني، ولا تصطدم بحقوق المقاول من الباطن، ويكون هذا الالتزام أصبح بمثابة مكتب للشهر يلجأ إليه الغير للتعرف على وضع الحق الذي هو مقدم عليه، وقد أدركت محكمة النقض الفرنسية تلك الحقيقة وقررت في حكم لها انشاء التزام على عاتق رب العمل بإعلام مؤسسة الفاكورنغ بوجود مقالة من الباطن، أثر إخطارها بحلولها²⁶¹.

²⁵⁹- فضلي، هشام (1997). مرجع سابق، ص296.

²⁶⁰- تورية، توفيق (1987). مرجع سابق، ص244.

²⁶¹ - Cass. Com. 7 Juin, 1994, Quot. Jur, P. X.

نقلاً عن: فضلي هشام (1997). مرجع سابق، ص298

إن انعدام العلاقة العقدية بين المدين ومؤسسة الفاكترينغ لا يعفي المدين من المسؤولية عن اخلاله بعدم إعلام المؤسسة عما يكتنف بالحق فهو التزام قبل التعاقد، يستوجب مسائلته تقصيراً، لأن عدم إعلام المؤسسة بوجود الخطر يجعلها تطمئن للعميل وتستمر في قبول فواتيره، مما يلحق ضرراً بالمؤسسة يستوجب مسائلته المتسبب بتعويض قد يساوي مبلغ الفواتير أو السندات، وعلى المدين في ذات الوقت التأكد من صحة المعلومات التي يدلي بها، وإلا سأل متى كان سيء النية.

وبوجود هذا الالتزام المفروض وفقاً لعقد الفاكترينغ على المدين، لا يمكن أن يضيع حق المؤسسة وأن كان هناك مفاول من الباطن يزاحمها في تحصيل الدين.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة :

يشهد العالم تطورات كثيرة في شتى المجالات، ومنها المجال الاقتصادي والمالية، ولا يمكن لأي دولة أن تكون بمنعزل عن هذه التطورات، فلا تقوم بمسايرة ومواكبة التطورات بعدم استحداثها أنماط جديدة في التعامل التجاري لتسهيل سبل الواقع التجاري، مع وجوب إحاطة هذه الأنماط بالجوانب القانونية، وعقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية) ولد من رحم هذه التطورات، حيث أن لجوء المشروعات الاقتصادية لاستخدام نظام الفاكترينغ يأتي في إطار سعي هذه المشروعات لإيجاد التمويل اللازم لها للاستمرار في نشاطها التجاري، ودعم خططها في التوسع والاستثمار. وهنا تكمن أهمية نظام الفاكترينغ حيث يوفر الوسيلة الفعالة لتقديم الائتمان، من خلال بيع الديون التجارية والحصول على السيولة النقدية.

وبعد أن انتهينا من دراسة آثار عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية) وفقاً لنظام الحلول

الاتفاقي وحوالة الحق في بعض الأحيان، فقد توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج

والتوصيات.

ثانياً: النتائج:

1- يعتبر عقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية) من العقود غير المسماة في كلا القانونين العراقي والأردني، ونعتقد بسبب حداثة نظام الفاكторинг، فهو من العقود التي استحدثها الواقع التجاري لتلبية الحاجات الاقتصادية والمالية، وبعد نظام الفاكторинг من أحدث وسائل التمويل العصرية التي تساعد المشروعات الاقتصادية ذات القدرة المالية المحدود لإشباع حاجاتها عن طريق التمويل النقدي، إضافة إلى تخليصها من مشكلات تحصيل الديون.

