

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

أطروحة دكتوراه

النظام القانوني

لتحويل الفاتورة

إشرافه أستاذ التعليم العالي

د. دنونى هجيرة

إعداد و تقديم الطالب:

م. ميلاد محمد الحفيظ

أعضاء لجنة المناقشة :

أ.د. بوعزة ديدن	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. دنونى هجيرة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفة و مقررة
أ.د. تراري تاني مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	عضوا مناقشا
أ.د. بوخاتمي فطيمة	أستاذة التعليم العالي	جامعة وهران	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 1432-1433 هـ / 2011-2012 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿... وَ مَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ

أُنِيبُ﴾

﴿سورة هود، الآية ٨٨﴾

شكر و تقدير

المعترفاً بالفضل و الجميل، أتوجه بخالص الشكر و عميق التقدير والامتنان

إلى الأستاذة: دنونى هجيرة، التي أشرفت على متابعة وتصويب وتنقيح هذا

العمل في جميع مراحل انجازه، ولم تبخل عليا بالنصائح والإرشادات، التي كانت لي

بمثابة الضوء الذي أنار أمامي سبل تذليل مصاعب هذا البحث.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل، للأساتذة المحترمين أعضاء لجنة

المناقشة، الذين ضحوا بجزء من وقتهم الثمين، وقبلوا بتشريفى و تشريفه بحثى

ومناقشته.

الطالب عبد الحفيظ ميلاط 

النظام القانوني لتحويل الفاتورة

يتناول موضوع البحث الموسوم " بالنظام القانوني لتحويل الفاتورة "، دراسة القواعد العامة و الخاصة التي تحكم النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة، باعتبار أن هذا الأخير يثير العديد من المشكلات و التساؤلات القانونية حول الطبيعة القانونية لهذا العقد و آثاره، و ما يتضمنه من أحكام تختلف عن الأحكام العامة للعقود التقليدية؟. قسمنا بحثنا إلى بابين مسبوقين بفصل تمهيدي، خصصناه للأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة، حيث تطرقنا فيه إلى التعريف القانوني للعقد، و لأنواع المختلفة لعقد تحويل الفاتورة، و أخيرا خصائص هذا العقد باعتباره عقد ائتماني في أساسه، مركب في تكوينه، متميز في عناصره، ذو طبيعة تجارية دولية في أصله. و يتعرض الباب الأول من الرسالة إلى مناقشة الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة، من خلال تناول التكييف القانوني لعقد تحويل الفاتورة، و تحديد الأساس القانوني لانتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة. ثم من خلال دراسة الشروط القانونية لانعقاد و نفاذ العقد، نظرا لارتباط هذه الأخيرة بالضوابط والقواعد القانونية للأساس القانوني المتبنى.

في الباب الثاني من بحثنا هذا، نعرض للآثار القانونية لعقد تحويل الفاتورة من خلال تناولنا بالدراسة والتحليل، لثلاث مسائل رئيسة تشكل جوهر وأساس آثار انتقال الحق من المنتمي للوسيط، في عقود تحويل الفاتورة، و المتمثلة في الآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط، و المسؤولية الناشئة عن العقد بسبب خطأ الوسيط والمنتمي، الناجم عن عدم وفاء أحدهم لالتزاماته في مواجهة الطرف الآخر. ثم تناول أخيرا بالدراسة، إشكالية مدى ملائمة و قابلية الحقوق التجارية التي اشتراها الوسيط من المنتمي، في أن تتحول لأوراق مالية قابلة للتداول في البورصة أو أسواق الأموال.

كلمات مفتاحية: عقد تحويل الفاتورة، حوالة الحقوق التجارية، اتفاقية أوتواو لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية، حوالة دايلي، الوسيط، المنتمي، ضمان عدم الرجوع، الاعتماد المصرفي، توريق الديون، مؤسسات التقويم.

Le Résumé:

Le régime juridique d'affacturage.

Notre thème de recherche intitulé « le régime juridique d'affacturage » s'articule autour de l'étude des règles générales et particulières qui le régissent, d'autant que ces dernières soulèvent beaucoup de problèmes et de questionnements juridiques, sur sa véritable nature juridique comparativement aux règles générales qui organisent les contrats.

Notre étude, obéit à l'agencement et à la division du plan en deux parties, précédée d'une parties préliminaire consacrée aux règles générales du contrat d'affacturage, sa définition juridique, ses variétés, et enfin ses caractéristiques en tant que contrat de crédit dans son fondement, complexe dans sa formation, original dans ses éléments et comme contrat de nature commerciale internationale dans son essence.

Nous discuterons dans la premières partie la nature juridique du contrat d'affacturage, en nous basant sur sa qualification juridique, toute en insistant sur le fondement juridique de la cession de créance, puis sur ses conditions juridiques tant dans sa formation que dans son application eu égard aux critères et règles juridiques qui l'organisent .

Dans une deuxième partie, consacrée aux effets juridiques du contrat d'affacturage, basée essentiellement sur trois points principaux, qui comportent la substance et le fondement de l'effet de la cession de créance, du client vers le factor dans le contrat d'affacturage, ainsi que les mécanismes juridiques de la garantie de la cession de créance au profit du factor, la responsabilité du factor en cas d'inexécution de l'une de ses obligations contractuelles et réciproquement du client vers le factor .

Nous terminerons notre étude sur la problématique de l'opportunité des droits commerciaux, qu'ont acquis le factor et leur reconversion en titres financiers susceptibles de cession en bourse et sur les marchés financiers.

Mots-Clefs : Contrat d'affacturage, cession de créance commerciale, convention d'OTTAWA relative à l'uniformisation des règles d'achats des droits Commerciaux, Bordereau-Dailly, le factor, l'adhérent, garantie d'irrévocabilité, le crédit bancaire, la titrélisation des créances, les agences de notation.

قائمة المختصرات الرئيسة

Liste des abbreviations

Art, art.: article.

Banque et droit. : Revue Banque et droit.

B.R.D.A. : Bulletin rapide de droit des affaires.

Bull. : bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation.

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambre civile.

Bull.Crim. : Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambre Criminelle.

C.civ. : Code civil.

C.com. : Code de commerce.

C.DIP. : Code de droit international privé.

Cass. : Arrêt de la cour de cassation.

Cass.Com. : Arrêt de la cour de cassation (chambre commerciale.).

CDR. : Codes des droits réels.

C.E. : Conseil d, Etat.

Ch. Mixte. : Arrêt de la cour de cassation (chambre mixte).

Chron. : Chronique.

Civ. : Chambre civil.

C.N.C.F. : Chambre Nationale du conseiller financier.

Convention. : Convention d'Ottawa.

Cour. : Cour de cassation.

D. : Recueil Dalloz.

D.H. : Recueil Dalloz, hebdomadaire

D.P. : Dalloz-périodique.

D.S.: Dalloz-Sirey (Depuis 1965).

D.S.chr.: Dalloz-Sirey, chronique.

D.S., I.R. : Dalloz-Sirey, Informations Rapids.

D.S., Somm. : Dalloz-Sirey, sommaires commentés.

ed. : édition.

Fasc. : Fascicule.

GP. : Gazette du Palais.

GP.PAL. : Gazette du Palais, Panorama de jurisprudence.

Ibidem. : Au même endroit.

Infra. : voir plus loin.

I.R. : informations Rapids.

J.C. : juris-classeur.
J.C.P. : juris-classeur périodique.
J.C.P. éd C.I. : juris-classeur périodique (semaine juridique) édition commerce et industrie.
J.C.P. éd E, éd G. : juris-classeur périodique (semaine juridique) édition entreprise, édition générale.
J.D.I. : Journal de droit international.
JORF. : Journal Officiel de la République française.
Juris-Data. : Banque de données juridiques, édition du Juris-Classeur.
LGDJ. : la librairie juridique de référence en ligne.
Mélg. : Mélanges.
Obs. : Observations.
P. : page.
P.A. : Les petites affiches.
P.U.F. : Presse Universitaire Française.
Quot-jur. : Quotidien Juridique.
Rep.civ. : Répertoire Dalloz Commercial.
Req. : Arrêt de la cour de cassation, chambre des requêtes.
R.J.D.A. : Revu de jurisprudence de droit des affaires.
R.J.com. : Revue de jurisprudence commerciale.
R.J.L. : Revue de jurisprudence et de législation.
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.com. : Revue trimestrielle de droit commercial et économique.
S. : Recueil Sirey.
Somm. : Sommaire.
Supra. : voir plus haut.
T. : Tome.
T.C. : Tribunal de commerce.
T.G.I. : Tribunal de grande instance.
T.P.I. : Tribunal de première instance.
Trib. Com. : Tribunal de commerce.
U.F.: Unifactor.
V.: Voir.

المقدمة

المقدمة

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

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

لتفادي مثل هذه الأخطار؛ تلجأ المؤسسات الاقتصادية والتجارية للبحث عن مصادر تمويل لإعادة دورتها الإنتاجية، وتقليص نسبة العجز المالي المعلق بالفواتير المؤجلة، وهذا من خلال اللجوء إلى البنوك والمؤسسات المالية، بغية الحصول على قروض قصيرة أو متوسطة المدى.

غير أن حل اللجوء إلى الاقتراض، لم يساهم في حل مشكلة التوازن المالي للمؤسسات الاقتصادية، وإنما لعب دور المسكن الظرفي فقط؛ ذلك أن اللجوء إلى الاقتراض البنكي، عادة ما يضع تكاليف وأعباء إضافية على عاتق هذه المؤسسات، تتمثل في الفوائد والعمولات الباهظة التي يطلبها البنك من جهة، والإجراءات الطويلة والمشددة التي تفرضها المؤسسات المالية من جهة أخرى.

كما لم تستطع العقود والقوالب القانونية التقليدية، كالتأمين والرهن وشرط الاحتفاظ بالملكية والوكالة والقرض وعقد خصم الأوراق التجارية، حل هذه المشكلة. وهو الأمر الذي دفع إلى البحث عن تقنية قانونية اقتصادية، تستوعب هذه المشكلة من جميع أوجهها، وأدى إلى ظهور ما يعرف بعقد تحويل الفاتورة أو عقد الفاكورتينغ، الذي سيكون محل دراستنا هذه.

وإذا حاولنا الرجوع للتأصيل التاريخي لعقد تحويل الفاتورة، نجد أنه وبالرغم من التطبيقات الحديثة لهذا العقد، إلا أن ظهوره يرجع إلى تاريخ قديم منذ عصر البابليون ومن بعدهم

الفينيقيون، الذين عرفوا و طبقوا أحكامه في مجال التجارة البحرية¹، غير أن هذا العقد لم يظهر في شكله الحالي إلا في بدايات القرن التاسع عشر.

حيث أنه وإلى غاية القرن الثامن عشر كان الوكلاء يقومون بمهمة بيع البضائع وتحصيل ثمنها لحساب المصدرين مقابل عمولة²؛ وهذا هو الأصل القانوني لفكرة عقد تحويل الفاتورة، فهذا العقد استمد فكرته العامة من عقد الوكالة، بعد أن تمت طبعا بلورته أو دمجها في إطار نظام حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي أو نظام حوالة دايلي، كما سنأتي على تفصيل ذلك. و كان ذلك بغية استيعاب عملية شراء الحقوق التي عرفها سوق التبادل التجاري، بين الموردين البريطانيين وعملائهم الأمريكيين، مع بداية ظهور هذا العقد.

ولعل الظروف السيئة التي عرفت سوق لندن من تضخم في البضائع وكساد السوق، كانت السبب المباشر في انتشار عملية شراء الحقوق، بسبب سعي الوكلاء إلى البحث عن أسلوب جديد يتلاءم مع الظروف الجديدة، ويحقق لهم الفائدة والاستمرارية، خاصة مع الضعف الذي اعترى عملية التصدير³. حيث كان للرسوم الجمركية، التي فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية على البضائع البريطانية بمقتضى قانون 1883، تأثيرها السلبي على العملية الكلاسيكية⁴، أين كان الوكيل الأمريكي مجرد ممثل قانوني للمورد البريطاني. واختفى دور الوكلاء، بعد انتعاش الإنتاج الوطني واغتناء المنتجين الذين قاموا بإنشاء مصانع جديدة و مخازن للبضائع، ولجؤهم إلى القيام بعمليات التخزين والتوزيع المباشر للمستهلكين، وتحصيل الفواتير منهم⁵.

وأمام هذه الصعوبات التي لاقاها الموكلين أو الوسطاء، في إقناع المصدرين أو الموردين بجدوى الخدمات التي يقدمونها، بدأ الوكلاء في الولايات المتحدة الأمريكية يبحثون عن خدمات

¹ - Papians de Marche (J.C), la convention d'un droit sur le factoring de sa mise en œuvre en droit Français et Belge, IBLJ, 1996. P 863, N° 7.

² - تورية توفيق، وكالة تحصيل و ضمان الحقوق التجارية، رسالة من عين شمس، 1987، ص 9.

³ - هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 04.

⁴ - Merqui (Jean), Aspects économiques et adaptation juridique de l'affacturage en France, thèse, Nice, 1976, P 10.

⁵ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 04.

جديدة لتقديمها للمنتجين، بشأن حقوقهم الناشئة عن البيع؛ فلاحظوا مدى حاجة هؤلاء إلى تمويل هذه الحقوق، خاصة مع صعوبة الحصول على الاعتمادات المصرفية⁶.

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

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

أولى هذه الفروع؛ عرفتها البنوك الأمريكية ومنها نجد First national Bank of Boston⁷، تم انتقال هذا النظام بعد ذلك إلى أوروبا في أواسط القرن العشرين، وأنشأت شركات كبرى تخصصت فيه. وهذا في فرنسا بدءا من سنة 1964؛ وأولها المؤسسة الفرنسية للفاكتورينغ -La Société Française de Factoring (SFF)-، التي ساهمت في إنشائها عدة بنوك فرنسية؛ تم توالى إنشاء شركات أخرى، بعد الحصول على موافقة المجلس الوطني الائتماني⁸، هدفها الرئيس تسهيل عمليات شراء الحقوق في مجال التصدير، بحيث يتعهد كل منها بتحويل الحقوق التجارية لمراسليها في الدول الأخرى طبقا لنظام الشبكة، أو بناء على اتفاقيات خاصة.

⁶ - المرجع نفسه، ص 05.

⁷ - نادبة فضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار هومة، الطبعة الثانية، 1998، ص 143.

⁸ - نادبة فضيل، المرجع السابق، ص 142.

في سنة 1988؛ تم توقيع اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق في مجال التجارة الدولية⁹، وقد كان لهذه الاتفاقية دورا كبيرا في ترسيخ أحكام هذا العقد، ومحاولة جادة لتوحيد الأنظمة التي تحكمه والتشريعات التي تناولته؛ ومن بينها التشريع التجاري الجزائري الذي جاء لأول مرة بعقد تحويل الفاتورة، بمقتضى المرسوم التشريعي الصادر سنة 1993، المتمم والمعدل للقانون التجاري الصادر سنة 1975. لذلك؛ فإن أول ملاحظة يمكننا أن نسوقها في هذا المجال هو حداثة مثل هذا النظام، خاصة إذا خرجنا عن بيئته الطبيعية أمريكا وأوروبا، فهو لا يزال في طور التبلور والنشأة.

بما أن التجارة تتصف بالسرعة والائتمان، فإن التجارة الدولية تمتاز بنفس صفتي السرعة والائتمان ولكن بصورة أكثر حدة؛ ذلك أن التاجر الذي يمارس عملية التجارة الداخلية، من السهل عليه معرفة السوق الداخلية والعملاء الذين يتعامل معهم، نظرا لمحدودية معاملاته الجغرافية. غير أن التاجر الذي يمارس عملية التصدير أو التجارة الخارجية، من الصعب عليه الإلمام بكامل أسرار الأسواق الدولية، ومدى يسار وأمانة المتعاملين الدوليين، لذلك نجده يلجأ إلى أشخاص أو مؤسسات تحقق له هذه المزية.

لن يجد المتعاملين الاقتصاديين والتجاربيين أفضل من مؤسسات تحويل الفاتورة، التي تضع أمامهم مجموعة من الحلول القانونية والتنظيمية والاقتصادية، لمعالجة مشكلة الحصول على الاعتمادات المصرفية، بالإضافة إلى كم هائل من الخدمات الإدارية والتصرفات القانونية المتداخلة، يعجز أي عقد آخر غير عقد تحويل الفاتورة عن استيعابها.

إن صعوبة الحصول على الاعتمادات المصرفية من البنوك، كما سبق وأن أشرنا إلي ذلك، كان السبب المباشر في محاولة البحث عن بديل قانوني، يكفل للموردين الحصول على الاعتمادات المالية من جهة، ويكفل للمؤسسات المالية ضمان حقوقها من جهة أخرى، وهذا البديل القانوني هو عقد تحويل الفاتورة.

إذ يقوم عقد تحويل الفاتورة في جوهره؛ على التزام أحد المؤسسات المتخصصة بتعجيل قيمة فواتير عملها على مدينه، مقابل انتقال ملكية هذه الحقوق لها، وتعهدا بعدم الرجوع عليه في حالة إخفاقها في استيفاء هذه الحقوق، ومساعدته بمجموعة كبيرة من الخدمات¹⁰. من خلال

⁹ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 6.

¹⁰ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 5.

هذا المفهوم؛ يتبين لنا أن ضمان عدم الرجوع على صاحب الحق الأصلي، هو أساس العملية من جانبها القانوني، والقائمة على الثقة وعلى الإعفاء من مخاطر عدم الوفاء؛ خاصة إذا ما عرفنا ما لهذا الإعفاء من عظيم الفائدة بالنسبة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة، التي لا تملك وسائل كافية وفعالة لتحصيل حقوقها¹¹.

فالعقود الكلاسيكية التي عهدها الفقه الكلاسيكي القديم، سواء كان الفقه اللاتيني أو الجرمانى أو الأنجلوساكسونى أو حتى الفقه الإسلامى؛ لا تعرف عقدا يجمع هذه القدرة وهذا الكم الهائل من العمليات القانونية فى آن واحد. وتصرفات قانونية متداخلة ومتماسكة، من الصعب بمكان على أى عقد آخر أن يجمعها فى اتفاق واحد؛ وهنا فقط تظهر الأهمية القانونية لهذا العقد من الوجهة القانونية، باعتباره الإطار القانونى الأوحد، الذى بإمكانه تحقيق هذه المزية.

إن عمل الوسيط لا يقتصر على مجرد تحصيل الحق الثابت، بل إن عمله الفعلى والحقيقى يسبق فعل التحصيل بكثير، بل أنه يسبق حتى نشأة الحق محل التحصيل. فجوهر العملية العقدية؛ ينحصر فى ذلك الإطار التنظيمى الذى يوفره الوسيط للمنتمى صاحب الحق¹²، خاصة بالنظر إلى الطبيعة الدولية للعقد، مما يجعل فى غالب الأحيان الدائن بالحق والمدين به، من بلدين مختلفين؛ فلا يمكن للدائن قبل نشأة الدين، أن يعرف ولوحده وبإمكانياته الخاصة، حجم ووزن المخاطر التى قد يتعرض لها فى هذه السوق الأجنبية عليه.

وهنا يتاح للوسيط أن يقدم خدمات للمنتمى؛ لأنه بأجهزته الخاصة وبأجهزة الهيئات التى له علاقة بها، يمكنه تقديم دراسة وافية للمنتمى حول السوق الذى يريد الاستثمار فيها، ويجنبه مخاطر التعامل مع أشخاص أو فى سلع أو بشروط، قد تعرضهم لمخاطر لا يستطيعون الإمام بها لبعدهم عن السوق.

¹¹ - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة 1998 ص 644.

¹² - «l'originalité du factoring, se manifeste également par la présente, à coté de l'opération de crédit, d'autres services que l'établissement rend a ses adhérents: tel que la mise à la disposition des adhérents de méthodes modernes de gestion et de compatibilité».

-Rodine (R), Rives longe (J-L), Droit Bancaire, précis Dalloz, p 364.

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

بمقتضى عقد تحويل الفاتورة؛ تكفي المؤسسة المصدرة بعملية الإنتاج فقط، أما باقي العمليات الأخرى المتعلقة بدراسة السوق ومدا يزار المتعاملين والتمويل والضمان والتحصيل وغيرها¹³، فتعود للوسيط الذي يتلقى عمولة مقابل قبوله تحمل مخاطر العملية عن المنتمي؛ ويستفيد هذا الأخير بدوره من جهة تخفيض نفقات الإنتاج، ومن جهة ثانية تجنب المخاطر المصاحبة لعملية التصدير والتحصيل، وبالتالي تفرغ التاجر للإدارة الحقيقية لمنشأته.

إشكالية الدراسة:

بناء على ما تقدم ورغبة في الإحاطة بمختلف الجوانب المتعلقة بالموضوع، طرحنا إشكالية الدراسة على النحو التالي: " ما هو النظام القانوني الذي يحكم شراء الديون التجارية، بموجب عقد تحويل الفاتورة؟".

يثور التساؤل في بحثنا هذا؛ حول القواعد العامة والخاصة التي تحكم النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة، باعتبار أن هذا الأخير يثير العديد من المشكلات والتساؤلات القانونية، حول الطبيعة القانونية لهذا العقد وآثاره، وما يتضمنه من أحكام تختلف عن الأحكام العامة للعقود التقليدية؟.

ولا شك في أن دراسة الجوانب القانونية لعقد تحويل الفاتورة، تشكل حجر الأساس في تحديد نظامه؛ من خلال تناول طبيعته القانونية، وآثار ذلك على حقوق والتزامات أطرافه، وعلى الجدوى من اللجوء إليه بدلا من العقود الكلاسيكية التي تناولها المشرع بقواعد ثابتة.

يتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية، مجموعة من الأسئلة الفرعية، تتمثل أهمها فيما يلي:

¹³ -Cet aspect de technique de gestion commerciale et important du point de vue économique, le factoring permet aux chefs d'entreprises de se concentrer a leur rôle de direction, le slogan des factors est, a cet égard, significatif : « **vendez, nous ferons le reste !** ».

-Rodine (R), Rives longe (J-L), op-cit, p 364.

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

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

- ما هي الخصائص القانونية التي ينفرد بها عقد تحويل الفاتورة، عن غيره من العقود الكلاسيكية، من حيث الشروط القانونية لنشأته و نفاذه؟.

حيث أننا سوف نلاحظ؛ كيف أن هذا العقد يتميز بخصائص تجعله منفردا ومتميزا عن غيره من العقود المسماة أو غير المسماة، وهذا التميز يمتد إلى الشروط القانونية لانعقاد ونفاذ هذا العقد.

كما سيتضح من خلال دراستنا؛ أن مؤسسة تحويل الفاتورة تمارس نشاطها في علاج مشكلة تحصيل الحقوق التجارية من خلال مجموعة كبيرة من العقود، وهي عناصر اتفاق الشراء، ومن غير المجدي التطرق لكل عنصر على حدة، من غير ربطه بالفكرة المحورية للعقد وهي طبيعته الائتمانية. وهنا سوف تظهر مسألة مهمة جدا، فإذا كان هذا العقد هو عقد ائتماني، فهل تنطبق عليه نفس الأحكام العامة لعقود الائتمان، خاصة تلك المتعلقة بمنح واسترداد الائتمان؟. وهل هذا العقد، ينسحب على جميع الحقوق الثابتة، أو يقتصر على تلك المتعلقة بالفواتير، كما جاء في عقد تحويل الفاتورة الذي جاء به المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التشريعي 93-08.

كما أن تفرد وتميز العقد محل دراستنا، يمتد لآثار القانونية لهذا الأخير التي تطرح العديد من الإشكالات القانونية والفقهية.