2- بالنسبة للطبيعة القانونية لعقد الفاكторинг (عقد شراء الديون التجارية)، فنظراً لعدم وجود نص قانوني ينظم عقد الفاكторинг وما يترتب عليه من آثار بالنسبة لطرفيه (الدائن ومؤسسة الفاكторинг) وكذلك المدين الذي يعتبر اجنبي عنه، فيمكن حسب رأينا تحديد طبيعته وفقاً لأحكام الحلول الاتفاقي كما فعل المشرع الفرنسي، فالحلول الاتفاقي هو الأنسب لعقد الفاكторинг لما يتسم به من مرونة في الشكليات تتفق والسرعة المبتغاة في التجارة، فهو يتلائم مع طبيعة عقد الفاكторинг وأهدافه.

3- أحسن المشرع العراقي صنفاً حينما نظم أحكام الحلول الاتفاقي في نصوص المواد (380، 381، 382)، واضعاً له نظرية عامة يمكن تطبيقها على الحالات والاحتمالات كافة التي يحصل فيها الوفاء مع الحلول.

4- أغفل المشرع الأردني على خلاف التشريع العراقي والمصري والتشريعات العربية المقارنة من وضع أحكام الحلول الاتفاقي في نصوص قانونية مباشرة في إطار نظرية عامة، فلم تكن نصوص القانون الأردني سوى إشارة للحلول مع الوفاء، فقد أشار للوفاء مع الحلول في

نصوص المواد (309،339،320) ولكن نرى إنها غير مرسخة بشكل مباشر لأحكام الحلول مع الوفاء، بحيث يمكن تطبيق النص في كل حالة يعرض فيها قيام أحد بالوفاء بالدين لدى غيره. ونجد أوضح مادة في النص على الحلول نص المادة، نص المادة (320) بقولها ((ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن)).

5- يقع على الدائن (العميل) بموجب نظام الفاكترينغ إعلام المدين بواقعة الحلول، أي إحاطته علماً بوجود المؤسسة المالية التي حلت محله في الدين، ويعتبر الحلول نافذاً بمجرد وقوعه، ورغم ذلك يجب إخطار المدين، ولا يشكل هذا الإخطار أي خطر على الحلول، فالغرض منه هو منع المدين من التحايل وإعلامه بوجود المؤسسة، لكي يلتزم بالوفاء إليها، على أن يكون هذه الإخطار واضحاً لا لبس فيه ولا غموض.

6- تلتزم مؤسسة أو شركة الفاكترينغ بضمان تحصيل الديون، فهي تتحمل نتيجة شرائها لديون عميلها، وبالتالي تلتزم بعدم الرجوع عليه في حال تعذر تحصيل الدين سواء كان ذلك بسبب إفلاس أو إعسار المدين أو بسبب حالة القوة القاهرة التي تحول دون قيام المدين بتنفيذ التزامه ما لم توجد شروط عقدية تقضي بخلاف ذلك.

7- يمكن للمدين التمسك بعدم الوفاء للمؤسسة المالية عند رجوعها عليه في وقت الاستحقاق حتى، لو كان يعلم بالحلول متى كان هذا الرفض مستنداً إلى إخلال العميل بالتزاماته تجاه المدين، كما يستطيع الرفض في حال عدم إخطاره أو إذا أخطره ولكن لم يكن كافياً لوقوع علمه بالحلول.

8- لمؤسسة الفاكترينغ مطلق الحرية في اختيار المتقدمين إليها بطلب التعاقد، وإذا ما اختارت الموثوقين منهم فلها أيضاً الحق في انتقاء الديون التي ترى مؤكداً حصيلها، فهي تمارس حريتها مرتين، مرة، عندما تختار العميل بعد أن تتحرى عنه، ومرة، عندما تمارس حقها في اختيار ديون العميل الذي قبلت التعامل معه.

9- أن الطرف القوي في عقد الفاكترينغ (عقد شراء الديون التجارية)، هي المؤسسة المالية حيث تكون في موقع الشخص الذي يفرض شروطه على المتعاقد الآخر، ونعتقد السبب في ذلك يعود إلى كونها تفقد حقها في الرجوع على عميلها في حال تعذر التحصيل، فتحرص على أن تكون الصفقة خالية من النزاعات والمزاحمات.