دراستنا لآثار القانونية لعقد تحويل الفاتورة، تخالف ما درج عليه الفقه في تناوله لآثار القانونية للعقود الكلاسيكية؛ وهذا راجع لتفرد وخصوصية هذا العقد، التي تفرض نتائج و آثار متميزة بدورها؛ لعل أهمهما ما يلي:

- ما هي الآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط، من خلال الحفاظ على حقوق وضمادات الوسيط، في مواجهة المنتمي والغير؟.

- ما مدى ملائمة و قابلية الحقوق التجارية التي اشتراها الوسيط من المنتمي، في أن تتحول لأوراق مالية قابلة للتداول في البورصة أو أسواق الأموال؟.

أين نحاول معرفة مدى قابلية الحقوق التجارية التي تمت حوالتها من المنتمي للوسيط، في أن تتحول إلى أموال سائلة في شكل أسهم أو سندات تطرح للاكتتاب العام في البورصة؛ ومدى تمتع الشركة محولة الفواتير، بالشروط القانونية التي تسمح لها بمباشرة هذه العملية. غير أننا؛ وقبل تناولنا بالدراسة والتحليل للإشكاليات الرئيسة المذكورة أعلاه، في الباب الأول والثاني من بحثنا هذا، ونظرا لخصوصية هذا العقد وتميزه وتفردته وتخصصه عن باقي العقود الكلاسيكية التي عرفها الفقه المقارن؛ ارتأينا أن نخصص فصل تمهيدي لدراسة الأحكام العامة لهذا العقد؛ ولا شك في أن دراسة هذه الأحكام العامة، تشكل حجر الأساس في تحديد نظام العقد وطبيعته القانونية، وآثار كل ذلك على حقوق والتزامات أطرافه.

أهمية الدراسة:

يكتسي موضوع الدراسة أهمية بالغة تبرز في النقاط التالية:

عقد تحويل الفاتورة؛ من العقود الحديثة جدا التي عرفت سوق المعاملات التجارية الدولية، ونظرا لحدائثة مثل هذا النظام، فقد عرف في بداية ظهوره بعض العثرات في تطبيقه، نظرا لعدم تمكن التشريعات الحديثة من استيعاب أحكامه؛ مما أدى إلى انعقاد اتفاقية دولية بتاريخ 1988/05/28 بمدينة أوتاوا الكندية، انتهت باتفاق يحمل اسم هذه الأخيرة و يتكون من 23 نص، بغرض خلق تشريع دولي موحد لهذا التصرف. وهي الاتفاقية التي سنحاول إسقاط بعض بنودها على أحكام هذا العقد، بغية معرفة ماهيته والأطر القانونية التي تحكمه و آثاره.

إن تطوير الأدوات الاستثمارية يعد الانشغال الأكبر لجميع الحكومات، وهذا بهدف مساعدة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، التي تشكل أساس العملية الاقتصادية في أي بلد، في إيجاد مصادر تمويل بديلة عن المصادر التقليدية المتمثلة في القروض البنكية، التي أثبتت عدم نجاعتها أو على الأقل طول وتعقد وكلفة إجراءاتها. ويشكل عقد تحويل الفاتورة؛ أحدث أنجع

وأنجح الوسائل التمويلية الحديثة التي ابتكرها العقل الاقتصادي العالمي، لمجابهة مشكلة تمويل المؤسسات الاقتصادية.

الجزائر؛ وإن كانت من الدول القليلة التي نجحت في وضع نصوص تنظيمية خاصة بعقد تحويل الفاتورة، بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 08/93، المؤرخ في 25/04/1993 والمعدل للقانون التجاري، ثم صدر لاحقا المرسوم التنفيذي رقم 95-331، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة، إلا أن هذا المجهود جاء ناقصا ومبتورا. ولعل هذا من الأسباب، التي جعلت المؤسسات المصرفية والاقتصادية تحجم عن تبني هذه التقنية التمويلية الرائدة، رغم مرور أكثر من 15 سنة عن تبني أول النصوص المنضمة لها.

انطلاقا من حادثة عقد تحويل الفاتورة في الجزائر، وانعدام الممارسة العملية والفعالية له في السوق المالية والاقتصادية الجزائرية، وبالنتيجة لذلك عدم وجود الاجتهادات القضائية الجزائرية حتى الآن؛ فإن دراستنا للنظام القانوني لهذا العقد، ستسهم لمحاولة في وضع التصور العام للإطار القانوني له، ومحاولة للإجابة عن الكثير من الأسئلة التي تدور حول القواعد العامة والخاصة، التي تحكم النظام القانوني للعقد.

منهج الدراسة:

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

فقد اعتمدنا **المنهج القانوني التحليلي**؛ بغرض عرض الأحكام القانونية والآراء الفقهية والمفاهيم المحيطة بالمشكلة، وتحليلها بشكل موضوعي سليم وتقييمها؛ كما هو الشأن مثلا في معالجة المسائل المرتبطة بالقواعد القانونية الخاصة بأساس انتقال الحق من المنتمي للوسيط، والآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط، من خلال الحفاظ على حقوق و ضمانات الوسيط، في مواجهة المنتمي والغير.

واستعنا بالمنهج القانوني المقارن؛ بالنظر للطبيعة القانونية الدولية للعقد التي حتمت علينا اللجوء لمختلف التشريعات القانونية المقارنة، معتمدين في ذلك على أحكام الفقه والقضاء والقانون المقارن.

كما اعتمدنا على المنهج التاريخي بصورة عرضية في بعض أجزاء الرسالة، عند معالجتنا مثلا للتطور التاريخي لنشأة عقد تحويل الفاتورة.

وأخيرا؛ كان للمنهج الوصفي دورا في بحثنا هذا، من خلال استغلال أسسه وقواعده في جمع الحقائق والمعلومات المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة، ومقارنتها وتحليلها وتفسيرها، للوصول إلى وصف علمي متكامل لها.

خطة الدراسة:

تماشيا مع إشكالية الدراسة؛ ورغبة في الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، قسمنا بحثنا إلى بابين مسبقين بفصل تمهيدي خصصناه للأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة، ارتأينا أنها ضرورية للموضوع.

حيث تطرقنا في الفصل التمهيدي؛ للتعريف القانوني للعقد، ولأنواع المختلفة لعقد تحويل الفاتورة، والتي تختلف بحسب الوظيفة التي يؤديها من جهة وبحسب الزاوية التي ينظر منها إلى العقد من جهة ثانية، وبحسب خصائص أخرى ستكون محل تفصيلنا وتدقيقنا. وأخيرا تناولنا بالدراسة خصائص هذا العقد، باعتباره عقد ائتماني في أساسه، مركب في تكوينه، متميز في عناصره، ذو طبيعة تجارية دولية في أصله؛ وحاولنا معرفة القصد من هذه الخصائص، التي تميز عقد تحويل الفاتورة، وتجعل منه عقدا منفردا ومتميزا عن باقي العقود.

أما الباب الأول فقد تناولنا فيه الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة من خلال فصلين، تطرقنا في الفصل الأول للتكييف القانوني لعقد تحويل الفاتورة، وتناولنا في الفصل الثاني الشروط القانونية للعقد.

في الباب الثاني من بحثنا تطرقنا لآثار القانونية لعقد تحويل الفاتورة، أين خصصنا الفصل الأول للآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط، والفصل الثاني للمسؤولية الناجمة عن عقد تحويل الفاتورة، والفصل الثالث لآلية توريق الديون المحولة بمقتضى عقد تحويل الفاتورة.

وعلى ذلك ستكون دراسة موضوع بحثنا وفق الخطة التالية:

الفصل تمهيدي: الأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة.

الباب الأول: الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد تحويل الفاتورة.



الفصل التمهيدي
الأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة

من الأهمية بمكان، وقبل الولوج إلى صلب الموضوع في الباب الأول والباب الثاني من بحثنا هذا، أن نتطرق إلى أهم الأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة؛ ولا شك في أن دراسة هذه الأحكام العامة، تشكل حجر الأساس في تحديد نظام العقد وطبيعته القانونية، وآثار كل ذلك على حقوق والتزامات أطرافه؛ وهذا بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقد، التي سنكتشفها عند دراسة هذه الأحكام العامة، والتي ستشكل أساس دراستنا للنظام القانوني لهذا العقد الفريد من نوعه.

نتجلى لنا بوضوح أهم مميزات العقد، من خلال التطرق للتعريف القانوني له، في المبحث الأول من هذا الفصل التمهيدي؛ وهو التعريف الذي سنتناوله من خلال فقه المدرسة الأنجلوساكسونية مهد هذا العقد، ثم من خلال فقه المدرسة اللاتينية، التي تبنته وسعت إلى تجديده وإعادة تكييفه، في إطار ما يسمى بفرنسة العقود الأنجلوساكسونية.

ثم نتطرق إلى محاولات الفقه والتشريع العربي لتعريف هذا العقد، والتي تداولت على العموم تسميات مختلفة للعقد، ومن بينها المشرع الجزائري الذي جاء بتسمية "عقد تحويل الفاتورة"، لنعرج في الأخير لمفهوم العقد وفق اتفاقية أوتاوا 1988، التي حاولت إيجاد وخلق تشريع دولي موحد لعقد تحويل الفاتورة.

في المبحث الثاني من هذا الفصل التمهيدي، سنتطرق لأنواع المختلفة لعقد تحويل الفاتورة، والتي تختلف بحسب الوظيفة التي يؤديها من جهة وبحسب الزاوية التي ينظر منها إلى العقد من جهة ثانية، وبحسب خصائص أخرى ستكون محل تفصيلنا و تدقيقنا.

أما في المبحث الثالث، فسنتناول بالدراسة خصائص هذا العقد باعتباره عقد انتماني في أساسه، مركب في تكوينه، متميز في عناصره، ذو طبيعة تجارية دولية في أصله؛ ومحاولة معرفة القصد من هذه الخصائص، التي تميز عقد تحويل الفاتورة، وتجعل منه عقدا منفردا ومتميزا عن باقي العقود.

لذلك، سوف نتناول الأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: المفهوم القانوني لعقد تحويل الفاتورة.

المبحث الثاني: الأنواع المختلفة لعقد تحويل الفاتورة.

المبحث الثالث: خصائص عقد تحويل الفاتورة.

المبحث الأول: المفهوم القانوني لعقد تحويل الفاتورة:

تعددت المفاهيم التي جاء بها الفقه لعقد تحويل الفاتورة، غير أنها لم تتوصل لتعريف موحد لهذا العقد بل أن الإشكال امتد حتى للمعنى اللغوي للعقد؛ وإن كان اللفظ الأكثر شيوعاً هو مصطلح FACTORING، وهو مصطلح أنجلوساكسوني¹⁴ استعمل بكثرة في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية مهد هذا العقد.

غير أن انتقال هذا العقد إلى باقي الدول والتشريعات المختلفة، جعل البعض منها يتمسك بالتسمية الإنجليزية للعقد - FACTORING -، بينما سعت أخرى إلى خلق مصطلح مقابل لتسمية العقد، تتسجم ولغتها وتوجهاتها القانونية والتشريعية¹⁵.

ففي فرنسا؛ ومنذ دخول هذا العقد إلى حظيرة المعاملات القانونية وتبنيه من طرف المتعاملين الاقتصاديين والمؤسسات المالية¹⁶، جنح المشرع منذ البداية وفي إطار فرنسة العقود الأنجلوساكسونية إلى محاولة إيجاد تسمية بديلة للعقد.

أول محاولة في هذا الشأن، كانت من لجنة دراسة المصطلحات التقنية الفرنسية¹⁷، التي ترجمت المصطلح إلى لفظ factorage، على أساس أن كلمة factoring مأخوذة من الكلمة الفرنسية facteur¹⁸؛ كما اقترح البعض من الفقه الفرنسي¹⁹ مصطلح Facturerie، استناداً إلى كلمة Factorerie أو Factorie، التي تعني مكتب التوكيل.

هذه المصطلحات؛ هجرت من طرف المتعاملين الاقتصاديين والوكلاء، الذين استمروا في التعامل بالمصطلح الأصلي للعقد، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي، وترجم المصطلح إلى لفظ

1-Sussfeld (Louis EDMOND): le factoring, 1968, p 09.

¹⁵- En réalité, le terme « factoring » fut utilisé au XVème siècle, comme synonyme de mandataire ou de commissionnaire.

-Dhaeyer (B.), L'affacturage en droit belge, in, La transmission des obligations, 9èmes journées J.Dabin, Université catholique du Louvain, LGDJ 1981, p 403.

3-Christien Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I-, A-B, no.2, p.2.

¹⁷- Le comité d'études des termes techniques français.

¹⁸ - تورية توفيق، وكالة تحصيل و ضمان الحقوق التجارية، رسالة من عين شمس، 1987، ص 18.

¹⁹- Gerbier (J): Le Factoring, 1970, p 05.

AFFACTURAGE، الذي لاقى استحسان معظم الفقه الفرنسي؛ ومع هذا يبقى المصطلح الأصلي للعقد- Factoring - هو الأكثر شيوعا واستخداما.

تبعاً لذلك؛ عرف عقد تحويل الفاتورة من قبل الموسوعة القانونية الفرنسية²⁰، على أنه " تقنية من القانون التجاري، تتولى من خلالها مؤسسة مالية تحمل مخاطر تحصيل فواتير مؤسسة تجارية مقابل عمولة، وتحل من خلالها في حقوق هذه الأخيرة²¹ ". نفس الإشكال طرح في اللغة العربية، لكن بأكثر حدة لعدم وجود تقارب بين اللغة العربية و اللغة الإنجليزية، على عكس اللغة الفرنسية.

التشريعات العربية، تداولت على العموم التسميات التالية: عقد شراء وتحصيل الحقوق التجارية، وكالة التسويق، العقد الدولي لتحصيل الديون التجارية، وأخيراً مصطلح عقد تحويل الفاتورة الذي جاء به المشرع الجزائري. وهي على العموم؛ تسميات قاصرة وغير جامعة للمفهوم الواسع للعقد، مما جعل الكثير من الفقه العربي يفضل استعمال لفظ عقد الفاكورنغ. غير أننا إذا تجاوزنا مشكلة تسمية العقد، نقع أمام إشكال أكثر تعقيداً كما سبق وأشرنا إليه، والمتمثل في إيجاد تعريف جامع وصحيح لمفهوم العقد.

وعليه سنتطرق في هذا الجزء من البحث، لمختلف المفاهيم التي جاء بها الفقه والتشريعات المقارنة للعقد؛ ثم نتطرق لمفهوم العقد وفق اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق في مجال التجارة الدولية²²، التي حاولت إيجاد تشريع دولي موحد لأحكام عقد تحويل الفاتورة. تفصيلاً لما سبق سيكون تقسيم هذا المبحث، على النحو التالي:

المطلب الأول: المفاهيم العامة للعقد في التشريعات و الفقه المقارن.

المطلب الثاني: مفهوم اتفاقية أوتاوا لعقد تحويل الفاتورة.

²⁰ - dictionnaire-juridique français.

²¹ -« L'affacturage", en anglais "factoring", est une technique du [droit](#) commercial par laquelle une [société](#) financière dite le "factor" ou "facteur" ou "affactureur" accepte de se charger des [risques](#) du [recouvrement](#) des factures d'une [entreprise](#) commerciale à laquelle elle en règle le [montant](#) moyennant le [paiement](#) d'une [commission](#). Le factor est [subrogé](#) dans les [droits](#) et [actions](#) du remettant. »

- <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/affacturage.php>.

²² - Convention d'Ottawa du 28 Mai 1988.

المطلب الأول: المفاهيم العامة للعقد، في التشريعات والفقه المقارن:

حاول الفقه؛ إعطاء تعريف جامع وصحيح لمفهوم عقد تحويل الفاتورة، ومن أوائل التعريفات التي وضعت لعقد تحويل الفاتورة، أنه مديونية ناشئة عن شراء البضائع أو الخدمات، ليست ثابتة بأي إقرار رسمي من المدين²³. غير أن هذا التعريف يعترضه الكثير من النقص، ذلك أنه لم يشر لا من قريب ولا من بعيد لأطراف العقد، ولا للالتزامات المترتبة على عاتق كل طرف بموجب هذا العقد، ولا إلى كيفية تحويل المديونية الناشئة عن العقد.

وبما أن مهد هذا العقد، كما سبق وأن أشرنا إليه هو الدول الأنجلوساكسونية، فإن أول المحاولات لتعريفه وحصر مفهومه، كانت بالطبع من فقهاء هذه المدرسة؛ التي اعتبرت أن جوهر عملية العقد، هو قيام مؤسسة الفاكورنغ بالاتفاق مع تاجر بإعفائه من المتاعب المالية لتشاط التصدير، وبخاصة تحصيل الثمن من المشتري في الدول الأخرى²⁴، بحيث يتفرغ التاجر لتلك المؤسسة عن حق تحصيل ديونه التجارية، لقاء فائدة أو عمولة أو حسم جزء من الثمن، يتم الاتفاق عليه بين الطرفين²⁵.

من الفقهاء الأنجلوساكسونيين، عرفه الأستاذ بايسر -pisar-، بأنه شراء شخص يسمى الممول ديون دفترية قصيرة الأجل، عائدة لبائع بضائع أو خدمات نحو عملائه المدينين، ويتحمل الممول مخاطر عدم الوفاء²⁶.

كما عرفه الأستاذ موور -Moore-، بأنه اتفاق مستمر من خلال حساب مفتوح بين بائع البضائع أو الخدمات، يتعهد بموجبه الممول - بالنسبة للحقوق التجارية الناتجة عن بيع البضائع أو الخدمات إلى الغير-، بالقيام بالأعمال التالية:²⁷

1- شراء فوري لكل الحقوق التجارية في مقابل مبلغ مالي معجل من المال؛

2- مسك حسابات بائع الحقوق المتعلقة بالحقوق التجارية المباعة؛

²³- Boas, "legal and Economic aspects of Accounts Receivable financing and factoring, 59. Com. L. J. 65 (1954).

²⁴ - و هذا باعتبار الطبيعة الدولية لعقد تحويل الفاتورة بصفة أساسية كما سنأتي على توضيحه لاحقاً.

²⁵ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورنغ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2005، ص 36.

²⁶- Samuel Pisar, «Legal Aspects of International Factoring – An American concept Goes abroad, «The Business Lawyer, July 1970, p 1505.

²⁷ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 18.

3- تحصيل الحقوق التجارية؛

4- تحمل مخاطر عدم وفاء المدنيين؛

5- تمويل بعض أعمال بائع الحقوق التجارية؛

6- تقديم الاستشارات التسويقية أو الإدارية أو المحاسبية.²⁸

غير أن هذا التعريف؛ نحى في اتجاه تعريف عقد تحويل الفاتورة من خلال مضمون الالتزامات التي يقدمها الوسيط، والتي لا تخرج بطبيعة الحال عن نطاق الالتزامات باعتبارها وجها من أوجهها، و أغفل جوانب أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها، إما لغموضها أو لغموض فكرة العقد نفسه، وعدم استيعاب و استغراق كامل مدلولاته.

من التعريفات التي نجحت كذلك نسبيا في حصر مفهوم عقد تحويل الفاتورة، نجد التعريف الذي جاءت به موسوعة المعلومات أو المعارف البريطانية²⁹، التي عرفت مؤسسة الشراء أو مؤسسة تحويل الفاتورة كما يلي: >> هيئة تجارية تقدم خدمات تمويل ائتمان وتحصيل ومحاسبة للمنتجين والموزعين للسلع <<³⁰؛ هو تعريف على كل حال، و رغم دقته إلا أنه لا يعرف عقد تحويل الفاتورة، بقدر ما يعرف بالمحول إليه أو مشتري الحق.

أما في فقه المدرسة اللاتينية، فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي³¹ إلى تعريف العقد من خلال الصورة التقليدية لتحصيل الديون؛ التي تقوم على تحويل التاجر للحقوق التجارية التي في ذمة عملائه إلى الوسيط المحترف لهذا النشاط، والذي يقوم بتعجيل قيمة هذه الحقوق للتاجر، مقابل حصوله على عمولة من هذا الأخير، تشمل فائدة التعجيل وعمولة الضمان.

من بين فقهاء المدرسة اللاتينية الذين تصدوا لتعريف عقد تحويل الفاتورة، نجد الفقيهان كابرياك-Cabrillac- و ريف لانج-Rives-Lang-؛ اللذان يعرفان عقد تحويل الفاتورة، بأنه العقد الذي بموجبه يستطيع أحد التجار أن يحصل على قيمة ديونه المضافة إلى أجل قصير،

²⁸ - Carroll G. Moore, "Factoring- A unique and important form of financing end service," the business lawyer, April 1959, p. 706.

²⁹ - Encyclopaedia Britannica.1964.

³⁰ - حيث عرفت موسوعة المعارف البريطانية، في نصها الأصلي لسنة 1964 عقد تحويل الفاتورة على النحو التالي:

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

³¹ - CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J.C.P; G., 1966-I-2044-6.

عن طريق مطالبة مؤسسة مالية متخصصة بهذا النوع من النشاط بالوفاء بها، مقابل منح هذه المؤسسة حق الرجوع على مديني الفريق الأول³².

إذا تركنا التعريفات الفقهية جانبا؛ نجد إحدى المؤسسات المتخصصة في تحويل الفاتورة - مؤسسة Finagios -، وهي مؤسسة فرنسية رائدة في مجال شراء وتحصيل الحقوق التجارية، تعرف هذا العقد بأنه >> عملية يلتزم في إطار اتفاقها مؤسسة متخصصة، بتسيير حسابات المؤسسات الاقتصادية، عن طريق تلقي وضمان ديونها، مع تحمل الخسائر المحتملة في حالة رفض الوفاء من طرف المدينين المعسرين؛ وهذا ما يمكن المؤسسات الاقتصادية، من تحسين ميزانيتها وتخفيض مصاريف التسيير <<³³. وهو تعريف رغم طابعه التجاري والإشهاري، إلا أننا نجد أنه أقرب إلى حقيقة العقد، من بعض التعريفات الأخرى الفقهية. كما عرفت الغرفة الوطنية للمستشارين الماليين بفرنسا³⁴، عقد تحويل الفاتورة، على أنه تحويل للحقوق من مالكةا للوسيط، الذي يتحمل مهمة تحصيلها وضمان الوفاء النهائي في حالة إعسار المدين، مقابل عمولات هذا التدخل.

أما الأستاذ سوسفالد - Sussfeld - فقد عرفها بأنها نشاط تجاري مالي، حيث تقوم الشركة أساسا بالشراء فورا من المنتجين للسلع الاستهلاكية، حقوقهم على زبائنهم³⁵. وفي التعليمات الصادرة بتاريخ 1973/10/21؛ أعطى بنك فرنسا التعريف التالي للعقد " عقد الفاكترينغ، هو عملية تقوم على تحويل ديون تجارية من مالكةا إلى مؤسسة الفاكترينغ، التي تتولى عملية التحصيل مع ضمان النهاية الحسنة حتى في حالة الإفلاس العارض أو الدائم

³² - Cabriallac et Rives-Lang: Crédit et document crédit, R.T.D.com., 1968, p. 1102, n° 10.

³³ - « affacturage, opération pour la quelle, dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé, gère les comptes clients d'entreprise, en acquérant leurs créances, assurant le recouvrement pour son compte propre ; et en supportant les pertes éventuelles, sur les débiteurs insolubles. Ce service, qui permet aux entreprises qui y recouvrent d'amélioration leur trésorier, et de réduire leur frais de gestion ».

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

³⁴ - Chambre Nationale du conseiller financier (C.N.C.F) « L'opération consiste en un transfert de créance commerciale de son titulaire à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement, et qui en garanti la bonne fin, même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur, moyennement la retenue, de ses frais d'intervention ».

³⁵ - Sussfeld (Louis EDMOND), le factoring P.U.F, 1968, p 1.

- « C'est une activité à la fois commerciale et financière qui consiste essentiellement pour le factor à acheter ferme aux producteurs de biens de consommation, leurs créances sur leurs clients commerçants ».

للمدين؛ ومن جهة أخرى فإن مؤسسة الفاكورنغ يمكنها أن تسوي مسبقاً كل أو جزء من الحقوق المحولة³⁶.

أما المشرع الفرنسي؛ فقد تناول تعريف عقد الفاكورنغ في اللائحة المتعلقة بتعريف الاصطلاحات الاقتصادية و المالية بتاريخ 11/29 /1973³⁷، " بأنه العقد الذي بمقتضاه تتحقق عملية إدارية مالية لحسابات عملاء المشروعات، عن طريق تملك هذه الحقوق وتحصيلها لحساب المحصل الخاص، وتحمل الخسائر المحتملة إذا كان هذا التعامل مع عملاء معسرين". وتسمح هذه الخدمة للمشروعات التي تلجأ إليها، بالتمتع بسيولة نقدية وتقليل نفقاتها الإدارية، مقابل تمكين المحصل من عمولة نظير تقديمه هذه الخدمة³⁸.

في الفقه والتشريع العربي المقارنين، نجد العديد من المحولات الفقهية والتشريعية لتعريف العقد؛ فقد عرفه الأستاذ هاني دويدار، بأنه العقد الذي بمقتضاه يتولى أحد المتخصصين ويسمى المحصل، تحصيل حقوق لحسابه الخاص كانت ثابتة للمتعاقد معه وقام بالوفاء بقيمتها، وذلك مقابل التزام المتعاقد معه بدفع عمولة محددة³⁹.

نلاحظ كيف أن الأستاذ هاني دويدار، يحاول من خلال هذا التعريف التمييز بين الوكيل العادي الذي يقوم بالتحصيل لحساب الموكل، وبين الوكيل في عقد الفاكورنغ الذي يقوم بتحصيل الحقوق لحسابه الخاص، بعد أن يكون التاجر قد نقلها له بمقتضى العقد.

³⁶-Dans une note d'information du 21 octobre la banque de France donne la définition suivante: "L'affacturage, Opération consistant en un transfert de créances commerciales de leur titulaire à une société d'affacturage, qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui garantit la bonne fin, même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. En outre, la société d'affacturage peut régler par anticipation tout ou partie du montant des créances transférées.

24- L'arrêté du 29 novembre 1973 qui a adopté la terminologie française en a décrit le contenu économique en le définissant comme: " Opération ou technique de gestion financière par laquelle, dans le cadre d'une convention un organisme spécialisé gère les comptes clients des entreprises en acquérant leur créances, en assurant le recouvrement pour son propre compte et en supportant les pertes éventuelles sur des débiteurs insolubles.

³⁸ - نادر عبد العزيز الشافعي، المرجع السابق، ص35.

³⁹ - هاني دويدار (مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية) عقد تحصيل الديون التجارية، العددان الأول و الثاني، ص 303.

فيما عرفه علي جمال الدين عوض، على أن نظام وكالة التسويق⁴⁰ يقوم أساساً أو إجمالاً، على أن الوسيط يدفع للمنتمي قيمة الفاتورة، التي تمثل حقه لدى المشتري في البلد الأجنبي، ويحل محله في هذا الحق؛ وإذا لم يدفع المشتري للوسيط، لم يكن لهذا الأخير رجوع على المنتمي، فهو يتحمل - كمبدأ - هذا الخطر⁴¹.

هذا التعريف هو تعريف قاصر ولا يؤدي المعنى الحقيقي لمفهوم العقد؛ ويظهر القصور في التسمية نفسها التي جاء بها للعقد، وهي وكالة التسويق؛ فعقد الوكالة كما نعرفها في أحكام القانون المدني، تختلف في جوهرها عن شراء الحقوق التجارية وضمانيها، ذلك أن الوكيل هو مجرد وسيط أو ممثل أو نائب للموكل، يتعامل باسم هذا الأخير ولحسابه ولمصلحته، مقابل عمولة هي عمولة الوكالة.

أما أساس عقد تحويل الفاتورة، فهو انتقال ملكية هذه الحقوق إلى المحول إليه، بالإضافة إلى التزام هذا الأخير - و هذا غير معروف كذلك في عقد الوكالة - بعدم الرجوع على المنتمي، في حالة الإخفاق في استيفاء هذه الحقوق؛ وبالتالي تصبح تسمية وكالة التي جاء بها هذا التعريف، والتي يأخذ بها نزر كبير من الفقهاء المشاركة بالخصوص، لا تعبر حسب رأينا عن الكنه والمفهوم الحقيقي للعقد.

وحتى مصطلح التسويق الذي جاء به هذا التعريف لا نجد له مكان في العقد، ذلك أن عقد التسويق، هو عقد خاص له نظامه وقواعده الخاصة، التي تختلف عن طبيعة وأهداف عقد تحويل الفاتورة؛ فعقد التسويق يلتزم بمقتضاه الموزع أو المسوق تصريف منتجات عميله باستمرار وبدون انقطاع، وبالتالي يعتبر بمثابة صلة بين المنتج و المستهلك⁴²، بينما لا نجد بين التزامات المحول إليه التزام التسويق، وهو بالتالي ساقط في غير محله.

إذا تجاوزنا ذلك وانتقلنا إلى مضمون التعريف، رأينا أكثر قصورا وغموضا، فهو يتضمن فكرتين أساسيتين؛ الأولى هي التزام الوسيط بأن يدفع للمنتمي قيمة الفاتورة التي تمثل حقه لدى المشتري في البلد الأجنبي، ويحل محله في هذا الحق، والثانية هي التزام الوسيط بعدم الرجوع على المنتمي، في حالة إخفاقه في استيفاء الحق من المدين به.

⁴⁰ - و هو من التسميات التي جاء بها الفقه المقارن لعقد تحويل الفاتورة

⁴¹ - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط 1998، ص 643.

⁴² - Fourgoux (J.C.), droit du marketing, Dalloz, 1974, (introduction).

أول ملاحظة نسوقها في هذا المجال، هو اقتصار مضمون هذا التعريف على الالتزامات الواقعة على عاتق الوسيط، وهي منح الاعتماد أو الدفع المسبق من جهة، وضمن عدم الرجوع من جهة أخرى، دون تلك المتعلقة بالمنتمي؛ و هنا نطرح التساؤل، ما هو محل التزام العميل أو المنتمي في هذا العقد؟. لا نجد إجابة على سؤالنا هذا إذا عدنا إلى أحكام هذا التعريف، وكأننا أمام إرادة مفردة وليس أمام عقد ينشئ التزامات وحقوق متبادلة بين أطرافه.

وحتى ولو اكتفينا، بالالتزامات التي على عاتق المحول إليه التي جاء بها هذا المفهوم، نجدنا مقتصرة في التزامين فقط كما سبق وأن وضحنا؛ غير أن المفهوم الحقيقي للعقد يتسع لأكثر من ذلك. فمحل التزام المحول إليه، يمتد ليشمل تنظيم حسابات العميل ودراسة السوق وتحصيل الديون التجارية وإخطار المدين بحصول انتقال الحق؛ أو باختصار تتمثل في العناصر التالية وهي: 1- التحويل، 2- التمويل، 3- التحصيل، 4- التنظيم، 5- الضمان << ضمان عدم الرجوع >>.

عرف جانب آخر من الفقه العربي عقد تحويل الفاتورة، على أنه مجموعة الخدمات التي تقدمها شركة متخصصة، للأشخاص أو المؤسسات الراغبة في توكيلها إدارة حقوقها، والحصول على اعتمادات قصيرة الأجل⁴³؛ أو هو أسلوب تحصيل و ضمان خطر عدم الوفاء والتمويل، بواسطة تحويل الحقوق⁴⁴.

وعرف أيضا؛ على أنه الالتزام الواقع على عاتق أحد المؤسسات المتخصصة، بتعجيل قيمة فواتير عميلها على مدينيه، مقابل انتقال ملكية هذه الحقوق لها و تعهدا بعدم الرجوع على العميل، في حالة إخفاقها في استيفاء هذه الحقوق، ومساعدته بمجموعة كبيرة من الخدمات الإدارية⁴⁵.

نلاحظ أن المفهوم الذي جاءت به الأستاذة تورية توفيق، بعيدا كل البعد عن المضمون الحقيقي للعقد، وهو نفس ما يمكن قوله بالنسبة للمفهوم الذي جاءت به الأستاذة نادية فضيل؛ فكلها جاءت تقريبا، تعريفات قاصرة و مفاهيم مبهمة ولا تستغرق كامل مدلولات العقد.

⁴³ - تورية توفيق، المرجع السابق ص 16.

⁴⁴ - نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار هومة، ط2، 1998 ص 145.

⁴⁵ - هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 5.

غير أن المفهوم الذي جاء به الأستاذ هشام فضلي، نراه أكثر توفيقا من سابقه، فنجده يشمل معظم الالتزامات التي يتضمنها العقد؛ وهو الالتزام بتعجيل قيمة الفواتير أو كما عرفناه أعلاه بالالتزام بالتمويل، كما يشمل الالتزام بنقل ملكية الحقوق من العميل إلى المحول له، وهو الالتزام بالتحويل؛ كما يشمل أيضا الالتزام بضمان عدم الرجوع على العميل، في حالة الإخفاق في استيفاء هذه الحقوق من المدينين بها، وهو الالتزام بالضمان؛ كما يشمل أخيرا الالتزام بتقديم مجموعة من الخدمات الإدارية للعميل، وهو الالتزام بالتنظيم.

أما المشرع الجزائري؛ فقد عرف في المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري عقد تحويل الفاتورة >> على أنه عقد، تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى (وسيط) محل زونها المسمى (المنتمي)، عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لأجل محدد ناتج عن العقد، وتتكفل بتبعية عدم التسديد، و ذلك مقابل أجر <<؛ وهو تعريف نراه معيبا، وأوجه ذلك ما يلي:

*** أولا: عدم تطابق التسميات التي جاء بها المشرع الجزائري لأطراف العقد، مع الطبيعة الحقيقية لهؤلاء:**

المحصل جعله المشرع الجزائري وسيطا، والدائن الأصلي منتمي؛ ونتساءل هنا عن كنه هذه التسميات وغرابتها، وعن سبب تفرد المشرع الجزائري بها دون غيره من المشرعين؛ فالمحصل ليس وسيطا، ذلك أن الوسيط يتعامل باسم ولحساب الغير، بينما المحصل يتعامل باسمه ولحسابه الشخصي، وبالتالي فهو طرف أصيل في العقد وليس وسيط؛ أما الدائن الأصلي، فلم نفهم لماذا سماه المشرع الجزائري منتميا، فهذا اللفظ أقل ما يقال عنه أنه غريب وبدون معنى.

*** ثانيا: عدم تطابق تسمية العقد نفسه، مع حقيقة القانونية:**

المشرع الجزائري؛ لم يكتف بالإتيان بتسميات غريبة لأطراف العقد، بل تفرد بتسمية للعقد لم تعهدها التشريعات ولا الفقه المقارن.

التشريعات العربية، تداولت على العموم التسميات التالية: عقد شراء و تحصيل الحقوق التجارية، وكالة التسويق، العقد الدولي لتحصيل الديون التجارية؛ ورغم محدودية وعدم مدلولية التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري، إلا أنها تستوي في هذا الأمر مع جميع التسميات التي جاء بها الفقه والتشريع العربي؛ والتي لا تعبر في مجملها عن المعنى الحقيقي للعقد، مما

يجعلنا نتفهم موقف المشرع الجزائري في هذا المجال، ونعتمده أساسا لدراساتنا هذه، ويستوي الأمر بالنسبة للتسميات التي جاء بها لأطراف العقد.

*** ثالثا: عدم استغراق التعريفه لكامل مدلوله العقد:**

لعل السبب في فشل معظم التعريفات التي استقينها سابقا، و منها التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، في استيعاب وحصر كامل جوانب العقد، هو تعقيد هذا الأخير؛ كون عقد تحويل الفاتورة، هو عقد مركب يشمل مجموعة كبيرة من العقود، ضمن ما يعرف في الفقه بالاتفاق الإطار.

يبقى تساؤل مهم جدا ينبغي الإجابة عليه، وهو لماذا جعل المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة في الفصل المتعلق بالأوراق التجارية، إلى جانب السفتجة والشيك والسند لأمر وسند الخزن وسند النقل، هل لأنه يعتبره ورقة تجارية؟.

إن ما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه ذهب مذهباً لم يذهب أحد من الفقه أو التشريع المقارن، عندما صنف هذا العقد في القانون التجاري، ضمن الفصل المتعلق بالأوراق التجارية؛ فإذا كان يمكن قبول سند الشحن وسند الخزن، كأوراق تجارية⁴⁶، فإنه من الصعب أن نقبل إدراج هذا العقد ضمن هذه الأوراق، لأنه يصعب تداوله عن طريق التظهير، المألوف في الأوراق العادية⁴⁷.

والتظهير *endossement*، هو كيفية عادية لنقل الحقوق التي تمثلها الأوراق التجارية، و يتم التظهير بتسليم هذه الأخيرة بعد أن يكتب عليها أو على ورقة متصلة بها ادفعوا لأمر فلان، ويسمى من سلم الورقة التجارية بالمظهر *endosseur*، ومن أستلمها بالحامل الجديد أو المظهر إليه⁴⁸.

لكن لماذا قبلنا بسندي الخزن والنقل كورقتين تجاريتين، ورفضنا إصباغ هذه الصفة على العقد محل دراستنا؟.

⁴⁶ - و هما من الأوراق التجارية التي جاء بها المرسوم التشريعي الصادر عام 1993 المتمم و المعدل للقانون التجاري الصادر عام 1975.

⁴⁷ - عمر الزاهي، المجلة القضائية للعلوم القانونية و الاقتصادية رقم 01 ص 39 سنة 1995.

⁴⁸ - راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري، O.P.U طبعة 1999، ص 40.

الجواب بسيط كما أشرنا أعلاه، إذ يكفي الرجوع إلى المبدأ الأساسي الذي يحكم الأوراق التجارية، وهو التظهير أو انتقال الحق، والرجوع إلى مفهوم هذه التصرفات القانونية لمعرفة ما إذا كانت تشكل أوراقا تجارية أم لا.

فسند الخزن، هو سند مصرفي يقوم بتحريره تاجر يعطي ضمانا لتوقيعه على بضاعة مودعة، بأحد المخازن العمومية؛ والمخزن العمومي، هو عبارة عن منشأة تهيئ بناء أو مكانا فسيحا صالحا لإيداع البضائع، ويقوم بدور المودع لديه، لأنه يقدم خدمات للمودعين تتمثل في، حفظ وصيانة البضائع المودعة لديه⁴⁹.

ويسلم المخزن العام للتاجر، إيصالا مزدوجا أي يتكون من جزئين، الأول يسمى إيصالا « Récépissé » وهو إيصال أو سند إيداع، والجزء الثاني يسمى سند الخزن أو كما يطلق عليه سند رهن warrant، وهذان الجزآن يمثلان معا البضاعة التي أودعها التاجر في المخزن العام.

وقد عرفت المادة 543 مكرر من القانون التجاري سند الخزن على أنه " استمارة ضمان ملحقة بوصل البضائع المودعة بمخازن عامة"⁵⁰؛ ويخضع سند الخزن للتداول بالطرق التجارية ومنها التظهير، إذ نصت المادة 543 مكرر 2 في فقرتها الرابعة من القانون التجاري على ما يلي: «> سند الخزن، هو سند قابل للتظهير بنفس شروط السندات التجارية الأخرى».

كما تنص المادة 543 / 3 مكرر 2 من القانون التجاري " يمكن لحائز السند في أي وقت، أن يفصل سند الخزن ويحوله لإذن الحامل، وتشكل البضاعة المودعة حينئذ ضمان تسديد المبلغ المقترض عند الاستحقاق".

أما سند النقل؛ فهو سند يصدر من الناقل، فيعلن بيان و مقادير البضاعة التي استلمها من المرسل، والتزامه بتسليمها للمرسل إليه في الميعاد والمكان المحددين؛ ويمتاز سند النقل

⁴⁹ - علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية 1975، ص 309.

⁵⁰ - نادية فضيل، المرجع السابق ص 130، أنظر أيضا علي البارودي، المرجع السابق ص 309 و 310.

على تذكرة النقل، ببساطته واتفاقه مع منطق الإثبات في عقد النقل بصورته الحديثة، فهو لا يتضمن إلا البيانات الجوهرية⁵¹.

ويعد سند النقل، سندا تجاريا يمثل ملكية بضاعة معينة، ويخضع للتداول عن طريق التظهير؛ فيستطيع المرسل إليه، أن يتصرف في البضاعة أثناء الطريق عن طريق التظهير، إذا كان السند اسميا أو لأمر، وبالتسليم إذا كان السند لحامله.

ما يهمننا في كل هذا، هو تميز كل من سندي الخزن والنقل عن عقد تحويل الفاتورة، باعتبار أن هذا الأخير عقدا ائتمانيا من طابع خاص، وليس ورقة تجارية؛ فحتى ولو أن ملكية الحق تنتقل فيها جميعا لصالح المحول إليه، إلا أن طبيعة الانتقال تختلف هذا من جهة؛ ومن جهة ثانية، أن هناك مبدأ هام ورئيس يحكم هذا العقد، وهو عدم إمكانية الرجوع على المحول في حالة إعسار المدين عن الوفاء، بينما حق الرجوع من الحقوق الرئيسة التي تحكم الأوراق التجارية.

ومن ثمة، لا نتفهم سبب إدراج المشرع الجزائري لهذا العقد، في الفصل المتعلق بالأوراق التجارية.

على كل، يمكننا في الأخير أن نقول أن قوام هذا العقد، أن يكون تاجر دائن لكثير من العملاء (غالبا ما يكونون في الخارج) بقيمة ما ورد إليهم من خدمات؛ وبدلا من أن يتوجه هذا التاجر الدائن إلى كل عميل من هؤلاء العملاء، ليطالبه بالوفاء بما عليه من دين ثابت بمقتضى فواتير، يتوجه إلى أحد البنوك أو مؤسسة مالية متخصصة أو بيت من بيوت تحصيل الديون والذي يقوم بدور المحصل، ليقبض منه قيمة هذه الفواتير، مقابل أن ينقل إليه الحقوق الثابتة بها⁵².

من الوصف المتقدم، يمكننا تقديم تعريف عقد تحويل الفاتورة بأنه ذلك العقد الذي بمقتضاه يقوم شخص محترف للنشاط بنكا كان أم مؤسسة مالية، بالوفاء بقيمة الفواتير إلى التاجر (المورد)، وتقديم مجموعة من الخدمات الإدارية، وضمان الوفاء النهائي في حالة إعسار

⁵¹ و يختلف على فكرة النقل، في كونه يبين مقدار البضاعة التي استلمها من المرسل، و التزامه بتسليمها للمرسل إليه في الميعاد و المكان المحددين.

⁵² - هاني دويدار، (عقد تحصيل الديون التجارية) ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول و الثاني، 1991، ص 299، علي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، الجزء الأول، 1987، فقرة 444 ص 522.

المدين، مقابل التزام صاحب الحق الأصلي بتحويل حقوقه التي في ذمة عملائه إلى المحول له، وتمكينه من عمولات هذا التدخل⁵³.

من خلال هذا التعريف، يمكننا استقراء الملامح الجوهرية للعقد فيما يلي:

1- أن هذا العقد، يحتوي على عملية خاصة وهي الطابع الثلاثي، وفي سبيل تجاوز مشكلة تعقيد العملية في مثل هذا النوع من العقود، يلجأ البائع في الفقه التقليدي عادة إلى القوالب العقدية التقليدية وأهمها؛ عقد الوكالة، عقد القرض، عقد خصم الأوراق التجارية، عقد التأمين على الحقوق... الخ.

وإزاء فشل هذه القوالب العقدية في علاج المشكلة، كانت حاجة المنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة الحجم إلى عملية قانونية، تواجه بها المظاهر الثلاثة للمشكلة، وهو ما استطاع أن ينجزه بنجاح كبير، عقد تحويل الفاتورة⁵⁴.

2- أن هذا العقد هو في أساسه عقد دولي، يقوم بدور فذ في نطاق التجارة الدولية⁵⁵، ذلك أن الديون التي يتعلق بها التحصيل غالباً ما تكون من مستوردين مقيمين في الخارج أي خارج الدولة التي يوجد بها التاجر الدائن والمؤسسة، أو البنك القائم بعملية التحصيل⁵⁶.

3- إن الوسيط في هذا العقد، لا يعلق وفاءه بالدين على تمام تحصيله من المدين، فالعملية في جوهرها أن المحصل أو الوسيط يتحمل مخاطر هذا التحصيل مقابل عمولة؛ وهذا ما يفسر تناول عقد تحويل الفاتورة ضمن عقود الائتمان التجاري⁵⁷.

⁵³ - اقرأ في التعريفات المختلفة لهذا العقد و التي رغم اختلاف صياغاتها إلا أنها تصب في معنى واحد، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة 523، ص 643 و ما بعدها؛ هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، ص 5 و ما بعدها؛ إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، الجزء الأول - 1987، فقرة 444 ص 522.

- و انظر في الفقه الفرنسي:

- Anne Sunay – Cyterman , les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance , Revue Crit , 1992, p 35 et S,V précisément n° 24 , p 57 et S, Merqui (Jean), aspects économique et adaptation juridique de l'affacturage, thèse, Nice, 1976, p10 et S, Sussfeld (Louis Edmond) , le factoring , 1968 P33 et S .

⁵⁴ - VIVIER (Jean loup), l'affacturage: un contrat commercial d'avenir, la vie judiciaire, 3 Mars 1985, p 9 et 10.

⁵⁵ - Bouraoui Darghout (F.), Le Factoring en Droit Interne, et International, Thèse de Doctorat en Droit Prive, Université de Tunis, 2004, p 1.

⁴³ - عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية بيروت، طبعة 1993، ص 319.

⁵⁷ - أنظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، 1991، ص 289.

4- إن منح الائتمان للعميل أو المنتمي في عقد تحويل الفاتورة، يتم بضمان حقوق العميل قبل مدينه، ويتمثل هذا الضمان في نقل ملكية هذه الحقوق إلى مؤسسة الشراء؛ فنقل ملكية الحقوق، لا يؤدي وظيفة الضمان بالمعنى التقليدي في قانون التأمينات، والقائم على أولوية التقدم والتتبع كما في التأمينات العينية، أو تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين المكفول كما في التأمينات الشخصية؛ بل يهدف إلى إلغاء وتقليل المخاطر التي تتعرض لها المؤسسة في استرداد الائتمان⁵⁸.

هذه التقنية القانونية تقلل من مخاطر المزاحمة، وتسمح لمؤسسة الشراء الرجوع على مدين عميلها رجوعاً أصيلاً، بمقتضى عقد الحوالة أو الحلول⁵⁹، وهو رجوع يجنبها المخاطر التي تهددها في ظل نظام التأمينات التقليدي.

إن حداثة ظهور هذا العقد، وتعقيده وخصوصيته، تجعل من الصعوبة بمكان الاتفاق حول تعريف موحد له، فعقد تحويل الفاتورة هو شكل جد حديث للتمويل من نوع الائتمان، وهو كذلك تقنية جد متطورة للتسيير التجاري⁶⁰.