10- لا بد أن تكون المؤسسات أو الشركات التي تمارس هذا النشاط مرخص لها في القيام بهذه العمل.

ثالثاً: التوصيات:

في ضوء النتائج السابقة، فإن الباحث خرج بالتوصيات الآتية:

1- ندعو المشرعين العراقي والأردني إلى وضع نظام قانوني خاص بعقد الفاكторинг بتسمية

(عقد شراء الديون التجارية) أو (عقد ضمان وتحصيل الديون التجارية). حيث أن وضع

نظام قانوني خاص بهذا العقد يحدد أساليب انتقال الحق بطرق مختلفة، يعد ضرورة لازمة،

كون نظام الفاكторинг له آثاراً مباشرة على الاقتصاد الوطني في كلا الدولتين، حيث يُعد

وسيلة من وسائل تمويل المشاريع الاستثمارية، كما يساهم في تأمين فرص عمل إضافية،

من خلال انشاء مؤسسات مختصة تستوعب الاشخاص ذوي الاختصاص.

2- نقترح إتباع أحكام الحلول الاتفاقي، كإطار قانوني لعقد الفاكторинг (عقد شراء الديون

التجارية)، كون احكام حلول الاتفاقية أكثر ملائمة من أحكام حوالة الحق التي تستوجب

قبول المدين أو اعلانه بها، والاعلان هنا يكون رسمياً على يد محضر، وهو أمر لا

يتناسب مع واقع الحياة التجارية، كما أن الحلول يعتبر ملائم لأحكام الشريعة الإسلامية

الغراء، بدليل أن الموفي (مؤسسة الفاكторинг) لا يستطيع الرجوع على المدين بأكثر مما

دفعه للعميل (المستوفي)، فهو في ذلك يختلف عن حوالة الحق التي تقوم على عنصر

المضاربة، حيث يرجع المحال له على المحال عليه بقيمة الحق كله وأن اشتراه بأقل من

القيمة .

3- ندعو المشرع الأردني إلى تنظيم أحكام الحلول الاتفاقي في إطار نظرية عامة بنصوص

قانونية مباشرة لتطبيق كل ما يشتمل عليه أحكام الحلول مع الوفاء، فذلك أفضل من

النصوص القانونية المتطابقة كما هو عليه الأمر حالياً، وأن ينص بشكل صريح على الحلول الاتفاقي كما نص عليه المشرع المصري بنص المادة (303) والعراقي بنص المادة (380) بقولهما ((للدائن الذي أستوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين بذلك. ويكون الاتفاق بورقة رسمية)). والنصوص القانونية التي تليها التي تتضمن الاحكام التفصيلية للوفاء مع الحلول.

4- نوصي المشرع العراقي بمعالجة مسألة وجوب إعلام المدين بوجود الحلول، وذلك من خلال الزام الدائن (المستوفي) القيام بذلك، فنطمح أن تعدل نص الفقرة الأولى من المادة (380) وتكون كالآتي ((للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله على أن يعلم المدين بالحلول. ويكون الاتفاق بورقة رسمية لا يجوز أن يتأخر تاريخها عن وقت الوفاء)).

5- نظراً لمزايا نظام الفاكترينغ الاقتصادية، فإن المملكة الأردنية الهاشمية والعراق بأمر الحاجة إلى العمل على انشاء مؤسسة مالية متخصصة بنشاط الفاكترينغ، لدعم الاستثمار الوطني وحماية المنشآت الصغيرة والمتوسطة، التي تشكل العمود الفقري للاقتصاد الوطني، لذا نقترح كبداية انشاء فروع في البنوك التي ترغب بالقيام بعملية شراء الحقوق التجارية، على أن يرخص لها القيام بهذا النشاط، وترتبط هذه الفروع بعضوية مع إحدى المجموعات الدولية لشراء الديون التجارية، ويمكن لاحقاً تطوير هذا الفرع إلى مؤسسة مالية متخصصة بعملية شراء الديون التجارية، يمكن أن تأخذ شكل شركة مساهمة تمتلك رأس مال يُمكنها من القيام بهذا النشاط.