المطلب الثاني: مفهوم اتفاقية أوتوا لعقد تحويل الفاتورة:

إن ثراء المنظومة القانونية التي تحكم عقد تحويل الفاتورة، جعل من الصعب الإمساك بزمام الأطر القانونية التي تحكمه، وجعل التعريفات والمفاهيم تتشعب و تتنوع، وقليلة تلك التي وفقت في إعطاء مفهوم دقيق وصحيح للعقد.

وإن اختلفت وتنوعت هذه المفاهيم، فإنها تصب عادة في وعاء واحد، وهو كما أسلفنا بالتوضيح الطابع التجاري الائتماني الدولي للعقد، ونظراً لطبيعته الدولية وتعدد التشريعات

- وراجع في فكرة الضمانات غير المسماة :

=Stoufflet (J) , « l'usage de la propriété a des fins de garantie » , les sûreté, Fiducie, Bruxelles .1984 , P 319 et S , Zuin (Michel) , les aspects nouveaux du droit des sûretés ayant pour objet les créances mobilières , thèse paris1, 1982 , P 3 , Vasseur , les garanties indirectes du banquier R.J.com.1982 , n° spécial , février 1982, P.116.

⁵⁸- هاني دويدار، المرجع السابق، ص 206.

⁵⁹- يقصد بذلك حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي و هي من الأساليب القانونية في انتقال الحق في أحكام القانون المدني و سنأتي على تفصيل ذلك لاحقاً في دراستنا للتكييف القانوني لعقد تحصيل و ضمان الحقوق التجارية.

⁶⁰-CH. Gavalda, le Factoring, (encycl. Dalloz, Droit Commercial), répertoire, droit commercial, 1987, n° 06.

الوطنية، كان لزاما إيجاد تشريع دولي موحد لمفهوم وماهية ونظام عقد تحويل الفاتورة؛ وهذا ما حققته اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء وتحصيل الحقوق التجارية، والمنعقدة بتاريخ 28 ماي 1988، بمدينة أوتاوا الكندية⁶¹.

فإذا عدنا إلى نص المادة الأولى في الفقرة الثانية من الاتفاقية⁶²، نجدها تعرف العقد على النحو التالي:

>> في مفهوم هذه الاتفاقية، نفهم من عقد تحويل الفاتورة، أنه اتفاق مبرم بين طرف (الممول) وطرف آخر (مؤسسة الشراء أو المحول إليه)، والذي بمقتضاه:

أ - يمكن أو يتعين على العميل تحويل لحساب المحول إليه، ديون ناشئة عن عقود بيع لبضائع مبرمة، بين العميل وزبائنه (المدينين)، مع استثناء الديون الناشئة عن المعاملات ذات الطابع الشخصي أو العائلي، أو تلك التي لا تتعلق بتجارته.

ب - يتعين على المحول إليه، أن يأخذ على عاتقه تحقيق اثنين من الالتزامات التالية، على الأقل:

- تمويل العميل عن طريق الاعتماد أو الدفع المسبق، لمجمل ديونه؛
 - الإمساك بحسابات العميل، وفواتيره؛
 - تحصيل الديون التجارية للعميل؛
 - حماية العميل من إفلاس المدينين، عن طريق تحمل تبعة هذا الإفلاس.
- ج - يتعين إخطار المدينين بانتقال الحق، من العميل إلى المحول إليه⁶³.

⁶¹- Daurinzeau (Jean-Michel), convention d'Ottawa du 28 Mai 1988 sur l'affacturage international, la revue Banque & Droit N° 19, 1991, P 184.

⁶² - النص الكامل و الأصلي لاتفاقية أوتاوا، مدرج ضمن الملاحق، في آخر البحث.

⁶³ - تعريف نص المادة الأولى، فقرة 02، من اتفاقية أوتاوا، في نصها الأصلي، لعقد تحويل الفاتورة:

- Au sens de la présente convention on entend par « contrat d'affacturage », un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage) ci-après dénommé (le cessionnaire) en vertu duquel :

A- Le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclues entre le fournisseur et ses clients (débiteurs) , à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel , familial ou domestique.

B- Le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des jonctions suivantes :

- le financier du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé ;
- la tenue des comptes des créances ;

باستقراء ومحاولة تحليل مضمون هذا التعريف، أو المفهوم الذي جاءت به الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من اتفاقية أوتاوا، نجده يحيلنا على مجموعة من المفاهيم، تشكل الإطار القانوني للعقد، والتي من دونها لا يمكن حصر جميع العناصر المكونة له والمبادئ التي تحكمه، والتي لا تخرج عن النطاق الآتي:

أولاً: الطبيعة العقدية الائتمانية للتصرف:

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

غير أنه ينبغي التمييز في هذه الحالة بين فرضين، الفرض الأول وهو الذي يفى فيه المحول إليه بقيمة ديون العميل لدى الغير، قبل حلول أجل استحقاق هذه الديون⁶⁴؛ ففي هذا النوع وهو المعمول به عادة، فإن المنتمي يطلب من المحول إليه، القيام بكامل وظيفته، ضمان يسار المدين، تسيير الحقوق، التمويل⁶⁵.

أما الفرض الثاني، فهو الذي يفى فيه المحول إليه بقيمة ديون العميل لدى الغير، أثناء أو بعد وقت قليل من حلول أجلها⁶⁶؛ فهو في هذه الحالة، لا يستحق فائدة وإنما مجرد عمولة هي عمولة الخصم⁶⁷، وهي بذلك تشبه عقد الخصم l'escompte، مع اختلاف بسيط يتمثل

-
- =la protection contre la défaillance des débiteurs.
 - C- La cession des créances doit être notifiée aux débiteurs.
 - Sous [http : www.conventiond'unidroit.org](http://www.conventiond'unidroit.org)

- و لمزيد من التفصيل ارجع للنص الكامل للاتفاقية بالملحق في آخر البحث.

⁶⁴ - Maturity factoring.

⁶⁵ - Louis Edmond Sussfeld. Op. cit. P .04.

⁶⁶ - Factoring traditional or old line factoring

⁶⁷-Dans la mesure où le factoring est opérateur de crédit , les factors doivent se soumettre au statut d'établissement financier , ils doivent veiller a ne pas conserver la disposition des fonds revenant a leurs adhérent sous peine de violer le monopole des banque quant a la réception des fonds du public sous forme de dépôt ou autrement (art.3 de la loi du 13 juin 1941, voir supra , n° 18 et ,S)... a moins de solliciter leur inscription comme banque !.

في ضمان عدم الوفاء في حالة إفلاس المدين، وهو الضمان الذي ينفرد به عقد تحويل الفاتورة عن غيره من العقود الكلاسيكية المشابهة.

بالرجوع إلى اتفاقية أوتاوا؛ نلاحظ كيف أهملت هذه الأخيرة هذا النوع الثاني وأكدت فقط على النوع الأول أي الدفع المسبق؛ كما أنها أشارت إلى العمولة التي يدفعها العميل لتغطية مخاطر عدم الوفاء، دون أن تشير إلى الفائدة المستحقة للمحول إليه، نظير الوفاء بدين لم يحل بعد أجل استحقاقه، وهي فائدة يحددها بطبيعة الحال البنك المركزي، وفي الأخير عمولة التسيير، والتي تتراوح في معدلها بين 1 و 2 % من قيمة الفاتورة⁶⁸. وما يهمنا، في كل هذا، هو وقوف اتفاقية أوتاوا الصريح، على الطابع العقدي الائتماني لهذا التصرف.

ثانياً: تحديد طبيعة التزامات أطراف العقد طبقاً لاتفاقية أوتاوا:

حددت المادة الأولى من اتفاقية أوتاوا، التي جاءت بمفهوم عقد تحويل الفاتورة، التزامات المحول إليه في مواجهة المنتمي أو الدائن الأصلي، بضمان تحقيق اثنين على الأقل من الالتزامات التالية:

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

إن أهم ملاحظتين يمكن أن نسوقهما في هذا المجال هي:

1/ تركيز الاتفاقية على التزامات المحول إليه أو مؤسسة تحويل الفاتورة، و إهمال الإشارة إلى التزامات أحد أطراف هذا العقد، وهو المحول أو الدائن الأصلي.

2/ الاستثناء الغريب و غير المفهوم الذي جاءت به الاتفاقية، بقصر التزام المحول إليه بضمان تحقيق اثنين على الأقل، من الالتزامات المذكورة أعلاه بنص المادة الأولى من الاتفاقية؛ وممكن الغرابة فيما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا، في سبب رئيسيين:

-R.Rodière J-L, Rives langue, droit bancaire, Dalloz 1975 ; P 363.

⁶⁸- Sous <http://A:/www.Finagios.FR>

السبب الأول: هو أن هذا المفهوم لم يأت به أي من الفقه والقانون المقارن، فقد يحصل الاختلاف حول بعض الالتزامات، لكن لم يسبق وأن نحى أي من الفقه والقانون المقارنين، سواء الفقه الأنجلوساكسوني الذي جاء بهذا العقد، أو الفقه اللاتيني الذي طوره وكيفه وتبناه، إلى جعل الخيار في يد المحول إليه، بالوفاء ببعض الالتزامات وترك الأخرى.

السبب الثاني: إن الأخذ بما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا، يجعلنا نتساءل حول صحة عقد تحويل الفاتورة، إذا تخلى المحول إليه عن بعض الالتزامات التي تشكل محور العقد وسبب وجوده. فماذا لو اختار المحول إليه طبقاً لاتفاقية أوتاوا، إذا كان تصرفه يخضع لأحكامها كما جاء توضيحه سابقاً، حصر مجال التزاماته في تمويل المنتمي عن طريق دفع ديونه وتحصيل هذه الأخيرة من المدينين بها، وترك التزامي تنظيم حسابات المنتمي، وحماية هذا الأخير من إفلاس المدينين، عن طريق ما يعرف بمبدأ عدم الرجوع؟

إن سؤالاً مهماً جداً يطرح هنا، هل يمكن تصور عقد تحويل الفاتورة دون مبدأ عدم الرجوع؟. إن نشأة هذا المبدأ، يعود إلى بداية نشأة العقد نفسه، ويمكن القول بأنه الالتزام الأساسي فيه، فلا يمكن تصور عقد تحويل الفاتورة، من دون أن نتصور التزام المحول إليه بضمان عدم الرجوع، في حالة عدم تمكنه من استيفاء الحق من المدين به.

وإن هذا المبدأ، هو الذي يميز العقد محل دراستنا عن بعض العقود الكلاسيكية المشابهة، كعقد الخصم l'escompte؛ وهو جوهر العملية ولا معنى للعقد في حالة غياب هذا الالتزام، الذي عرفه بعض الفقه على أنه الاتفاق على النهاية الحسنة للعملية⁶⁹.

ومن ثمة؛ نرى أن هذا الاستثناء الذي جاءت به، اتفاقية أوتاوا هو استثناء غريب عن مفهوم العقد، و لا يراعي المبادئ القانونية التي تحكم هذا الأخير، خاصة مبدأ عدم الرجوع؛ كما لا يمكن كذلك، تصور هذا العقد في حالة تخلف التزام شراء الديون من قبل المحول إليه، الذي يشكل بدوره جوهر العملية⁷⁰.

⁶⁹ - Bonne Fin de l'opération

⁷⁰ - « Le factor assume le risque de non paiement du a la défaillance du débiteur, il n'a un recours contre » l'adhérant que dans la mesure où la créance transmise était inexistante, nulle ou viciée »

- Rodière (R), Rives Lange (J-L), Droit Bancaire, Dalloz 1975, P.364.

يبقى كذلك؛ سبب إغفال الاتفاقية لذكر التزامات الدائن الأصلي غير مفهومة، وخاصة التزامه بضمان نقل ملكية الحقوق التجارية إلى المحول إليه، وغيرها من الالتزامات التي تشكل محل التزام الدائن الأصلي وسبب التزام المحول إليه. من خلال المفهوم الذي جاءت به اتفاقية أوتاوا، وغيرها من المفاهيم المذكورة أعلاه، يتبين لنا ما يلي:⁷¹

1- أن العمل الجوهري الذي يضطلع به الوسيط، هو شراء الحقوق التجارية من المنتمي بئمن معجل أو مؤجل، وأن هذه الحقوق متحصلة من بيع المنتجات إلى عملاء المنتمي؛

2- أن الحقوق محل العقد هي حقوق تجارية خالصة، ومن ثمة يخرج عن نطاقها باقي الحقوق المالية الأخرى؛

3- أن تتوفر صفة التاجر في المنتمي، وبالتالي لا يمكن حوالة الحقوق التجارية لغير التاجر؛ والحكمة من ذلك أن عقد تحويل الفاتورة يكون مستمرا بين الوسيط والمنتمي، ويستوي في ذلك أن يكون لمدة محددة أو غير محددة، لذا أطلق عليه حرفة شراء الحقوق التجارية؛

4- من خلال نص المادة الأولى من اتفاقية أوتاوا⁷²، يتبين لنا أن الالتزام بضمان عدم الرجوع هو التزام غير مطلق، أي يمكن لطرفي العقد الاتفاق على مخالفته؛ بحيث يمكن للوسيط أن يشترط في العقد حق الرجوع على المنتمي في حالة إعسار المدين، أو تنصله من الوفاء.

5- أن عمل الوسيط لا ينحصر في شراء الحقوق التجارية من المنتمي فقط، بل يمتد إلى التزامات أخرى؛ وحسب اتفاقية أوتاوا، فإنه يتعين على الوسيط أن يقوم باثنين منها على الأقل؛

6- بالرجوع إلى أحكام اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية، نلاحظ أنها أخذت صراحة بحوالة الحق كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة؛ وهي بهذا وافقت التشريع

⁷¹ - عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، لجنة التأليف و التعريب و النشر، الكويت، 2004، ص 19 و ما بعدها.

⁷² - ارجع للنص الأصلي للاتفاقية المدرج، في ملحقات البحث.

الأنجلوساكسوني، وخالفت التشريع اللاتيني وخاصة الفرنسي منه، الذي أخذ في البداية بالحلول الاتفاقي ثم جنح نحو الأخذ بحوالة دايلي، المستحدثة بقانون 2 جانفي 1981⁷³.
7- الأصل العام؛ أنه وحسب نص المادة 11 من اتفاقية أوتاوا تسري الأحكام المتقدمة، في حالة قيام الوسيط بحوالة حقه في استفاء الدين من المدين إلى وسيط ثاني، وكذا في حالة قيام المدين بحوالة دينه إلى مدين ثاني، بحيث نكون أمام عقد تحويل متعاقب أو حوالة متعاقبة⁷⁴.

المبحث الثاني: الأنواع المختلفة لعقد تحويل الفاتورة:

يختلف عقد تحويل الفاتورة بحسب الوظيفة التي يؤديها من جهة، وبحسب الزاوية التي ينظر منها إلى العقد من جهة ثانية، و بحسب خصائص أخرى.
فإذا نظرنا للعقد من خلال طبيعة الوفاء، وجدنا نوعين من عقود تحويل الفاتورة، المعجل الوفاء والمؤجل الوفاء؛ وإذا عدنا لالتزام الضمان، طبقا لمبدأ عدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم تحصيل الحق، كنا أمام نوعين من العقود، أحدهما يعتمد تطبيق هذا المبدأ والآخر يستبعده؛ وأخيرا إذا ميزنا بين أنواع العقد من خلال مجال تطبيقه، كنا أمام أربعة أنواع، وهي عقد تحويل الفاتورة الوطني، وعقد تحويل الفاتورة الدولي، عقد تحويل الفاتورة للتصدير، وعقد تحويل الفاتورة للتوريد.

وعليه سنتناول دراسة أنواع عقد تحويل الفاتورة بحسب هذه الآليات، وفقا للتقسيم التالي:

⁷³- Bouraoui Darghout (Fatma), Le Factoring en Droit Interne, et International, thèse de Doctorat en Droit Prive, Université de Tunis, 2004, p 179.

61-Article 11 "1- Lorsqu'une créance est cédée par un fournisseur à un cessionnaire en vertu d'un contrat d'affacturage régi par la présente Convention;

a) sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présente paragraphe, les règles énoncées dans les articles 5 et 10 s'appliquent a toute cession successive de la créance par le cessionnaire ou par un cessionnaire successif ;

b) les dispositions des articles 8 et 10 s'applique comme si le cessionnaire successif était l'entreprise d'affacturage.

2- aux fins de la présente convention, la notification au débiteur de la cession successive constitue également notification de la cession à l'entreprise d'affacturage.

المطلب الأول: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث طبيعة الوفاء.

المطلب الثاني: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث الضمان.

المطلب الثالث: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث مجال التطبيق.

المطلب الأول: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث طبيعة الوفاء:

هنا يمكننا التمييز بين نوعين من عقود تحويل الفاتورة، النوع الأول يقوم على تعجيل الوفاء (الفرع الأول)، والنوع الثاني يقوم على تأجيل الوفاء (الفرع الثاني).

أولاً: عقد تحويل الفاتورة المعجل الوفاء:

هذا النوع من عقود تحويل الفاتورة، هو الإطار الكلاسيكي و الأكثر عملا به في مجال تحويل الحقوق التجارية. ويفترض هذا النوع من العقود، فتح اعتماد مالي متحرك Revolving Crédit⁷⁵ من قبل الوسيط للمنتمي، بحيث تختلف قيمة هذا الاعتماد بحسب اتفاق أطراف العقد؛ يمكن من خلاله للمنتمي أن يحول حقوقه في حدود الاعتماد الممنوح له، ويقوم الوسيط بأداء ثمن هذه الحقوق للمنتمي⁷⁶، بمجرد حصول عملية التحويل، أي قبل حلول تاريخ استحقاق هذه الديون.

وكل حق يحوله المنتمي للوسيط و يفى هذا الأخير به، يرصد في الجانب السلبي من الاعتماد، و بمجرد قيام المدين بوفاء قيمة الحق في موعد الاستحقاق، يرصد هذا الوفاء في الجانب الايجابي من الاعتماد⁷⁷؛ و لهذا سمي هذا الاعتماد الممنوح من الوسيط للمنتمي بالاعتماد المتحرك، فهو يتحرك صعودا و نزولا بحسب تحويلات المنتمي ووفاءات المدينين له. في هذا النوع من العقود، الشائع استعماله في فرنسا على وجه الخصوص⁷⁸، يلتزم الوسيط بضمان الحقوق المحولة إليه، بحيث لا يمكنه الرجوع على المنتمي إلا في حالة غش

⁷⁵ - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 23.

⁷⁶ - يحدد الثمن عادة بزهاء 80 % أو 90 % من قيمة الحقوق المباعة.

⁷⁷- Legeais (Dominique), AFFACTURAGE, Juris-Classeur 2004. Vol.3 « Le règlement de l'affactureur à son adhérent peut avoir lieu à l'échéance de la créance ou de façon anticipée. Dans ce dernier cas, le service rendu par l'affactureur est une véritable opération de crédit fondé sur la mobilisation des créances ».

⁷⁸ - محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة، الديوان الوطني للأشغال العمومية، ط1 2003، ص.20.

أو خطأ جسيم؛ كما أن هذا الأخير، يلتزم بتحويل جميع فواتيره للوسيط - طبعاً في حدود الاعتماد الممنوح له-، و هو ما يعرف بمبدأ القصر أو الجماعية⁷⁹؛ و يلتزم بإخطار المدين بحوالة الحق للوسيط، الذي يتقاضى فائدة التعجيل من المنتمي، التي تكون عادة في شكل خصم من قيمة الحقوق المحولة، بالإضافة إلى عمولة الضمان.

ثانياً: عقد تحويل الفاتورة لأجل:

في هذا النوع من العقود، لا يقوم الوسيط بفتح خط اعتماد للمنتمي، و بالتالي لا يقوم بأي وفاء معجل لحقوق المنتمي، و إنما يكون الوفاء بعد حلول أجل استحقاق هذه الحقوق. و من ثمة، فإنه لا يتقاضى أي فائدة و إنما يستحق فقط عمولة الضمان و التسيير، باعتبار أن أحد وظائف العقد الكلاسيكي تزول و هي وظيفة التمويل، بينما تبقى قائمة وظائف الضمان و التسيير و غيرها.

وعليه؛ فإن الوسيط لا يقوم بأي تسبيق في دفع قيمة الحقوق المحولة للمنتمي، و أن هذا الأخير يستفيد من حق الائتمان عند حلول أجل استحقاق الدين فقط، و ليس قبل ذلك⁸⁰؛ كما أنه لا مجال للتحدث عن مبدأ الجماعية أو القصر في هذا النوع من العقود، لأن هذا المبدأ مرتبط بتعجيل الوفاء بفتح خط الاعتماد، و بالتالي فإن كل فاتورة تكون محل اتفاق مستقل.

المطلب الثاني: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث الضمان:

الالتزام بضمان عدم الرجوع، هو التزام يضمن بمقتضاه الوسيط للمنتمي إعسار المدين نضير عمولة، لقاء ما يتحمله من مخاطر، أو كما عرفه البعض الآخر، بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه الوسيط في مواجهة المنتمي بالنهاية الحسنة للعملية⁸¹؛ غير أنه يمكن للطرفين بموجب عقد تحويل الفاتورة المبرم بينهما، الاتفاق على إعفاء الوسيط من ضمان عدم الرجوع،

⁷⁹ - هذا المبدأ هو روح العقد، و يلتزم المنتمي بمقتضاه بأن يقدم للمؤسسة جميع فواتيره على مدينه، و من ثمة لا يستوي أن يقوم شخص مدني بعملية تجارية واحدة، ثم يحول الحقوق الناجمة عن هذه العملية، لمؤسسة تحويل الفاتورة.

- Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Juris-Classeur, 2002, fas.361, n.33, p. 8.

⁸⁰ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 20.

وعليه نكون أمام نوعين من العقود، عقد ضمان عدم الرجوع (الفرع الأول)، وعقد الرجوع على المنتمي محول الحقوق التجارية (الفرع الثاني).

أولاً: عقد ضمان عدم الرجوع:

تعود نشأة هذا الالتزام إلى بداية نشأة العقد، ويمكن القول بأنه الالتزام الأساسي فيه، فلا يمكن تصور عقد تحويل الفاتورة، من دون تصور التزام الوسيط بضمان عدم الرجوع؛ ولعل هذا هو السبب في إطلاق تسمية مشترى الحقوق الضامنون "Delcreder-factor"⁸²، على الوكلاء القائمين بوظيفة شراء الحقوق في بداية ظهور أصل العقد، ومصطلح "Ducreire" مشتق من كلمة "delcreder"⁸³، ومعناها منح الثقة.

فيمكن تعريف الالتزام بضمان عدم الرجوع، على أنه التزام يضمن بمقتضاه الوسيط للمنتمي إيسار المشتري، نظير عمولة لقاء ما يتحمله من مخاطر؛ وبالتالي لا يجوز له الرجوع على المنتمي، في حالة عدم وفاء المدين بالحقوق الثابتة في الفاتورة.

أهم ميزة ينبغي التوقف عندها، فيما يخص مميزات الالتزام بالضمان في عقد تحويل الفاتورة، هي ميزة ضمان عدم الرجوع؛ وهو ضمان يقوم به شخص ليس أجنبي عن العلاقة، على عكس ما هو معروف في عقود الائتمان، التي تقوم عادة بين شخصين أصليين في عملية الائتمان؛ وهما مانح الائتمان والمستفيد من الائتمان، وشخص ثالث أجنبي هو الضامن، سواء كان شخصياً أو عينياً، أي يضمن التزام المستفيد برد قيمة الائتمان⁸⁴.

ومن ثمة؛ فإنه لا مجال لرجوع الوسيط على المنتمي في حالة عدم استقاء قيمة الحقوق المحولة له من هذا الأخير، سواء كان هذا الامتاع مرده إفلاس أو إيسار المدين، أو قوة قاهرة جعلت التنفيذ مستحيلاً. غير أنه؛ يمكن للوسيط التخلص من هذا الضمان، إذا أثبت أن امتناع المدين عن الوفاء يرجع إلى سلوك المنتمي⁸⁵، كأن يكون هذا الأخير أخل بالتزاماته ناحية المدين، أو غش الوسيط بخلقه لفواتير وهمية، أو قام باستيفاء الحق من المدين، بعد أن حوله للوسيط.

⁸² - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 99.

⁸³ - Nouveau dictionnaire de droit de science économique, 1974.

⁸⁴ - Merlaud (Jean-François), le Ducreire, thèse, Bordeaux, p 16.

⁸⁵ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 110.

ثانياً: عقد الرجوع على المنتمي محول الحقوق التجارية:

في هذا النمط من عقود تحويل الفاتورة، يحتفظ الوسيط بحق الرجوع على المنتمي، في حال تعذر استيفاء قيمة الحقوق المحولة إليه من المدينين⁸⁶. والالتزام بالضمان كما سيأتي تفصيله لاحقاً، هو أساس العملية الائتمانية القائمة بين الوسيط و المنتمي⁸⁷؛ إذ يقوم الوسيط بعملية ائتمان أو اعتماد لفائدة المنتمي، لتغطية مخاطر عدم الوفاء، وهذا ما يميز العقد محل دراستنا، عن باقي العقود الأخرى المشابهة، كعقود الخصم والإقراض⁸⁸.

وهذا هو السبب في تسمية العقد، بعقد تحويل الفاتورة أو عقد شراء الحقوق التجارية؛ فالوسيط تنتقل إليه ملكية الحقوق المحولة من المنتمي، كضمان للاعتماد الممنوح له، وهو الضمان الذي يمنع الوسيط من الرجوع على المنتمي، في حالة تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته المالية⁸⁹.

من ثمة؛ فإن عدم منح ضمان عدم الرجوع على المنتمي، يجعل الإشكال قائماً حول طبيعة أو تكييف عملية انتقال الحق للوسيط، لأننا لن نكون هنا أمام انتقال ناقل للملكية، باعتبار أن الوسيط لا يضمن الحق. وهو الأمر الذي جعل بعض الفقه⁹⁰، يرى أن الانتقال هنا يأخذ شكل أو تكييف مشابه لخصم الأوراق التجارية؛ أي أن الوسيط لا يشتري في هذا النوع من عقود تحويل الفاتورة، الدين الثابت في فاتورة المنتمي، وإنما يقوم بعملية خصم لهذه الفاتورة، مقابل عمولة يتقاضاها من المنتمي⁹¹، مع بقاء الدين الثابت في الفاتورة ملكاً للمنتمي. وأن هذه العملية، تخول للوسيط الرجوع على المظهر السابق أو المسحوب عليه-وهو المنتمي- بقيمة الفاتورة، في حالة عدم وفاء المدين بها.

⁸⁶ - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 24.

⁸⁷ - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 330.

⁸⁸ -Le plus souvent, l'affactureur supporte le risque de non-paiement à l'échéance par le débiteur cédé, c'est ce qui le distingue de l'escompte. Toutefois, ce service n'est pas obligatoire, ce n'est pas de l'essence du contrat d'affacturation. Cass.Com. 10 oct. 2000:JCP E 2001, I, 1044, Boskovic," Les hauts magistrats condamnent clairement l'idée selon laquelle la garantie de bonne fin est de l'essence même du contrat d'affacturation. "

⁸⁹ - Merlaud (Jean-François), Op. Cit. p.229.

⁹⁰ - Gautier Bourdeaux : Autres Moyens De Paiement et De Recouvrement-Affacturation International, Edition du Juris-Classeur, 1998, F.530-10, p.4, n.6-23.

⁹¹ - تدعى عمولة الخصم.

أما جانب آخر من الفقه⁹²، فيرى في تكييف هذه العملية أننا أمام عملية إقراض مستتر، أي إقراض في المضمون و عقد تحويل فاتورة في الظاهر. ذلك أن مؤسسات تحويل الفاتورة في مثل هذا الفرض، ولتفادي الإجراءات والشكليات التي تستلزمها عملية الإقراض، أو لأن القانون الذي يحكمها يمنعها من القيام بعمليات الإقراض، ولتفادي مخاطر عدم الوفاء تلجأ لهذه العملية، بضمان الحقوق التجارية الثابتة في الفاتورة. أي أن المنتمي لا ينقل ملكية هذه الحقوق للوسيط، وإنما يقدمها له كضمان للدين أو القرض الذي منحه له، وبطبيعة الحال فمؤسسة تحويل الفاتورة لا تتقاضى سوى عمولة الخصم فقط، دون عمولة الضمان⁹³.

المطلب الثالث: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث مجال التطبيق:

يختلف عقد تحويل الفاتورة وفق هذا المعيار، بحسب القانون المطبق على كل طرف من الاتفاق الإطار، و ليس من العقد⁹⁴. والفرق بينهما، أننا بحسب العقد نكون أمام طرفين فقط وهما المنتمي و الوسيط، أما بحسب الاتفاق الإطار فإن طرف ثالث يدخل العملية، وهو المدين.⁹⁵

و بحسب معيار مجال التطبيق، نكون أمام أربعة أنواع من العقود و هي:

أولاً: عقد تحويل الفاتورة الوطني.

ثانياً: عقد تحويل الفاتورة الدولي.

ثالثاً: عقد تحويل الفاتورة للتصدير.

رابعاً: عقد تحويل الفاتورة للتوريد.

⁹² - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 85.

80- Peter M Biscoe, «Law and Practice of Credit factoring», p.6-7

⁹⁴ - يشمل الاتفاق الإطار لعقد تحويل الفاتورة، ثلاثة أطراف و هم، الوسيط و المنتمي و المدين، بالرغم من أن هذا الأخير ليس طرفاً في عقد تحويل الفاتورة، إلا أن نتائجه تسحب عليه و فق ما يعرف بالطبيعة الثنائية لنشأة عقد تحويل الفاتورة، و الطبيعة الثلاثية لتنفيذه، فالمدين طرفاً في تنفيذ العقد، رغم أنه ليس طرفاً في نشأته.

⁹⁵ - Mactor Sakho : Le Crédit Par Cession de Créance, Thèse, Orléans, 1990, p.24.

أولاً: عقد تحويل الفاتورة الوطني:

(AFFACTURAGE-NATIONAL)

في هذا النوع من العقود، وهو الأكثر تبسيطا والأكثر شيوعاً⁹⁶، يكون جميع أطراف الاتفاق الإطار من بلد واحد، أي يكون كل من الوسيط والمنتمي والمدين من نفس البلد؛ وهو لا يطرح أي إشكال بالنسبة لتنازع القوانين أو فرق العملة أو القانون المنظم للصرف⁹⁷. وعقد تحويل الفاتورة الوطني يفترض وجود علاقة ثلاثية الأطراف، هذه العلاقة تجمع بين البائع أو المنتمي، الذي يعتبر الدائن بالحقوق الثابتة في الفواتير أو مشتري الضمان، والمشتري الذي يكون في وضع المدين بالنسبة للمنتمي، وأخيراً الوسيط أو مؤسسة تحويل الفاتورة، الذي يتلقى من المنتمي الحقوق أو الديون الثابتة في الفاتورة⁹⁸.

ثانياً: عقد تحويل الفاتورة الدولي:

(AFFACTURAGE-INTERNATIONAL)

كما سيأتي توضيحه لاحقاً، عند التطرق للطبيعة التجارية الدولية للعقد محل دراستنا، فإن عقد تحويل الفاتورة هو في أساسه عقداً دولياً، يقوم بدور كبير في مجال التجارة الدولية⁹⁹؛ فالعنصر الأجنبي، من العناصر الرئيسية التي شكلت مضمون العقد في بداية نشأته، قبل أن

⁹⁶ - يمثل 80 إلى 90 % من عقود تحويل الفاتورة المتداولة.

⁹⁷ - Sussfeld (Louis EDMOND): Op. cit. p. 38.

⁹⁸ - Un contrat d'affacturage national, suppose une relation triangulaire... Celle-ci met en relation les trois parties suivantes :

- Le vendeur, ou client, qui est en position de créancier et qui est l'acheteur de la garantie;
- L'acheteur qui est en position de débiteur vis-à-vis du vendeur;
- La société d'affacturage (ou Factor), qui acquiert du vendeur la créance que celui-ci a sur l'acheteur.

- sous <http://www.mlfinance.fr/affacturage>.

⁹⁹ - L'affacturage international peut être défini comme le financement de factures sur l'étranger, lié à la vente de missions de courte durée (généralement 120 jours ou moins).

Les transactions sont un peu plus complexes que l'affacturage domestique traditionnel car elles sont confrontées à la mondialisation des échanges avec des variations locales dans la loi, la nature complexe de la réglementation douanière ou des problèmes découlant de la barrière de la langue.

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

يتطور على المستوى المحلي. ومن ثمة؛ فإن عقد تحويل الفاتورة الدولي يفترض أن يكون أحد أطراف العقد، في إقليم دولة تختلف عن الدولة التي يوجد بها الطرف الآخر. وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية أوتاوا، "يكون عقد تحويل الفاتورة دولياً، إذا كانت الحقوق منبثقة عن عقد بيع المنتجات بين طرفين يتخذان محلاً لإقامتهما دولتين متعاقدتين مختلفتين، وكان محل عمل الوسيط مشتري الحقوق دولة متعاقدة، أو كان ينطبق على كل من عقد بيع المنتجات وقت شراء الحقوق التجارية قانون دولة متعاقدة" ¹⁰⁰. وعليه؛ نكون أمام عقد تحويل فاتورة دولي، إذا كانت الأطراف المتعاقدة تتخذ مقر أعمالها دولتان متعاقدتان على الأقل، أي يكون الوسيط و المنتمي من دولة، والمدين من دولة أخرى، أو الوسيط والمدين من دولة، والمنتمي من دولة أخرى - وهذه هي الحالة الأكثر شيوعاً -، أو أن يكون المنتمي و المدين من دولة والوسيط من دولة أخرى -، وهذه هي الحالة الأقل مصادفة -، وأخيراً أن يكون كل طرف من دولة مختلفة.

ثالثاً: عقد تحويل الفاتورة للتصدير:

(AFFACTURAGE - EXPORT)

يمثل هذا العقد، الأساس التاريخي لظهور عقد تحويل الفاتورة، حيث أن هذا العقد أول ما ظهر كان لتمويل الصادرات البريطانية، في الولايات المتحدة الأمريكية¹⁰¹؛ ويفترض هذا النوع من عقود تحويل الفاتورة وجود ثلاثة أطراف، هم الممون والمصدر وشركة تحويل الفاتورة. حيث أن المصدر، الراغب في تصدير بضاعة لزبون في الخارج، يتقدم بطلب بذلك للممون، الذي يلعب دور الوسيط بينه وبين المستورد¹⁰²؛ وعوض أن يعود على المصدر بقيمة

87- Article 2 de la Convention d'Ottawa " 1- La présente Convention s'applique lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente marchandise entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des états différents et que ;

a) ces états ainsi que l'état ou le cessionnaire a son établissement sont des états contractants; ou

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

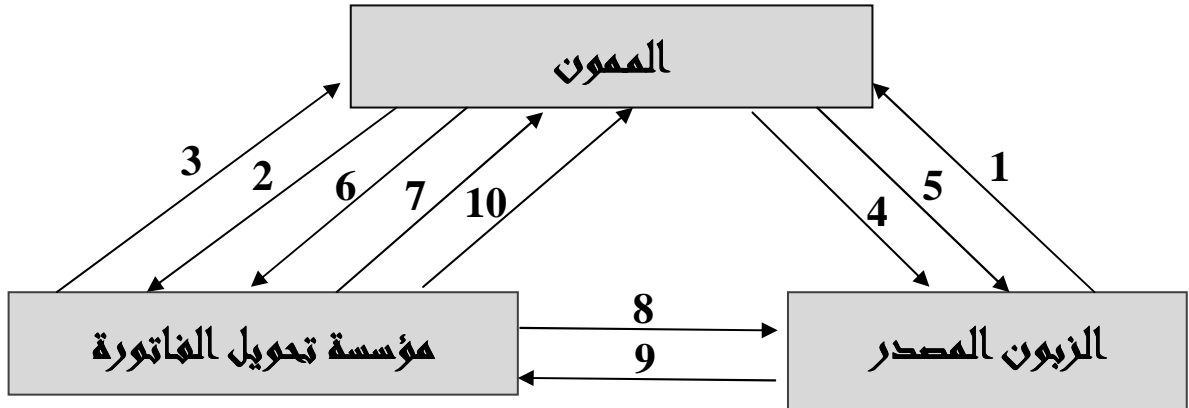
¹⁰¹- Pierre Jude, Technique et Pratique Du FACTORING, Centre De Librairie Et D'éditions Techniques, Paris1984, p 07.

¹⁰²- أحمد عبد الرحمان الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 28.

الخدمات التي قام بها لحسابه، فإنه يحزر فاتورة بقيمة هذه الخدمات ويحولها لشركة تحويل الفاتورة التي تقوم بتمويلها، ثم تعود بعد ذلك على المصدر بقيمتها، حسب المراحل الإجرائية التالية¹⁰³:

- 1/ يقدم الزبون المصدر، طلبه خدمات وساطة للممون، بينه وبين الزبون المستورد؛
- 2/ يتقدم الممون لشركة تحويل الفاتورة بطلب ضمان هذا الزبون المصدر؛
- 3/ بعد دراسة طلب التمويل المقدم من الممون، وفي حالة الموافقة عليه من شركة تحويل الفاتورة، تقوم هذه الأخيرة بإخطار الممون بذلك؛
- 4/ بعد حصول الممون على موافقة الوسيط، يقوم بدوره بإخطار المصدر بموافقته على طلبية خدمات الوساطة بينه وبين الزبون المصدر؛
- 5/ يقوم الممون بتصدير هذه البضاعة وإعداد فاتورة بقيمة خدماته؛
- 6/ يقوم الممون بتحويل هذه الفاتورة للوسيط أو مؤسسة الفاكترنج؛
- 7/ تقوم الشركة محولة الفواتير، بتمويل 90% من قيمة الفاتورة خلال مدة لا تتجاوز حسب العرف 48 ساعة من تحويل الفاتورة؛
- 8/ يتم إخطار الزبون المصدر، بحالة الحق الثابت في الفاتورة للوسيط أو شركة الفاكترنج،
- 9/ عند حلول أجل استحقاق الفاتورة، يقوم الزبون المصدر بإيفائها لشركة الفاكترنج؛
- 10/ بعد وفاء الزبون المصدر بقيمة الفاتورة لشركة الفاكترنج، تنتازل هذه الأخيرة للممون عن ال 10 % المتبقية من قيمة الفاتورة والتي لم يتم تمويلها.

مخطط عقد تحويل الفاتورة للتصدير



¹⁰³ - sous <http://www.e-affacturation.fr/affacturation/affacturation-export>.

(AFFACTURAGE - IMPORT)

في مثل هذه العقود، عادة ما يدخل طرف رابع في العملية وهو الممون¹⁰⁴، الذي يكون وسيطاً بين المورد و المستورد، يتعهد بمقتضاه الأول بأن يسلم كل عملياته في بلد معين لهذا الممون؛ ويكون كل من الممون و المستورد من نفس بلد الشركة محولة الفواتير، بينما البائع والمصدر من بلد آخر.

وتقوم هذه الآلية، على أساس المراحل الإجرائية التالية¹⁰⁵:

- 1/ يقدم الزبون طلبيه الحصول على بضاعة معينة من المورد؛
- 2/ يتقدم المورد بطلب وساطة من الممون - Le Fournisseur -، لتوريد هذه البضاعة؛
- 3/ يتقدم الممون بتقديم طلب ضمان على الزبون أمام شركة الفاكورنغ؛
- 4/ تخطر شركة الفاكورنغ الممون - Le Fournisseur -، بخطاب الضمان؛
- 5/ يقوم الممون بتوريد البضاعة للمورد؛
- 6/ يمكن المورد بدوره الزبون من البضاعة محل التوريد؛
- 7/ يحول الممون الفاتورة محل الضمان المتعلقة بعملية التوريد للوسيط، أو شركة تحويل الفاتورة؛
- 8/ يمول الوسيط 90% من قيمة الفاتورة، خلال مدة لا تتجاوز حسب العرف 48 ساعة من تحويل الفاتورة؛
- 9/ يستخلص الوسيط قيمة الفاتورة، عند حلول أجلها من الزبون؛
- 10/ بعد وفاء الزبون بقيمة الفاتورة، تتنازل شركة الفاكورنغ للممون عن ال 10 % المتبقية من قيمة الفاتورة، والتي لم يتم تمويلها¹⁰⁶.

¹⁰⁴ - Le Fournisseur.

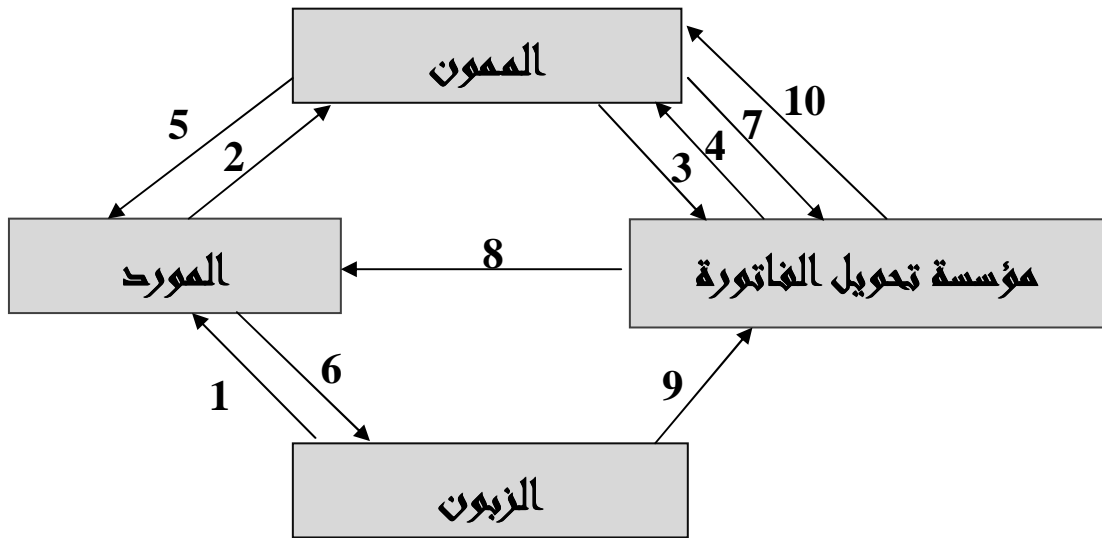
¹⁰⁵ - sous <http://www.e-affacturation.fr/affacturation/affacturation-import>.

¹⁰⁶ - L'affactureur retient habituellement 10% du montant de la créance, en cas de règlement anticipé (financement), pour se prémunir contre l'éventuelle insolvabilité du débiteur cédé. Ces retenues constituent un fonds de garantie. C'est un gage en espèces, qui échappe à l'interdiction du pacte comissoire (art. 2078 c.civ.Fr). Il restituera á la fin du contrat d'affacturation le solde de ce fonds de garantie, après avoir déduit les pertes dues aux créances non recouvrée.

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

وقد يتخذ هذا العقد، صورة الوفاء أو الضمان لدائن المنتمي، في حالة قيام هذا الأخير بشراء المنتجات من تاجر في دولة مختلفة، بغية إعادة بيعها إلى المدين في ذات دولة التاجر؛ فيقوم الممول مشتري الحقوق التجارية، بالوفاء للتاجر دائن المنتمي بقيمة هذه الحقوق، أو يقدمها لمؤسسة فاكورنغ لاستصدار خطاب ضمان له¹⁰⁷.

مخطط عقد تحويل الفاتورة للتوريد



المبحث الثالث: خصائص عقد تحويل الفاتورة:

لقد سبق وأن أشرنا، عند محاولتنا تحديد مفهوم عقد تحويل الفاتورة، إلى أن هذا العقد هو عقد ائتماني في أساسه، مركب في تكوينه، متميز في عناصره، ذو طبيعة تجارية دولية في أصله؛ فماذا نقصد يا ترى بهذه الخصائص التي تميز عقد تحويل الفاتورة وتجعل منه عقدا منفردا ومتميزا عن باقي العقود، ذلك ما سنحاول ونجتهد في بيانه من خلال التقسيم التالي:

- 1/:المطلب الأول: عقد تحويل الفاتورة هو عقد ائتماني.
- 2/: المطلب الثاني: عقد تحويل الفاتورة هو عقد مركب.
- 3/: المطلب الثالث: عقد تحويل الفاتورة هو عقد متميز في أطرافه.
- 4/: المطلب الرابع: عقد تحويل الفاتورة هو عقد تجاري ذو طبيعة دولية في أساسه.

¹⁰⁷ - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 29.

المطلب الأول: عقد تحويل الفاتورة هو عقد ائتماني.

رأينا عند دراستنا للتطور التاريخي لعقد تحويل الفاتورة¹⁰⁸، أنه و حتى القرن السابع عشر، كان الوكلاء يقومون ببيع البضائع و تحصيل ثمنها لحساب المصدرين مقابل عمولة؛ وأن عقد تحويل الفاتورة، لم يؤخذ شكله الحالي المميز والمتفرد إلا بعد إدخال عنصر الائتمان، الشيء الغائب في عقد الوكالة الكلاسيكية. فأصبح الوكيل أو الوسيط، ممولا للمنتمي بالوفاء بقيمة الفاتورة قبل أجل الاستحقاق، وضامن لقيام المشتري بالوفاء، حتى قبل إتمام صفقات الشراء.

يرتكز عقد تحويل الفاتورة مثل أي عقد ائتماني آخر، على ركيزتين رئيسيتين هما المنح والاسترداد؛ ويتم منح الائتمان، باتفاق بين الدائن الأصلي ومؤسسة تحويل الفاتورة، حيث تقوم هذه الأخيرة بتعجيل قيمة حقوق الدائن الأصلي على مدينه، مقابل نقل ملكية هذه الحقوق لها، مع التزامها بضمان عدم الرجوع عليه في حالة تخلف المدينين على الوفاء¹⁰⁹.

يقوم إذن عنصر المنح على ركيزتين أساسيتين، وهما كما جاء ذكره أعلاه في: 1- التعجيل بقيمة حقوق الدائن الأصلي على مدينه، و 2- في الالتزام بعدم الرجوع على الدائن الأصلي في حالة عدم وفاء المدين.

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

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

108 - أرجع لمقدمة بحثنا، ص أ.ب.ج.

109 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 8.

أهم جوانب الخطورة التي يمكن أن تصادف الوسيط، هي الدفع التي يمكن للمشتري أو مدين المنتمي، أن يدفع بها في مواجهة مؤسسة تحويل الفاتورة¹¹⁰، والتي تتعلق أساسا بالحق المنقول، بالإضافة إلى إمكانية تعرض المدين إلى حالة توقف عن الدفع أو حالة إفلاس. هذه الحالة تجعل مؤسسة تحويل الفاتورة في مواجهة مزاحمة باقي الدائنين الآخرين؛ وتتفاحم جسامة وخطورة هذه المزاحمة بالخصوص، في حالة إذا وجد الوسيط نفسه في مواجهة دائنين ممتازين أو دائنين غير عاديين.