- 6- يتمنى الباحث من المشرع العراقي والأردني الانضمام إلى اتفاقية أوتاوا (Ottawa Convention)، التي وضعت النظرية العامة لنظام الفاكترينغ، فالتصديق على هذه المعاهدة يُمكن المشرعان من صياغة هيكلية لنظام الفاكترينغ تسير التطورات الحقيقة في القانون التجاري من خلال ابراز نصوص قانونية تتواءم والمعاهدة المذكورة، وهذا يؤدي بدوره إلى تظمين رأس المال الاجنبي الراغب بالاستثمار داخل الملكية الاردنية الهاشمية والعراق.
- 7- نوصي المشرعين العراقي والأردني إلى إعطاء افضلية للحاجز الذي ينال الاسبقية في القيام بالحجز، اي اعطاء الحاجز الأول الأحقية في استيفاء الدين في حال تزاممه مع حاجز ثانٍ، فهذا الحل يمنع المدين سيء النية من تحقيق نواياه.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب القانونية:

- 1- الشماع، فائق محمود(2009). الحساب المصرفي، ط1، عمان، دار الثقافة.
- 2- الطراونة، بسام حمد، ملحم، باسم محمد(2010). شرح القانون التجاري الأوراق التجارية، ط1، عمار دار المسيرة.
- 3- الجبوري، ياسين(2005). المبسوط في شرح القانون المدني، ط1، عمان دار الثقافة.
- 4- جهلول، عمار حبيب(2011). عقد خصم الديون دون حق الرجوع، ط1، بغداد، دار نيبور.
- 5- رضوان، فايز نعيم(1986). عقد شراء الديون التجارية، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 6- الزعبي، محمد يوسف (2006). العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، عمان، دار الثقافة.
- 7- زكي، محمود جمال الدين (1978). الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة.
- 8- سامي، فوزي محمد، والشماع ، فائق (1986). القانون التجاري الاوراق التجارية، بغداد، مكتبة السنهوري.
- 9- السنهوري، عبد الرزاق (1985) . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، القاهرة، دار النهضة العربية.

- 10- السنهوري، عبد الرزاق(2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، ج3، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 11- شافي، نادر عبد العزيز(2005). عقد الفاكторинг- عقد شراء الحقوق التجارية، لبنان المؤسسة الحديثة للكتاب.
- 12- شافي، نادر عبد العزيز(2013). عقد شراء الديون التجارية- عقد الفاكторинг، ط1، بيروت، زين الحقوقية والأدبية.
- 13- الشوابكة، محمد عايد (2011). عقد التأجير التمويلي، ط1، عمان دار الثقافة.
- 14- صالح، باسم محمد(1987). القانون التجاري، بغداد، مطبعة جامعة بغداد.
- 15- الطراونة، بسام (2003). تظهير الأوراق التجارية، عمان، دار وائل للنشر.
- 16- الطراونة، بسام حمد، ملحم، باسم محمد (2010) . شرح القانون التجاري والاوراق التجارية، ط1 ، عمان، دارالمسيرة.
- 17- الطراونة، وملحم (2010). شرح القانون التجاري والاوراق التجارية، ط1، عمان، دار المسيرة.
- 18- العكلي، عزيز(2002). شرح القانون التجاري والاوراق التجارية وعمليات البنوك، ط1، ج2، عمان، دار الثقافة.
- 19- علم الدين، محي الدين(1987). موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ط1، ج2، بلا ناشر.

20- عوض، علي جمال الدين، (1994). الاعتمادات المصرفية وضماناتها، القاهرة، دار النهضة العربية.

21- عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، مصر.

22- فضلي، هشام (1997). عقد شراء الديون التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية.