لهذا فإن مؤسسة تحويل الفاتورة، تلجأ عادة لحماية نفسها من خطر عدم الوفاء، إلى عقد تأمين-الائتمان (Assurances-Crédits)¹¹¹. وظهرت هذه التقنية لأول مرة سنة 1830 بإنجلترا، ثم تطورت تدريجيا في العالم، وهي مازالت تأمينا محدودا يقوم به عدد ضئيل من الشركات المختصة بذلك¹¹².

وحسب التعريف الذي جاء به " جون باستان" - J.Bostin - لعقد تأمين الائتمان، فهو >> نظام تأمين يسمح بتغطية الديون من خطر عدم الوفاء، ناتج عن أشخاص معروفين مسبقا وهم في حالة إعسار عن الدفع، وذلك مقابل عمولة <<¹¹³.

لا تعتمد مؤسسة تحويل الفاتورة على عقود التأمين الكلاسيكية، كالتأمينات الشخصية والعينية المعروفة في أحكام القانون المدني، لضمان الائتمان الذي منحه للدائن الأصلي؛ وإنما تتكفل بنفسها بهذه العملية، وهذا بالضمان الأساسي الذي يشكل جوهر عملية تحويل الفاتورة، الذي يتمثل في انتقال ملكية الحقوق التجارية لها.

ويشكل إنتقال ملكية الحقوق التجارية للوسيط، ضمانا أساسيا تفوق قوته أي امتياز أو رهن قد يقع على الحق؛ فبدل أن ينفذ الوسيط على الحق الذي منح الائتمان بسببه للدائن

¹¹⁰ - Raynaud (Pierre), Les Contrats Ayant Objet une Obligation, Cours, D.E.A., Paris II, 1978,1989, Les Cours de Droit, p 90.

¹¹¹ - Piere jude, Technique et Pratique du Factoring, op.cit, p.48.

¹¹² - محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003 ص 25.

¹¹³ - « C'est un système d'assurance qui conte rémunération permet à des créances d'être couverte contre le non payement dès lors qu'elles sont dues par des personnes préalablement identifiées et en état de défaillance de paiement ».

-J.Bostin, la défaillance de paiement et sa protection, l'assurance crédit, L.G.D.J éd, 1993 P68).

الأصلي، فهو يحوز فعلا هذا الحق، وبإمكانه متابعة المدينين به، وفق علاقة الدائن بالمدين و ليس مدين المدين.

المطلب الثاني: عقد تحويل الفاتورة هو عقد مركب.

بالعودة إلى تكوين هذا العقد، نستخلص أنه مزيج دقيق و متكامل من العقود الكلاسيكية، التي اندمجت في بعضها البعض مشكلة لنا هذا العقد المنفرد، الذي هو في الأساس مركب هذه العقود التقليدية. فيعتبر عقد تحويل الفاتورة، من العقود المركبة التي تتضمن بعض القواعد القانونية التقليدية، مثل قواعد: البيع والوكالة و لقرض والأوراق التجارية والكفالة، وغيرها...¹¹⁴. قبل ظهور عقد تحويل الفاتورة، سادت مشكلة تحصيل الحقوق التجارية من التجار المدينين بها، الذين كانوا يتخلفون عن الوفاء في أجل الاستحقاق؛ وحتى في حالة وفائهم بالديون في آجالها، فإن هذا الوفاء لا يمنع من بقاء جزء كبير من السيولة النقدية للدائنين عالقة، إلى غاية حلول أجل الوفاء. بالإضافة إلى ذلك، فإن عملية تحصيل الديون تستلزم إمكانات مادية وبشرية، تفتقر إليها غالبية المؤسسات الاقتصادية الصغيرة و المتوسطة. لتجاوز كل هذه المشاكل، كان البائع يلجأ عادة إلى القوالب العقدية التقليدية، وأهمها:

أولاً: عقد الوكالة:

حتى يتمكن البائع من تفادي الأعباء المتعلقة، بالإمكانات الإدارية والمالية للقيام بنشاط التحصيل، يمكنه اللجوء إلى إبرام عقود وكالة مع المؤسسات والبنوك، التي تتكفل بتحصيل قيمة الحقوق نيابة عنه. إلا أن هذا العقد، وإن كان يعفي البائع من عبء التحصيل، إلا أنه لا يساهم إلا بالقدر اليسير في حل مشكلة تحصيل الحقوق التجارية؛ ذلك أنه لا يحمل أي ضمان للبائع في حالة إعسار المدين أو إفلاسه، كما لا يتضمن أي تعجيل بقيمة الفاتورة¹¹⁵. كما أن الوسيط في عقد تحويل الفاتورة، وعلى عكس الوكيل في عقد الوكالة، يأخذ على عاتقه القيام بجميع الإجراءات اللازمة لاستيفاء الديون محل العقد، مع التزامه بعدم الرجوع

114 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 156.

115 - نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص 162.

على المنتمي أو الدائن الأصلي، في حالة تخلف المدين عن الوفاء بالدين لأي سبب من الأسباب¹¹⁶.

ثانياً: عقد القرض:

يستطيع البائع، أن يلجأ إلى البنوك أو المؤسسات المالية لاقتراض الأموال اللازمة لمشروعه الاقتصادي؛ ويعتبر عقد القرض المصرفي من أكثر أنواع القروض تداولاً، وهو من أقدم وأبسط صور الاعتماد المصرفي. وقد يكون هذا القرض مضموناً بتأمينات عينية أو شخصية، كما قد يكون غير مضمون بأي تأمينات، يمنحه المصرف للعميل حسب مراعاة أمانته ويساره¹¹⁷.

لكن هذا الاقتراض لا يحل جميع أبعاد المشكلة، التي قلنا أنها تتمثل في التحويل والتمويل والتحصيل والضمان والتنظيم؛ فعقد القرض، يمكن أن يحل مشكلة تحصيل الحقوق التجارية في أحد أبعادها وهو التمويل، لكن تبقى باقي الأبعاد أعباء في مواجهة البائع، فيبقى على الدائن تحصيل الحقوق بنفسه، وما يتبع ذلك من أعباء مالية وتقنية وبشرية، وحتى قانونية إجرائية.

كما أن الدين يبقى بدون أي ضمان هذا من جهة، و من جهة ثانية فإن منح القرض يتطلب إجراءات إدارية و قانونية تمتد لأشهر عديدة؛ فهنا تنعدم الأهمية في الحصول على قروض لتمويل المشاريع، إذا كان أجل الحصول على هذه القروض يفوق الأجل المفترض لحلول أجل استحقاق الديون أو الحقوق نفسها، التي لا تتجاوز في الغالب مدة ثلاثة اشهر. و في الأخير، أن القروض تكون غالباً محددة الهدف، فلا تقبل البنوك إقراض العملاء إلا لتمويل المشروعات الاستثمارية، في الوقت الذي يحتاج فيه العميل هذه القروض للوفاء بالتزاماته تجاه الغير¹¹⁸.

¹¹⁶- Ferronniere et De chillaz, Op. Cit. p 604.

¹¹⁷-مصطفى كمال طه، و علي البارودي، القانون التجاري، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2001، ص 645.

¹¹⁸- هشام فضلي، المرجع السابق ص 2.

ثالثاً: عقد خصم الأوراق التجارية:

وهو يتمثل في تلك العملية التي يتم بموجبها، دفع مبلغ الورقة التجارية لحاملها من طرف البنك، قبل حلول آجالها بعد خصم عمولة؛ أو بمعنى آخر عملية الخصم تتمثل في قيام البنك بشراء الورقة التجارية من حاملها قبل موعد استحقاقها، لقاء خصم جزء من قيمتها، وبعد ذلك يقوم بتحصيل قيمتها من المدين في التاريخ المحدد¹¹⁹. وقد يحتاج البنك للسيولة النقدية، فيقوم بدوره بإعادة خصم هذه الورقة التجارية لبنك آخر، أي يقوم بإعادة الخصم¹²⁰.

وبالتالي؛ نجد أن هذا العقد أقرب ما يكون منه إلى عقد تحويل الفاتورة محل دراستنا، ذلك أنه يقوم أساساً على عنصر الائتمان. فالبنك يمنح قيمة عاجلة مقابل قيمة آجلة، وهذا هو عنصر المنح، كما أن الاسترداد لا يتم من العميل متلقي الائتمان وإنما من مدينه، مع كل ما يمكن أن يحمله هذا التصرف من خطورة، كما أسلفنا وأن أشرنا إلى ذلك.

يتلقى البنك مقابل هذه العملية أي عملية الخصم، عمولة تتمثل عناصرها فيما يلي:

1/ سعر الفائدة بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق؛

2/ عمولة التحصيل، لأن البنك سيبدل جهداً ومالاً في سبيل تحصيل الورقة التجارية في ميعادها؛

3/ عمولة الخصم، أي عمولة البنك لقاء تحويله قيمة آجلة بقيمة عاجلة.

لكن يعيب الخصم أن له نطاقه المحدود، المتعلق بالحقوق المتجسدة في أوراق تجارية دون الثابتة في فواتير؛ كما أن عمولته تبدو مرتفعة بالقياس بإمكانيات المنشآت الصغيرة، خاصة إذا كان الخصم غير مصحوب بضمان عدم الرجوع¹²¹.

رابعاً: عقد التأمين على الحقوق:

إذا لجأ البائع إلى توكيل الغير في تحصيل الحق، مواجهها بذلك المشكلة في شقها المتعلق بالعبء الإداري و المالي للقيام بنشاط التحصيل؛ وإلى الاقتراض من البنوك، مواجهها

¹¹⁹ - عبد الحق بوعتروس، الوجيز في البنوك التجارية، ص 44.

¹²⁰ - مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأعمال التجارية و التجار و المؤسسات التجارية، و الشركات التجارية، و الملكية

الصناعية، الدار الجامعية، بيروت، ص 65.

¹²¹ - هشام فضلي، المرجع السابق ص 2.

بذلك المشكلة في شقها المتعلق بعدم حلول أجل استحقاق الفواتير، فلا يمكنه أن يبرم عقدا مستقلا للتأمين على حقوقه لدى مدينيه، إذ أصبح هذا النشاط التأميني مندثرا، خاصة بالنسبة للمديونيات قصيرة الأجل.

ويمكن أن يقوم نشاط التأمين على الحقوق مرتبطا بعقد آخر، كما في عقد الوكالة بالعمولة بالبيع أو النقل، حيث يلتزم الوكيل بضمان قيام المدين بالوفاء بالثمن، في أجل الاستحقاق¹²².

وإزاء فشل القوالب العقدية التقليدية في علاج المشكلة، كانت حاجة المنشآت التجارية الصغيرة و المتوسطة الحجم، إلى عملية قانونية تواجه بها، المظاهر المختلفة لمشكلة تحصيل الحقوق التجارية، وهو ما استطاع أن ينجزه بنجاح كبير عقد تحويل الفاتورة¹²³.
فيتبين لنا بجلاء ووضوح، أن السبب المباشر في ظهور عقد تحويل الفاتورة، هو فشل العقود الكلاسيكية والتقليدية التي استعرضناها، في استيعاب مشكلة تحصيل الأوراق التجارية، بجميع جوانبها و أبعادها.

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

المطلب الثالث: عقد تحويل الفاتورة هو عقد متميز في أطرافه.

إذا كان منح الائتمان في عقد تحويل الفاتورة، يأخذ شكل تعجيل قيمة فواتير المنتمي على مدينيه، فإن استرداده لا يتم من المنتمي متلقي الائتمان، كما هو حاصل عادة في العقود الائتمانية، بل من مدينيه. فالمنتمي يلتزم بمقتضى عقد تحويل الفاتورة Affacturage، بنقل حقوقه على مدينيه لمؤسسة الائتمان، حتى يستطيع استرداد الائتمان الممنوح له، الأمر الذي يفضي إلى نشوء عملية قانونية ثلاثية الأشخاص¹²⁴.

¹²² - Merlaud (Jean-François), le du croire, thèse, Bordeaux, 1984 p 48.

¹²³ - VIVIER (Jean loup); l'affacturage : un contrat commercial d'avenir, la vie judiciaire 3 mars 1985, p 9 et 10.

¹²⁴ - هشام فضلي، المرجع السابق ص 185.

لكي تتحقق عملية تحويل الفاتورة، لا بد من وجود ثلاثة أطراف وهم الدائن الأصلي الذي يتحول إلى منتمي، والوسيط الذي يحل محل الدائن الأصلي، والمدين الذي يتحول من مدين للمنتمي إلى مدين للوسيط¹²⁵.

لكن هذا لا يعني أننا أمام علاقة قانونية تتكون من ثلاثة أطراف، تنشأ عن عقد واحد ثلاثي الأطراف يربط بين الوسيط والمنتمي والمدين؛ بل أن هذا الإطار القانوني الذي يشمل هذه العلاقة الثلاثية، تشكل من اندماج غير مباشر لعقدين منفصلين.

العقد الأول هو عقد البيع أو عقد التوريد، الذي يربط بين الدائن و المدين، والعقد الثاني هو عقد تحويل الفاتورة، الذي يربط بين الوسيط وبين المنتمي؛ هذا الأخير الذي يعتبر في نفس الوقت طرفا في العقد الأول، بينما يعتبر الوسيط أجنبيا عن العقد الأول، ويعتبر المدين أجنبيا عن العقد الثاني.

غير أنه وبموجب الاتفاق الإطار¹²⁶، المبرم بين المنتمي والوسيط، تتحقق العلاقة الثلاثية الأطراف؛ لأنه بموجب هذا الاتفاق، يحق للوسيط الرجوع مباشرة على المدين لاستقاء قيمة الديون الثابتة في الفواتير، رغم أن المدين أجنبي عن العقد الائتماني الرابط بين الوسيط والمنتمي¹²⁷.

وأشخاص العملية القانونية ثلاثية الأشخاص في عقد تحويل الفاتورة، يكونون في مراكز قانونية خاصة ومتباينة¹²⁸، ولكل طرف حقوق وواجبات تختلف عن حقوق وواجبات الأطراف الأخرى. وهذا على عكس عقود مشابهة أخرى، تتميز بتعدد الأطراف بدورها، غير أن ما يميزها عن عقد تحويل الفاتورة، أن الاتفاق فيها يضع جميع الأطراف في مراكز قانونية متماثلة وممتدة، كما في عقد الشركة؛ أو يضع على الأقل، اثنين منها في نفس المركز القانوني في مواجهة الثالث، كما في عقد بيع مال مملوك على الشيوع لاثنتين.

¹²⁵ - Gavalda (CH), Op. Cit, n. 61.

¹²⁶ - Convention-Cadre.

¹²⁷ - Jacques Ghestin, La Destination Entre Les Partis et Les Tiers Du Contrat, J.C.P., 1992, Doctrine, n. 3682, p.517.

¹²⁸ - Larroumet (Christian), les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeaux 1976 p 156

ففي عقد تحويل الفاتورة مثلا، يوجد اتفاق واحد هو الاتفاق المبرم بين الوسيط والمنتمي، القاضي بمنح الائتمان للأخير مقابل انتقال الحق للأول؛ ولأن الوسيط أصبح هو الدائن الجديد للحق، فإن هذا الوصف الأخير يلقي على عاتق المدين التزاما لمصلحة مؤسسة تحويل الفاتورة أو الوسيط، برد قيمة الائتمان (قيمة الحقوق)¹²⁹.

وما يميز انتقال الحق على الوجه المذكور أعلاه، هو تشكل علاقة قانونية جديدة، تكون مؤسسة تحويل الفاتورة بمقتضاها دائنة للمدين بقيمة الحق، دون أن تكون ملتزمة بأي التزام في مواجهته؛ ذلك أن الوسيط ليس طرفا في العلاقة الأصلية التي تربط في الأساس المنتمي أو الدائن الأصلي بالمدين، وبالتالي فإننا لا نكون أمام عملية استبدال التزام قديم موجود في العلاقة الأساسية، بالتزام جديد كما في حالة التجديد¹³⁰.

لذلك؛ فإن الدفع الوحيدة التي يمكن للمدين التمسك بها، هي الدفع المتعلقة بالحق المنتقل، بينما لا يمكنه الدفع بالالتزامات التي كانت على عاتق الدائن الأصلي في العلاقة الأولى، والذي تحول إلى مجرد عميل لمؤسسة تحويل الفاتورة في العلاقة الثانية، باعتبار أن هذه الالتزامات لم تنتقل من الدائن الأصلي - المنتمي - إلى الوسيط، وإنما كل ما تنقل هو الحق بجميع دفعه وتوابعه، وهذه هي خصوصية عقد تحويل الفاتورة في إحدى مظاهرها.

المطلب الرابع: الطبيعة التجارية الدولية لعقد تحويل الفاتورة.

رأينا عند دراستنا لأصل نشأة عقد تحويل الفاتورة، كيف أن هذا الأخير كان نتاج رغبة الوكلاء في الولايات المتحدة الأمريكية، في خلق خدمات جديدة لتقديمها للمنتجين البريطانيين، وعدم الاكتفاء بمجرد الدور التمثيلي النيابي؛ وهذا بغية تشجيع هؤلاء المنتجين الأجانب، وإقناعهم بأهمية مضمون خدماتهم، خاصة أمام صعوبة حصولهم على الاعتمادات المصرفية. فالعنصر الأجنبي، من العناصر الرئيسية التي شكلت مضمون العقد في بداية نشأته؛ غير أن انتشار وتطور هذه العملية، شجع في مرحلة لاحقة المنتجين الوطنيين على التفكير في الاستفادة منها، وهذا بالاكتفاء بالإنتاج فقط، وتوكيل باقي مراحل العملية الاقتصادية لمؤسسات

¹²⁹-Larroumet (ch.), op. cit., p13.

¹³⁰-Legeais (Dominique), les garanties conventionnelles sur créances, Economica, 1986, p 155 et S.

تحويل الفاتورة. وهو الأمر الذي جعل هذا العقد، إما أن يأخذ شكل العقد الداخلي أو الدولي، ويكون داخليا عندما يكون الممون¹³¹، والمشتري مستقرين في بلد واحد.

يتعين أن نشير في هذا المجال، إلى أن القضاء الحديث لم يعد يكتف بخصوص عقود التجارة الدولية، بتوافر المعيار القانوني التقليدي الذي يكشف عن دولية الروابط العقدية، وهو توافر عنصر أجنبي أو أكثر؛ وإنما يتطلب بشأن هذه العقود أيضا، أن تتعلق بمصالح التجارة الدولية، بأن يتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني، لما تؤدي إليه من انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود¹³². من هنا لا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد أجنبيا، حتى نقول أنه يمكن إضفاء الصبغة الدولية عليه، بل يتعين أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية¹³³.

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

الطبيعة الدولية للعقد ملازمة لطبيعته التجارية، وذلك من خلال اقتضاره على الديون الناشئة عن طريق عقود بيع لبضائع، مبرمة بين العميل و زبائنه (المدنيين)، مع استثناء الديون الناشئة عن المعاملات ذات الطابع الشخصي أو العائلي للعميل. كما أن التطور المستمر لعقد تحويل الفاتورة، سحب عملية شراء و تحصيل الحقوق التجارية من الوكلاء العاديين، وجعلها بيد مؤسسات متخصصة، وهي ليست سوى بنوكا أو مؤسسات مالية، مما يجعل هذا العقد لا يخرج عن نطاق العمليات المصرفية.

وقد اعتبر المشرع الجزائري، جميع الأعمال المصرفية أعمالا تجارية، إذ يتوفر فيها عنصر الوساطة في تداول الثروات، وعنصر المضاربة أي قصد تحقيق الربح، الذي يتمثل عادة في العمولة أو في فائدة القرض، التي تعود للمصرف¹³⁴.

¹³¹ - Fournisseur.

¹³² - هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995، ص 10.

¹³³ - وهو المعيار الاقتصادي الذي دعم المعيار التقليدي أو ما يعرف بالمعيار القانوني.

¹³⁴ - أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الأول (لم يذكر سنة الطبع)، ص 65.

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

الأصل في عقود التجارة الدولية، هو خضوعها لقانون الإرادة، أي للقانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين¹³⁵؛ وقد استقر فقه القانون الدولي الخاص الغالب، على أن تطبيق قانون الإرادة على هذا النحو، يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد، أما شكل العقد، فيخضع إما لقانون العقد على هذا النحو (قانون الإرادة)، أو قانون بلد الإبرام، وهي قاعدة اختيارية تهدف إلى التيسير على المتعاقدين¹³⁶.

غير أننا إذا عدنا إلى العقد محل دراستنا، لوجدنا أن عقد تحويل الفاتورة Factoring، عادة ما يبرم بين الوسيط وهو البنك، والدائن المورد وهو المنتمي، ليواجه سلسلة من عمليات التحصيل، ولذلك يسمى <<الاتفاق الإطار>> cadre-convention، فهو معد لتنظيم عمليات متعددة تدخل في نطاقه¹³⁷.

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

للإجابة على هذا التساؤل، يجب التمييز بين الفروض التالية:

* **أولاً:** بالنسبة للعلاقات بين الوسيط (البنك) والدائن (التاجر البائع أو المورد)، فيحكمها قانون البلد الذي توجد به المؤسسة التي تقوم بالتحصيل أي قانون البنك، ما لم يكن هناك اتفاق صريح بين أطراف العقد على تطبيق قانون آخر¹³⁸.

¹³⁵ - راجع في هذا الشأن:

- Batiffol, les conflits de lois en matière de contrats, thèse Paris, 1938, N° 22.

- Tubiana (Annie), Le domaine de la loi du contrat en Droit Int. Privé, thèse Paris, D'aloz.

¹³⁶ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 16.

¹³⁷ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 319.

¹³⁸ - و قانون البنك هنا لا يخرج عن نطاق قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد، الذي جاءت به نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

* **ثانيا:** بالنسبة إلى الحق الذي ينتقل من المدين (المستوردين المقيمين عادة في الخارج) إلى المحصل، فإن القانون الذي يحكمه هو القانون الخاص به، أي القانون الذي يحكم الرابطة القانونية مصدر هذا الحق¹³⁹.

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

* **رابعا:** وفيما يتعلق بشروط الاحتجاج بانتقال الحق و نفاذه في مواجهة المدين والغير، فيحكمه قانون موطن المدين، تغليباً لمصلحة الغير؛ وذلك نظراً لأن الحق يتركز بدرجة أو بأخرى في هذا المكان، كما أن نفاذ الحق في مواجهة الغير يستلزم إخضاعه لقانون، يكون من الميسور عليهم التعرف عليه والوقوف على حكمه¹⁴⁰.

غير أن اتفاقية روما لسنة 1980، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود¹⁴¹، في المادة 2/12 منها، فإنها تخضع شروط الاحتجاج بانتقال الحق و نفاذه في مواجهة المدين، لذات القانون الذي يحكم الحق الذي تم انتقاله على إثر حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي¹⁴².

إن تعدد القوانين الواجبة التطبيق على هذه العملية، تجعل من فرص تطبيق أحكام اتفاقية أوتوا عليها واسعة. فإذا عدنا إلى نص المادة الثانية من هذه الاتفاقية، نجد أنها تنص على أن أحكام هذه الأخيرة تطبق بالنسبة للديون المتنقلة بفضل عقد تحويل الفاتورة، ناشئة عن عقود بيع لبضائع بين موردين و مستوردين من دولتين مختلفتين؛ وأن تكون هاتين الدولتين،

¹³⁹ -Stoufflet, o p.cit.N° 93; et Sunay – Cyterman ; op.cit réf.1992 N°43, p58.

¹⁴⁰ -Batiffol (Henri), Traité élémentaire de droit international privé, 3eme édition, paris, 1959, p 60.

¹⁴¹-Convention de Rome du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹⁴² - حيث تنص المادة 12 من اتفاقية روما، المؤرخة في 19 جوان 1980، على مايلي:

« 1- Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie.

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

بالإضافة إلى دولة المدين أطرافا في الاتفاقية، أو أن يكون عقد تحويل الفاتورة وعقد بيع البضائع خاضعين لقانون دولة متعاقدة¹⁴³.

وبالتالي يمكن أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية، حتى ولو لم يكن أي من أطراف العقد، رعايا لدولة متعاقدة، إذا كان قانون إحدى الدول المتعاقدة واجب التطبيق طبقا لقواعد القانون، كما وضحا أعلاه؛ كما أن تطبيق أحكام هذه الاتفاقية يمكن استبعاده طبقا لنص المادة 3 من الاتفاقية¹⁴⁴، في الحالات التالية:

أ- بموجب اتفاق بين أطراف عقد تحويل الفاتورة؛

ب- عن طريق أطراف عقد بيع البضائع، الذين يستبعدون تطبيق أحكام الاتفاقية، إما عند إبرام العقد، أو عن طريق الإخطار الكتابي الموجه إلى المحول إليه (le cessionnaire).

¹⁴³ - حيث تنص المادة 02 من اتفاقية أوتاوا في فقرتها الأولى:

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

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

¹⁴⁴ - وتنص المادة الثالثة من اتفاقية أوتاوا في فقرتها الأولى:

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

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

المباج الأول

الطبيعة القانونية لعقد تحويل

الفاخرة

تمثل مسألة دراسة الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة، أهمية جوهرية في ضبط جوهر نظام هذا العقد. ونظرا للخصوصيات التي تميز وتفرد هذا العقد عن غيره من العقود التقليدية، والتي تظهر بالخصوص عند دراستنا لإشكالية انتقال الحق الثابت في الفاتورة من المنتمي للوسيط، والشروط القانونية لانعقاد ونفاذ عقد تحويل الفاتورة؛ فقد ارتأينا أن نخصص الباب الأول من بحثنا هذا لدراسة هذه المسائل، التي تشكل جوهر وأساس نظامه القانوني.

دراستنا للطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة، تحتم علينا كأول خطوة، تحديد الأساس القانوني لانتقال الحق الثابت في الفاتورة، من المنتمي - الدائن الأصلي - إلى الوسيط - الدائن الجديد؛ ويقصد به التكيف القانوني لعقد تحويل الفاتورة. وتحديد الأساس القانوني لانتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة، يعتبر ملزمة أساسية وضرورة جوهرية، لضبط الأطر القانونية لهذا العقد حتى لا يختلط بغيره من العقود المشابهة.

لهذا سنتناول في مستهل هذا الباب، التدرج التاريخي لتكييف عقد تحويل الفاتورة، الذي مر بعدة مراحل تاريخية منذ ظهوره لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية وتبنيه من قبل المشرع الأنجلوساكسوني، مروراً بانتقاله إلى فرنسا وإدخاله ضمن المنظومة القانونية للفقهاء اللاتينيين. وبعد ذلك انتقاله إلى مختلف التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع الجزائري، الذي عرف هذا العقد لأول مرة بمقتضى المرسوم التشريعي 08/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، وانتهاء باتفاقية أوتاوا لسنة 1988 لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية.

وقد تدخل المشرع في بعض المنظومات التشريعية المقارنة، وحدد الأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة، ومنه المشرع الأمريكي الذي تبنى نظرية حوالة الحق بمقتضى قانون التجارة الموحد، والمشرع البريطاني الذي سار في نفس اتجاه المشرع الأمريكي بمقتضى قانون الأموال (Law of property) لسنة 1925. أما المشرع الفرنسي وفي إطار فرنسة العقود الأنجلوساكسونية، فقد تبنى موقف مغايراً بأخذه في البداية بنظرية الحلول الاتفاقي، ثم باستحداثه لاحقا لحوالة دايلي، بمقتضى قانون 2 جانفي 1981.

إذا كان المشرع في الأنظمة المقارنة المذكورة أعلاه، قد حدد بصراحة الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة، فإن الصعوبة تكمن في بعض التشريعات المقارنة التي لم تضع بالأساس أي تشريع خاص ينظم هذا العقد، أو بعض التشريعات التي وبالرغم من تنظيمها لهذا العقد، إلا

أنها لم تشر بصراحة إلى الأساس القانوني لانتقال الحق، ومن بينها التشريع الجزائري. وتركت هذه التشريعات أمر بحث الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة، للأعراف التجارية المعمول بها في هذا المجال، أو محاولة مطابقة أحكام هذا العقد مع بعض العقود المسماة المشابهة له، كعقد خصم الفواتير الذي تبناه المشرع البلجيكي، أو نظام الاقتراض بضمان الحقوق التجارية، الذي تبنته بعض الأنظمة القانونية المقارنة.

لذلك تبدو ضرورة بحث الأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة، لضبط جميع الأطر القانونية لشروط وأركان وأثار هذا العقد، سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للغير الذين تتسحب عليهم هذه الآثار.

نظرا لحدثة هذا النظام، ونظرا لتشابك العلاقات القانونية الناشئة عنه، فقد تضافرت جهود أكثر من جهة لتحديد أساس هذا العقد، بداية من الفقه الذي سعى و منذ بداية ظهور هذا العقد، إلى بحث مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بطبيعته و أساسه القانوني؛ مروراً بشركات تحويل الفاتورة نفسها، التي تعتمد عادة إلى إعداد عقد تحويل فاتورة نموذجي يتضمن جميع بنود العقد، لتجنب لجوء الأطراف إلى تطبيق أحكام قانونية أخرى. وانتهاءً بالاجتهاد القضائي عند حل المنازعات التي يثيرها تطبيق هذا العقد.

وبالتالي، يبقى لتحديد الأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة، أهمية كبرى لسد النقص التشريعي، عند عدم وجود قواعد قانونية خاصة تعالج المشاكل المترتبة عن إنشاء أو تنفيذ أو انتهاء عقد تحويل الفاتورة؛ وهذا بالرجوع للأحكام المتضمنة في الأساس القانوني المتبنى، سواء كان حوالة حق أو حلول إتفاقي أو غيرها.

حيث أنه ومن جهة أخرى، ولأن عقد تحويل الفاتورة يعتبر من بين أهم وسائل التمويل والضمان والائتمان في العصر الحالي، فإن تحديد الأساس القانوني لهذا العقد، يسمح بمواجهة المخاطر التي تتعرض لها مؤسسات تحويل الفاتورة عند ممارستها لأنشطتها، خاصة في مجال منح الائتمان بما يسمى بالمخاطر الائتمانية.

بعد أن ننتهي، من ضبط وتحليل ومناقشة مختلف الآراء الفقهية والقضائية والتشريعية، التي تناولت بالدراسة أو النقد أو التحليل الأساس القانوني لانتقال الحق في عقد تحويل الفاتورة، عندها فقط يمكننا الانتقال لدراسة شروط وأركان هذا العقد، نظرا لارتباط هذه الأخيرة بالضوابط

والقواعد القانونية للأساس القانوني المتبنى؛ وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني من هذا الباب، تحت عنوان الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

ونظرا لخصوصية هذا العقد، فقد ارتأينا عند تطرقنا بالدراسة للشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة، إلى تقسيمها إلى ثلاثة مراحل أساسية، وهي المرحلة السابقة للتعاقد، والتي تشمل ما يعرف بالمرحلة التحضيرية التي تسبق التعاقد، وتتضمن التحري عن المركز المالي ونتيجة هذا التحري. ثم تأتي بعد ذلك مرحلة إبرام العقد، ونتطرق فيها للشروط القانونية لإبرام عقد تحويل الفاتورة وأطراف هذا العقد، وأخيرا مرحلة تنفيذ العقد من جانب أطرافه، المنتمي والوسيط أو من الغير، الذين تمتد لهم آثاره؛ لننتهي بدراسة أهم الحقوق التي يربتها العقد لأطرافه، وأهم الالتزامات التي يضعها على عاتقهم.

دراستنا للشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة، تعتمد في الأصل على القواعد القانونية للنظام القانوني المتبنى كأساس لتكييف انتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة، وهذا هو السبب الذي جعلنا نقدم دراسة الأساس القانوني للعقد، قبل دراستنا لشروط وأركان هذا العقد.

وسوف نبحث فيما يلي الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة، من خلال دراسة الأساس القانوني لتكييف انتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة، ثم الشروط القانونية للعقد، وذلك على الشكل التالي:

الفصل الأول: الأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة.

الفصل الثاني: الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

الفصل الأول: الأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة:

يقوم نظام تحويل الفاتورة، على أن الوسيط يلتزم بدفع قيمة الحق الثابت في الفاتورة لحساب المنتمي، على أن يلتزم هذا الأخير بنقل ملكية هذا الحق للأول؛ وعلى هذا فإن المنتمي يسلم للوسيط الفاتورة المثبتة للحق، بالإضافة إلى المخالصة التي تثبت أن الوسيط قام فعلا بدفع قيمة الفاتورة لحسابه -المنتمي-، بالإضافة إلى كافة الوثائق والعقود المثبتة للحق. لكن السؤال الذي يطرح نفسه في مثل هذه الحالة، هل يكفي أن يسلم المنتمي للوسيط الفاتورة والمخالصة والوثائق المثبتة للحق، حتى نقول أن هذا الأخير انتقل للوسيط؟؛ الجواب بالنفي طبعاً، لأن الفاتورة ليست ورقة تجارية وإلا لقلنا أن هذا الحق قد انتقل للوسيط عن طريق التظهير.

لذلك ومنذ ظهور فكرة شراء الحق، سعى الفقهاء إلى تحديد الوسيلة القانونية، التي ينتقل بموجبها الحق الثابت محل الشراء الائتماني، من الدائن الأصلي الذي هو المنتمي، إلى الدائن الجديد أي الوسيط.

تردد الفقه الأنجلوساكسوني في بداية نشأة عقد تحويل الفاتورة، بين أساليب ثلاثة كإطار قانوني للعقد، وهي التجديد والإنابة في الوفاء وحوالة الحق، التي انتهت إليها فقهاء هذه المدرسة كأسلوب أنجع وإطار قانوني أمثل لعقد تحويل الفاتورة، وتم بالتالي استبعاد باقي الأساليب القانونية، المتمثلة في التجديد والإنابة في الوفاء.

وسايرت اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق في مجال التجارة الدولية، ما هو سائد في معظم بلدان العالم، من اللجوء إلى حوالة الحق كإطار قانوني للعقد. فنصت المادة الخامسة منها على صحة الحوالة التي تتم بين الأطراف، للحقوق الحالة أو المستقبلية حتى مع غياب تعيينها تعيناً دقيقاً مادامت قابلة للتحديد، عند إبرام العقد أو عند ميلادها؛ وتنص المادة الثامنة على أن الحوالة، لا تنفذ في مواجهة المدنيين إلا إذا تم إخطارهم بها¹⁴⁵.

¹⁴⁵ - تنص المادة 5 من اتفاقية أوتاوا:

«Une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures, est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat au à leur naissance elles son déterminables... ».

غير أنه، وعند دخول عقد تحويل الفاتورة إلى فرنسا من موطنه الأنجلوساكسوني، وجريا على ما هو دارج في فرنسا، من إضفاء الطابع الفرنسي Francisation على العقود الأنجلوساكسونية لتتلاءم مع قواعد النظام اللاتيني، لحق عقد تحويل الفاتورة تطوير تمثل في تجديد الإطار القانوني للعقد¹⁴⁶.

ومن ثمة، سنحاول في هذا الجزء من بحثنا، أن نبحت الإطار القانوني التقليدي لعقد تحويل الفاتورة، و الذي تأرجح بين أساليب ثلاثة ليستقر في الأخير على أسلوب حوالة الحق؛ تم نعرج في الأخير، على التجديدات التي مست هذا الإطار القانوني، بعد دخول هذا العقد الأنجلوساكسوني مجال التشريع اللاتيني، أو ما أسميناه بالإطار القانوني الحديث لعقد تحويل الفاتورة.

لهذا فقد جاء تفصيل دراسة هذا الفصل إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول: التكييف القانوني التقليدي لعقد تحويل الفاتورة.

المبحث الثاني: التكييف القانوني الحديث لعقد تحويل الفاتورة.

¹⁴⁶ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 43.

المبحث الأول: الإطار القانوني التقليدي لعقد تحويل الفاتورة.

في بداية نشأة عقد تحويل الفاتورة، أو ما يعرف اختصاراً في الفقه الأجنبي بـ”Factoring“، اختلف الفقه حول الإطار القانوني للعقد، والوسيلة القانونية التي يتأسس من خلالها حق الوسيط في مراجعة المدين.

ولأن الدول الأنجلوساكسونية هي مهد هذا العقد كما سبق وأن أشرنا، فقد اتجه فقهاء هذه المدرسة في البداية إلى الأخذ بثلاثة أساليب قانونية كإطار لعقد تحويل الفاتورة، وهذه الأساليب تتمثل في التجديد، الإنابة في الوفاء، وحوالة الحق.

سنحاول دراسة هذه الأساليب الثلاثة بشيء من التفصيل، ومعرفة أي منها بإمكانها تحقيق البساطة والسرعة في التكوين، وقلة النفقات المالية، والفعالية في الحفاظ على حقوق مؤسسة الائتمان لتجنيبها مخاطر إفلاس المدين، والتنازع مع أصحاب الرهون والامتيازات.

كما نتطرق كذلك، لأدوات اتصال المؤسسة بمدين العميل بواسطة هذه الأساليب الثلاثة بصفة أصلية وليس بصفة ثانوية، حتى تؤدي دورها في إعفاء العملاء من المشاكل الإدارية والمالية لتحصيل الحقوق؛ وأدوات تمكين الوسيط من الرجوع على المنتمي، في حالات عدم قيام المدين بالوفاء وعدم توافر شروط عدم الرجوع¹⁴⁷.

وأخيراً، معرفة أي من هذه الأساليب أو أوصاف الوفاء، القدرة والفعالية على علاج مشاكل التحصيل، للمنشآت والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحجم، وتحقيق الضمان الذي يتسم بالخصوصيات المذكورة أعلاه.

وعليه، سنتناول الأساليب الثلاثة التي أخذ بها الفقه الأنجلوساكسوني، كأساس أو كإطار لانتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة، وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: الإنابة في الوفاء، كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثاني: التجديد، كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثالث: حوالة الحق، كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

¹⁴⁷ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص33.

المطلب الأول: الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

الإنابة في الوفاء، هي وجه من أوجه انقضاء الالتزام، وهي لا تختلف في ذلك عن الوفاء المباشر أو الوفاء بمقابل أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو الوفاء بالتقادم المسقط؛ فكل هذه الأساليب القانونية، حتى وإن اختلفت في شروطها وآثارها، فهي تتفق في نتيجة واحدة وهي انقضاء الالتزام.

والإنابة في الوفاء، هي عمل قانوني يحصل بمقتضاه المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، فهي تقتضي وجود ثلاثة أشخاص:

- 1- المدين Le Délégant وهو الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي بالدين إلى الدائن؛
- 2- المناب Le Délégué وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين في وفاء الدين؛
- 3- المناب لديه Le Délégataire وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له بالدين¹⁴⁸.

لكن هل يستوي القول، لو اعتبرنا أن حق الوسيط في مراجعة المدين في عقد تحويل الفاتورة، يتأسس من خلال وجه الإنابة في الوفاء La Délégation؛ ذلك ما سوف نحاول التوصل إليه، من خلال دراسة هذا الوجه من أوجه انقضاء الالتزام، ومعرفة ما إذا كانت شروطه وآثاره وعناصره، تتناسب وعقد تحويل الفاتورة.

سنتناول الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة، من خلال دراسة شروطها و آثارها، ومدى تطابق هذه الأخيرة مع شروط وآثار العقد محل دراستنا؛ كما سنتطرق في الأخير إلى أسباب استبعاد بعض الفقه للإنابة في الوفاء، كأساس قانوني لتكييف الوجه القانوني لانتقال الحقوق التجارية من المنتمي للوسيط؛ وهذا من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: من حيث شروط الإنابة في الوفاء.

الفرع الثاني: من حيث آثار الإنابة.

الفرع الثالث: استبعاد الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

¹⁴⁸ - عبد المنعم بدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1968، ص 422.

الفرع الأول: من حيث شروط الإنابة في الوفاء:

تنص المادة 294 من ق م ج، " تتم الإنابة في الوفاء، إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي، يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير".

و يقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى، المادة 359 من التقنين المدني المصري، المادة 357 من التقنين المدني السوري، المادة 346 من التقنين المدني الليبي، المادة 405 من التقنين المدني العراقي، و المادة 1/326 و 2 من تقنين الموجبات و العقود اللبناني¹⁴⁹.

أولاً: أشخاص الإنابة في الوفاء:

تفترض الإنابة كما جاء ذكره أعلاه ثلاثة أشخاص، وهم المنيب وهو المدين بالدين الأصلي، ويقابله في عقد تحويل الفاتورة من حيث المركز القانوني للعلاقة المدين؛ المناب وهو الشخص الأجنبي على الدين الأصلي، ويقابله في عقد تحويل الفاتورة الوسيط؛ المناب لديه وهو الدائن في علاقة الدين الأصلي، والذي يقابله في عقد تحويل الفاتورة المنتمي.

إذن يمكن القول بداية، أن عقد تحويل الفاتورة يجد ضالته في الإنابة في الوفاء، من حيث المراكز القانونية لأطراف أو أشخاص التصرف أو العقد.

لكن هل ينسحب هذا التوافق الأولي، إلى العلاقة بين هذه المراكز القانونية، وإلى باقي عناصر وشروط وآثار العقد، ذلك ما سوف نحاول الإجابة عليه، من خلال تطرقنا لباقي العناصر والشروط فيما يلي:

149 - التقنينات المدنية العربية الأخرى:

-التقنين المدني المصري: المادة 359 (مطابقة للمادة 294 من ت م ج)

-التقنين المدني السوري: المادة 357 (مطابقة للمادة 294 من ت م ج)

-التقنين المدني الليبي: المادة 346 (مطابقة للمادة 294 من ت م ج)

-التقنين المدني العراقي: المادة 405 (مطابقة للمادة 294 من ت م ج)

-تقنين الموجبات والعقود اللبناني: المادة 1/326 و 2: إن التفويض هو توكيل يعطي من شخص يدعى المفوض لشخص آخر يدعى المفوض إليه ليعقد التزاماً تجاه شخص ثالث يسمى المفوض لديه، وهو لا يفيد بحكم الضرورة وجوب موجب سابق بين المتعاقدين (وحكم التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين الجزائري).

ثانياً: عنصر المديونية في علاقة الإنابة في الوفاء:

يفترض في الإنابة في الوفاء، وجود علاقة مديونية أولى بين المناب و المنيب، وعلاقة مديونية ثانية بين المنيب والمناب لديه، وهاتين العلاقتين تؤديان عن طريق الإنابة في الوفاء، إلى نشأة علاقة مديونية ثالثة بين المناب والمناب لديه. كما يفترض كذلك في عقد تحويل الفاتورة، وجود علاقة مديونية أولى بين مدين ودائن، والمدين هنا هو المشتري أو المستورد، والدائن هو البائع أو المورد أو المؤسسة؛ وعلاقة مديونية ثانية، بين مدين ودائن آخرين، غير أن المدين هنا هو نفسه الدائن في علاقة المديونية الأولى. وهاتين العلاقتين، تؤديان عن طريق عقد تحويل الفاتورة، إلى نشأة علاقة مديونية ثالثة بين المدين في العلاقة الأولى والمدين في العلاقة الثانية، غير أن هذا الأخير تحول إلى دائن في علاقة المديونية الثالثة، مع احتفاظ المدين في العلاقة الأولى بنفس صفته كمدين في العلاقة الثالثة.

الغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه، ولذلك ينيب المناب في وفاء هذا الدين، والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائناً للمناب، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب¹⁵⁰.

أما في عقد تحويل الفاتورة، فالمنتمي دائناً للمدين بقيمة الحق الثابت في الفاتورة، ولذلك ينيب الوسيط في تحصيل هذا الدين، كما أن هذا الأخير-الوسيط- دائناً بنفس قيمة الحق الثابت في الفاتورة للمنتمي؛ فالأمر سيان بين التصرفين، ذلك أن مراكز أطراف الحق تتغير، و تبعاً لذلك تتغير الالتزامات الملازمة لها.

ففي الإنابة في الوفاء، يتم تحويل الالتزام بالوفاء، من المدين في علاقة المديونية الأولى إلى المدين في علاقة المديونية الثانية، الذي هو بدوره مديناً للأول؛ وبالتالي ينتقل نفس الالتزام في علاقة المديونية الثانية، مع نفس الحق في علاقة المديونية الأولى، ليشكلان معاً علاقة مديونية جديدة، تتكون من حق والتزام ثابتين.

أما في عقد تحويل الفاتورة، فيتم تحويل الحق الشخصي في قيمة الفاتورة، من الدائن في علاقة المديونية الأولى، إلى الدائن في علاقة المديونية الثانية، الذي هو بدوره دائناً للأول؛

150 - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، 1985، ص 858.

وبالتالي ينتقل نفس الحق في العلاقة الثانية، مع نفس الالتزام في العلاقة الأولى، ليشكلان معا علاقة مديونية جديدة، تتكون من دائن جديد هو الوسيط ومدين جديد هو نفس المدين في العلاقة الأولى¹⁵¹. غير أنه ينبغي الإشارة إلى عدم عمومية هذا الطرح، إذا عرفنا أن الإنابة قد تتضمن تجديدا بتغيير المدين، وقد تنطوي فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن. كما ينبغي كذلك الإشارة ضمن نفس الطرح، أن المناب في عقد الإنابة يمكن أن يكون مدينا للمنيب، كما يمكن أن لا يكون كذلك¹⁵². لذلك سنحاول ضمن نفس عنصر المديونية معرفة صور الإنابة، وعلاقة المديونية في الإنابة في الوفاء، ومحاولة إسقاط ذلك على عقد تحويل الفاتورة.

1- صور الإنابة:

قد يطرح التساؤل، حول سبب إدراجنا لصور الإنابة في عنصر المديونية، رغم أنه من المفروض أن يكون العكس؛ فنقول أن السبب في ذلك، راجع لكون صور الإنابة تتحدد بتحديد عنصر المديونية، الذي يشمل الدين ودائنه ومدينه؛ وتغيير المراكز القانونية لعنصر المديونية، يتبع بالضرورة الانتقال من وجه من أوجه الإنابة إلى وجه آخر. الإنابة في الوفاء على النحو الذي بيناه، قد تتضمن تجديدا بتغيير المدين، وقد تنطوي فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن.

151 - ولأجل تبسيط الفكرة أعلاه، نفترض علاقة مديونية بين أ و ب، حيث أن أ، دائنا ل ب، بمبلغ 2000 دج، وعلاقة مديونية ثانية، بين ب و ج، حيث أن، ب دائنا ل ج، بمبلغ 2000 دج كذلك، فيقوم المدين ب، بتحويل التزامه بالوفاء ل أ، في علاقة المديونية الأولى، إلى مدينه ج، في علاقة المديونية الثانية، وبالتالي ينقضي الالتزام الثابت، في العلاقة الثانية، ويتحول نفس الالتزام، ونفس الملتزم، إلى علاقة المديونية الجديدة. و يتحول كذلك، نفس الحق الثابت، في علاقة المديونية الأولى، ويصبح أ دائنا ل ج، وليس ب، الذي ينقض حقه، في العلاقة الثانية، مقابل انقضاء التزامه، في العلاقة الأولى، وينسحب تبعا لذلك، من علاقة المديونية.