23- الكيلاني، محمود (2007). الموسوعة التجارية والمصرفية، ط1، المجلد الثالث، عمان، دار الثقافة.

24- مبارك، سعيد، الفتلاوي، صاحب عبيد، حويش، طه الملا (1993). الموجز في العقود المسماة، بغداد، دار الحكمة للطباعة والنشر.

25- مكناس، جمال الدين (2003). أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، دمشق، منشورات جامعة دمشق.

26- محمد، زكري عبد الرزاق (2006). مبدأ تجديد المدفوعات في الحساب الجاري، القاهرة، دار الجامعة الجديدة.

27- محمد، زكري عبد الرزاق (2010). عقد شراء الديون التجارية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة.

28- محمد، أشرف وفا، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ط1، القاهرة دار النهضة العربية.

- 29- محمد، محمود عبد الرحمن، **الطول الشخصي**، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 30- مرقس، سليمان (1992). **احكام الإلتزام**، ط1، المجلد الرابع، مصر، دار الكتب القانونية.
- 31- موسى، طالب عمر (2011). **شرح القانون التجاري الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، ط1، عمار دار الثقافة.
- 32- النعيمي، سحر رشيد (2004). **الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية**، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 33- ياملكي، أكرم (2002). **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية**، ط1، عمان دار الثقافة.

ثانياً: الرسائل والأبحاث والدراسات:

- 1- بو علام وصليحة (2006). **دور عقد تحصيل الفاتورة في تمويل وتحصيل الحقوق**، دراسة مقدمة إلى الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الدول النامية، دراسة حالة الجزائر، الجزائر.
- 2- تاج الدين، ميادة صلاح الدين (2009)، "السرية المصرفية وآثارها" **مجلة تنمية الرافدين**، جامعة الموصل، 31(95).
- 3- تورية، توفيق (1987). **وكالة تحصيل وضمان الديون التجارية**، (اطروحة دكتوراه غير منشورة)، عين شمس، القاهرة، مصر.
- 4- حسيبة، شتيوي (2014). **الأوراق التجارية المعاصرة**. (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر.

5- الصراف، تيماء محمود فوزي(2006)، "عقد الفاكторинг"، مجلة الرافدين للحقوق، 8.(30). 307،308.

6- عبد الحفيظ، ميلاد(2012).النظام القانوني لتحويل الفاتورة.(أطروحة دكتوراه غير منشورة)،جامعة أبو بكر تلقايد، تلمسان، الجزائر.

7- عبد القادر، دانا حمة باقي (2006)، " عقد التأجير التمويلي"، مجلة الرافدين للحقوق، 14(51).

8- عمر، محمد عبدالحليم(2003). الفاكторинг، سلسلة الحلقات النقاشية، الحلقة رقم(29) جامعة الأزهر، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الاسلامي، القاهرة.

9- فضلي، هشام (2002). عقد الفاكторинг "الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية"، ج2، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية.

10- الفيل ، ندى زهير(2006)، التكييف الشرعي لخصم الاوراق التجارية، مجلة الرافدين للحقوق. 8 (27).

11- الكركبي، مروان(2002)، عقد الفاكторинг، "الجديد في اعمال المصارف من الناحيتين الوجهتين القانونية والاقتصادية، ج2، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية.

12- متري، موسى خليل(2014). "عقد القرض المصرفي المجمع في القانون السوري" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 3(1). 186.

- 13- مكناس، جمال الدين(2002)، "حجز ما للمدين لدى الغير" مجلة جامعة دمشق، 18(1).

القوانين :

- قانون البنك المركزي الأردني رقم 23 لسنة 1971.
- قانون البنك المركزي العراقي رقم 56 لسنة 2004.
- قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1977 وتعديلاته.
- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
- قانون الشركات الاردني رقم 22 لسنة 1977 وتعديلاته .
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 .
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
- قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم 15 لسنة 2000