هذا بتطبيق فكرة الإنابة في الوفاء، أما بتطبيق فكرة أو عقد شراء الحقوق التجارية، فنفترض علاقة مديونية أولى، بين أ و ب حيث أن أ دائنا ل ب، بالقيمة الثابتة في الفاتورة والمقدرة ب 2000 دج، والناجئة عن تعامل تجاري بينهما، وعلاقة مديونية ثانية بين أ و ج، حيث أن أ مدينا ل ج، بمبلغ 2000 دج كذلك، هنا وبمقتضى عقد شراء الحقوق، المبرم بين أ و ج، يقوم الأول بتحويل حقه، في تحصيل قيمة الفاتورة، إلى الدائن الجديد ج، وهو نفس الدائن، كما لاحظنا في علاقة المديونية الثانية، وبالتالي ينقضي الحق الثابت في العلاقة الثانية، ل ج على أ، ويتحول هذا الحق، وبنفس صاحبه، إلى علاقة المديونية الثالثة. ويتحول كذلك، نفس الالتزام الثابت، في علاقة المديونية الأولى، ويصبح ج دائنا ل ب، وليس ل أ، الذي ينقض حقه في العلاقة الأولى، بانقضاء التزامه في العلاقة الثانية، ويخرج تماما من علاقة المديونية الثالثة، بحسب الأصل.

152 - وهذا ما نصا عليه، المادة 2/294 من القانون المدني الجزائري: "ولا تقتضي الإنابة، أن تكون هناك، حتما مديونية سابقة، بين المدين والغير".

والإنابة الكاملة، Delegation Parfaite هي التي تتضمن تجديدا بتغيير المدين، وقد تتطوي فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن؛ فيجدد المنيب دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين، ويجدد المناب دينه نحو المدين بتغيير الدائن¹⁵³.

أما الإنابة القاصرة delegation Imparfaite، فتفرض بقاء المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب، وبصير للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد، وتسمى قاصرة لأنها لم تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه براءة كاملة.

فالعبارة إذن، لمعرفة ما إذا كانت الإنابة قاصرة أو كاملة، هي أن تتضمن تجديدا بتغيير المدين، بغض النظر عن التجديد بتغيير الدائن؛ وإن كان الغالب أن التجديد يتم بتغيير الدائن والمدين معا كما رأينا أعلاه.

أما في عقد تحويل الفاتورة، فلا مجال للتحدث عن عقد كامل وعقد قاصر؛ كما أن العقد لا ينصب أبدا على تجديد بتغيير المدين، وإنما التجديد يكون دوما بتغيير الدائن، وهنا وجه من أوجه الاختلاف بين الإنابة في الوفاء وعقد تحويل الفاتورة.

2- تطور علاقة المديونية:

حيث سنحاول المقارنة، بين تطور عنصر المديونية في كل من الإنابة وعقد تحويل الفاتورة، وأوجه التقارب والتطابق والاختلاف بين كل من النظاميين القانونيين، معتمدين على أمثلة تطبيقية تساعدنا على فهم أحسن لتطور هذه العلاقة.

أ- تطور علاقة المديونية في الإنابة:

تتم الإنابة، إذا حصل المدين على رضاء الدائن، بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين محل المدين¹⁵⁴؛ فالإنابة تفترض أشخاصا ثلاثة، كما تفترض قيام مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة، ولمعرفة تطور هذه العلاقة، ينبغي التمييز بين مرحلتين أساسيتين:

أ-1- علاقة المديونية قبل الإنابة:

¹⁵³ - عبد المنعم بدرأوي، المرجع السابق، ص 423.

¹⁵⁴ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 150.

قبل الإنابة، وكما جاء تفصيله وتحليله سابقا، نكون أمام علاقتي مديونية منفصلتين ومتميزتين، الرابطة أو العلاقة الوحيدة بينهما، هي اشتراكهما في طرف واحد، حتى وإن كان هذا الطرف يختلف مركزه القانوني من علاقة إلى أخرى.

علاقة المديونية الأولى: وهي علاقة مديونية بسيطة، يفترض فيها وجود دين و دائن و مدين؛ ولنجعل الدائن هو زيد مثلا والمدين هو عمر، ونتصور في هذه العلاقة أن زيد دائنا لعمر بمبلغ 10.000 دج.

علاقة المديونية الثانية: وهي بدورها علاقة مديونية بسيطة، ويفترض فيها بدورها وجود دين ودائن ومدين؛ وليكن الدائن هو سعد والمدين هو زيد، وأن يكون سعد دائن بمقتضى هذه العلاقة لزيد بمبلغ 10.000 دج، مع ملاحظة أن زيد المدين هنا هو نفسه زيد الدائن في العلاقة الأولى.

أ-2- علاقة المديونية بعد الإنابة:

تؤدي الإنابة، إلى انقضاء علاقة المديونية الأولى وانقضاء علاقة المديونية الثانية، مع ظهور وبروز علاقة مديونية جديدة، بين الدائن سعد الذي كان بدوره دائن لزيد في علاقة المديونية السابقة؛ وبعد الإنابة تحول سعد الدائن في علاقة المديونية الثانية إلى مناب لديه أي دائن لعمر، الذي يتحول إلى مناب بعد أن كان مدينا في علاقة المديونية الأولى. أما زيد، فقد انسحب من علاقة المديونية الجديدة، بعد أن أخذ صفة المنيب في الإنابة، وبعد أن كان يحمل صفة الدائن في علاقة المديونية الأولى، وصفة المدين في علاقة المديونية الثانية.

ب- تطور علاقة المديونية في عقد تحويل الفاتورة:

يفترض عقد تحويل الفاتورة مثله مثل الإنابة، وجود علاقة مديونية سابقة¹⁵⁵، لعلاقة المديونية الثابتة في هذا العقد، ولذا ينبغي معرفة تطور هذه العلاقة من خلال هاتين المرحلتين الأساسيتين:

بج-1- علاقة المديونية قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة:

¹⁵⁵ - محي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية و العملية، ج1، 1987، ص522، فقرة 444.

قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة، نكون أمام علاقتي مديونية منفصلتين و متميزتين، الرابطة أو العلاقة الوحيدة بينهما، هو اشتراكهما في طرف واحد حتى وإن كان هذا الطرف يختلف مركزه القانوني من علاقة إلى أخرى.

علاقة المديونية الأولى: وهي علاقة مديونية بسيطة بين مدين ودائن، والمدين هنا هو المشتري أو المستورد، أما الدائن فهو البائع أو المورد، وهو يأخذ عادة شكل مؤسسة إنتاج صغيرة أو متوسطة الحجم، وليكن الدين هو مبلغ 10.000 دج، ثابت في فاتورة محررة من المدين لحساب الدائن.

علاقة المديونية الثانية: وهي علاقة مديونية بسيطة، تكون بدورها بين مدين و دائن، والمدين هنا هو البائع أو المورد أو مؤسسة الإنتاج صغيرة أو متوسطة الحجم في علاقة المديونية الأولى، أما الدائن فهو شخص أجنبي ويكون عادة شخص معنوي يتمثل في مؤسسة ائتمان؛ والذي يقوم بدفع مبلغ 10.000 دج الثابت في فاتورة لحساب البائع أو المورد، فيصبح هذا الأخير مدينا له بقيمة الفاتورة، و دائنا بنفس القيمة للمشتري أو المستورد.

ب-2 - علاقة المديونية بعد إبرام عقد تحويل الفاتورة:

خلصنا أعلاه إلى علاقتي مديونية، يشتركان أو يرتبطان في طرف واحد، وهو مؤسسة الإنتاج أو البائع، الذي يكون دائنا بقيمة الفاتورة للمشتري، وفي نفس الوقت مدينا بنفس القيمة لمؤسسة الائتمان.

وللخروج من هذه العلاقة المتشابكة، يتفق البائع مع مؤسسة الائتمان على حلول هذه الأخيرة محله، بانتقال ملكية الحقوق الثابتة في الفاتورة لحسابها، مقابل انقضاء الالتزام الثابت عليه لدى هذه المؤسسة.

ج- وجود المديونية:

هل من الضروري أن يكون المناب مدينا للمنيب، أو أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه في علاقة الإنابة، وهل يمكن تصور مثل هذا الوضع في عقد تحويل الفاتورة؟؛ أي هل يمكن تصور، أن لا يكون الوسيط دائنا للمنتمي، أو أن لا يكون المنتمي دائنا للمدين؟.

ج-1 - وجود المديونية في علاقة الإنابة:

ليس من الضروري أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه، كما أنه ليس من الضروري أن يكون المناب مدينا للمنيب¹⁵⁶؛ وبالمفهوم العكسي للعلاقة، فإنه ليس من الضروري أن يكون المناب لديه دائنا للمنيب، ومن غير الضروري أن يكون المنيب دائنا للمناب.

فقد يفترض ويصح الأمر، أن يكون المنيب دائنا بمال معين للمناب وأراد، أن يتبرع للمناب لديه بقيمة هذا المال أو بقرضه إياه، فيقوم بإلزام المناب بإعطاء هذا المال للمناب لديه. كما يصح الأمر كذلك، أن يكون المناب لديه دائنا للمنيب ويكون المناب غير مدين للمنيب، ومع ذلك يرضى أن ينوب عنه في الوفاء بدينه للمناب لديه، على أن يرجع بعد ذلك عليه بما وفاه عنه، وقد كون متبرعا فلا يرجع على المنيب.

ينبغي الإشارة إلى أنه يفترض في غالب الأحيان، وجود مديونية بين المنيب والمناب لديه، غير أن حدوث هذا الفرض تقل بالنسبة لمديونية المنيب للمناب لديه؛ ولعل هذا السبب، هو الذي دفع بالمشروع الجزائري إلى إبراز هذا الوضع بالقول " لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير"¹⁵⁷.

ج-2- وجود المديونية في عقد تحويل الفاتورة:

عنصر المديونية هو عنصر جوهري في عقد تحويل الفاتورة، فهو عقد يتم بين تجار؛ فالمنتمي تاجر والوسيط والمدين كذلك تجار، والدين الثابت في الفاتورة هو دين تجاري، كما أن عمل كل واحد من أطراف العلاقة يهدف من وراءه إلى المضاربة؛ فما كان المنتمي لينقل ملكية الحق الثابت في الفاتورة للوسيط، لو لم يهدف من وراء ذلك الحصول على السيولة النقدية التي تسمح له بتسيير منشأته¹⁵⁸؛ وما كان الوسيط ليغامر بدفع هذه الأموال للمنتمي، لولا انتقال صفة الدائنية له والمضاربة بقيمة الخدمات التي يقدمها للمنتمي.

¹⁵⁶ - وهو ما ذهب إليه، عبد المنعم بدرأوي، في مؤلفه المذكور أعلاه، "غير أن وجود المديونية سابقة بين المنيب والمناب لديه ليس شرطا في الإنابة، فقد لا يكون المناب مدينا للمنيب، ومع ذلك يرتضي الإنابة، وهو يقصد عندئذ التبرع، بقيمة الدين للمنيب، أو يقصد إقراضه هذه القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك". أنظر، عبد المنعم بدرأوي، المرجع السابق، ص 423.

¹⁵⁷ - المادة 294 من القانون المدني الجزائري.

¹⁵⁸ - Michel Vasseur, Le Contrat D'Escompte, Nature Juridique et Portée, Banque, 1982, p.1462.

فبعد تحويل الفاتورة يفترض دون جدال، أن يكون الوسيط دائناً للمنتمي وأن يكون هذا الأخير دائناً للمدين؛ وهذا ما عبرنا عنه بالصفة الجوهرية لعنصر المديونية في عقد تحويل الفاتورة، وهذا وجه آخر من أوجه الاختلاف بين عقد تحويل الفاتورة والإنابة في الوفاء. من خلال دراسة شروط الإنابة في الوفاء، وتطبيقها على شروط عقد تحويل الفاتورة، تبين لنا أهم الفوارق الجوهرية التي تميز التصرفين؛ وعليه وعلى نفس المنوال، نتناول بالدراسة المقارنة، آثار الإنابة ومدى انسجامها مع أحكام العقد محل دراستنا.

الفرع الثاني: من حيث آثار الإنابة:

تختلف الآثار المترتبة على الإنابة، باختلاف صور هذه الأخيرة، بين الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة.

أولاً: الآثار المترتبة على الإنابة الكاملة.

تنص المادة 295 من ق م ج "إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة، أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً، كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً، وألا يكون هذا الأخير معسراً وقت الإنابة".

وتنص المادة 296 من ق م ج: "يكون التزام المناب تجاه المناب لديه صحيحاً، ولو كان التزامه اتجاه المنيب باطلاً، أو كان خاضعاً لدفع من الدفع، ما لم يرجع المناب على المنيب، وما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

يفهم من هذان النصان، أنه إذا كان قصد المتعاقدين إبدال الالتزام أو الالتزامات السابقة بالتزام جديد (تفويض كامل)، فتبراً في الحال ذمة المنيب تجاه المناب لديه، على شرط أن يكون المناب مليئاً عند التفويض¹⁵⁹.

ولأن الإنابة هي منابا لديه، فسوف ندرس آثارها من خلال علاقة هؤلاء الأطراف.

1- العلاقة بين المنيب والمناب لديه:

159 - سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف (غير مذكور سنة الطبع)، الإسكندرية، ص 533.

إذا كان التجديد بتغيير المدين، يقتضي انقضاء الالتزام القديم وبراءة ذمة المنيب ونشوء التزام جديد بمدين جديد هو المناب، فإنه يشترط حسب المادة 295 من ق م ج لصحة مثل هذا الالتزام، شرطان أساسيان وهما: 1- أن ينشأ هذا الالتزام صحيحا. 2- أن لا يكون المناب معسرا وقت الإنابة.

وإذا كان الشرط الأول هو في الحقيقة تحصيل حاصل، باعتباره من القواعد العامة للعقود بصفة عامة، ولعقود تجديد الدين بتغيير المدين بصفة خاصة، فإن الشرط الثاني هو الذي يشكل الشرط الجديد، غير المعروف في القواعد العامة ولا في القواعد الخاصة. فالقاعدة في تجديد الدين بتغيير المدين، أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحا انقضى الالتزام القديم، ولا رجوع للدائن إلا على المدين الجديد وبغض النظر، عن ملاءة هذا الأخير من عدمها عند حصول التفويض.

غير أن خصوصية الإنابة في الوفاء، جعل المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي والمصري، وباقي المشرعين اللاتينيين، يفترضون لصحة التفويض أو الإنابة الكاملة ملاءة المفوض له أو المناب عند الإنابة¹⁶⁰. غير أنه ينبغي التوضيح، أن شرط الملاءة أو عدم الإعسار لا يشترط سوى عند إبرام الإنابة، وبالتالي لا ينسحب إلى ما قبلها أو إلى ما بعدها؛ ومعنى ذلك، أنه لا يمكن للمناب لديه أن يتمسك بإبطال الإنابة عند حلول أجل استحقاق الدين، بحجة أن هذا المناب معسرا، متى كان هذا الأخير مليء عند إبرام الإنابة.

لكن ما الحكم لو تبين إعسار المناب عند الإنابة؟؛ في هذه الحالة فإن المناب لديه لا يرجع على المناب وإنما يرجع على المنيب، وأن رجوعه يكون على أساس دعوى الدين الأصلي وليس على أساس دعوى الضمان.

السبب في ذلك، أن تبين إعسار المناب يؤدي إلى إبطال عقد الإنابة، وأن هذا الإبطال يتأسس على الغلط الجوهرى، الذي جاء به نص المادة 81 من ق م ج¹⁶¹، وبالتالي ينقضي الالتزام الجديد وبحيا من جديد الالتزام القديم؛ وهذا هو السبب في عودة المناب لديه على

¹⁶⁰-أنظر نص المواد من 294 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري، و المواد 1275 و ما بعدها من القانون المدني الفرنسي، و المواد 359 و ما بعدها من القانون المدني المصري.

¹⁶¹- نص المادة 81 من ق م ج " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله..."

المنيب، بدعوى الدين الأصلي و ليس بدعوى الضمان. ولكن ما حكم مثل هذا الفرض وهذا الوضع في عقد تحويل الفاتورة؟.

للإجابة على هذا التساؤل نقول أولاً أن حتى طبيعة الالتزام تختلف، ذلك أن التجديد في عقد تحويل الفاتورة، ينصب على تجديد الدائن وليس تجديد المدين؛ ومن جهة ثانية هل يشترط في عقد تحويل الفاتورة، تأسيساً على ما رأيناه في الإنابة، شرط الملاءة؟. الإجابة بالنفي بطبيعة الحال، وذلك ببساطة أنه لا معنى لملاءة الدائن، باعتباره أنه متلقي، ولا معنى لملاءة المدين لأن التجديد لم ينصب عليه، وأن المدين في الالتزام الجديد هو نفسه المدين في الالتزام القديم.

2- العلاقة بين المنيب والمناجب.

رأينا أنه قد لا تكون هناك مديونية سابقة ما بين المنيب والمناجب، ففي مثل هذه الحالة يكون تصرف المناجب كما سلف وأن بينا، إما على سبيل التبرع وهنا لا يكون له أي رجوع على المنيب، وإما على سبيل التفويض وهنا لا يكون له الرجوع على المدين بدعوى الوكالة. أما إذا كان المناجب مديناً للمدين، فهنا ينبغي التمييز بين نية المناجب وقصده من الإنابة، فقد يقصد تجديد الدين الذي في ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن؛ فبدلاً من أن يكون مديناً للمنيب يصبح بمقتضى الإنابة مديناً للمناجب لديه، وفي هذه الحالة لا رجوع له على المنيب بشيء. وقد يقصد المناجب التجديد عن طريق تغيير المدين، وبالتالي نشأة التزام جديد في ذمة المناجب نحو المناجب لديه.

يرجع المناجب على المنيب، بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب¹⁶²؛ وقد تقع مقاصة - إذا توافرت شروطها-، ما بين حق الرجوع وما بين الدين الذي في ذمة المناجب للمنيب، فينقضي هذا الدين عن طريق المقاصة إذا كان لا ينقضي عن طريق التجديد¹⁶³. أما في عقد تحويل الفاتورة، فلا مجال للتحدث في عنصر المديونية، حول وجوده من عدمه، فهو عنصر جوهرى كما سلف وأن بينا؛ كما أنه لا مجال للتحدث عن التجديد بتغيير المدين، فعقد تحويل الفاتورة ينصب دوماً وأبداً على التجديد بتغيير الدائن، وأن هذا الأخير ليس له رجوع على المنتمي إلا في الحالات المحددة قانوناً، والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً.

162 - أنظر نصوص المواد: 141، 142، 157، 158، 159 و 583، من القانون المدني الجزائري.

163 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 865.

3- العلاقة بين المناجج والمناجج لديه:

بمقتضى الإنابة الكاملة، التي تفترض التجديد بتغيير المدين، يكون في الالتزام الجديد المناجج مدينا للمناجج لديه، وبالتالي له الحق في الرجوع عليه بقيمة الدين؛ ولا يكون له الرجوع على المنيب، حتى ولو كان المناجج معسرا، ما لم يكن الإعسار قائما وقت الإنابة، ففي هذه الحالة يجوز إبطال هذه الأخيرة والرجوع على المنيب بدعوى الدين الأصلي، كما سبق وأن أوضحنا.

كما أنه لا يمكن للمناجج، أن يحتج على المناجج لديه بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناجج، لأنه لا علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المناجج للمناجج لديه.

أما في عقد تحويل الفاتورة، فلا مجال للتحدث عن الإعسار من جهة، كما سبق وأن أوضحنا، بالإضافة إلى فرق جوهري وهو أن الالتزام الجديد التزاما غير مجرد بالنسبة للالتزام الذي في ذمة المناجج للمدين، فينتقل متقلا بجميع دفعه وضمائنه ورهونه¹⁶⁴؛ وهو وجه آخر من أوجه الاختلاف، بين الإنابة في الوفاء وعقد تحويل الفاتورة.

ثانيا: الآثار المترتبة على الإنابة القاصرة.

الإنابة في الوفاء، لا تقضي إلى تجديد التزام سابق، كان يربط المنيب بالمناجج أو المناجج بالمناجج لديه، وإذا لم يكون هناك اتفاق، فإن الالتزام الجديد يندمج إلى جانب الالتزامات القديمة¹⁶⁵.

وباعتبار أن أساس عقد تحويل الفاتورة، هو انقضاء الالتزام القديم و حلول الالتزام الجديد محله، فإن الإنابة القاصرة تخرج عن هذا الأساس، وبالتالي لا جدوى من دراسة آثارها، باعتبارها تتعد كل البعد عن فحوى ومغزى العقد محل دراستنا.

وبالتالي، اكتفينا بإسقاط أحكام هذا الأخير على الإنابة الكاملة، سواء من حيث الشروط أو الآثار، واستخلصنا أهم المفارقات بين النظامين، التي سيأتي تفصيل أهمها في الفرع الثالث

164 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 284.

165 - حيث تنص المادة 2/295 من ق م ج، على ما يأتي: " ومع ذلك، لا يفترض، التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق، على التجديد، قام الالتزام الجديد، إلى جانب، الالتزام الأول".

الذي سنتطرق فيه لخلاصة الفرعين السابقين، حول أسباب استبعاد الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لنقل الحق في عقد تحويل الفاتورة.

الفرع الثالث: استبعاد الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة:

لقد استبعد غالبية الفقه، الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة، وهذا لعدم إمكانية تطابق أحكام التعامليين، والمفارقات الجوهرية بين التصرفين¹⁶⁶، التي أتينا على إبراز أهمها، من خلال دراستنا وتحليلنا لشروط وآثار الإنابة في الوفاء؛ وعلى كل يمكن حصر أهم هذه الفوارق الجوهرية فيما يلي:

أولاً: من حيث المراكز القانونية لأطراف العقد:

تتكون الإنابة في الوفاء من المنيب والمناب لديه والمناب، ويقابلها في عقد تحويل الفاتورة كل من المنتمي والمدين والوسيط.

1- اختلاف الطبيعة القانونية لمراكز الأطراف: ذلك أن المناب في عقد الإنابة هو المدين، والمناب لديه هو الدائن، والمنيب هو دائن المناب ومدين المناب لديه قبل حدوث التجديد بتغيير المدين، وحلول المناب محله كمدين جديد.

بينما في عقد تحويل الفاتورة، فإن الوسيط الذي يقابل المناب هو الدائن، والمنتمي هو مدين للوسيط ودائن للمدين قبل حدوث التجديد، وحلول الوسيط محله كدائن جديد.

2- عنصر الملاءة أو عدم إمسار المدين التعاقد: وهذا الشرط هو الذي جاءت به نص المادة 295 من ق م ج، والذي يشترط لصحة الإنابة في الوفاء ملاءة المدين عند إبرام العقد؛ غير أن اختلاف المراكز القانونية لأطراف العقد في عقد تحويل الفاتورة، يجعل هذا الشرط بدون معنى، ذلك أن التجديد في هذا العقد ينصب على تغيير الدائن وليس على تغيير المدين.

ثانياً: من حيث عنصر المديونية:

¹⁶⁶ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص34.

ليس من الضروري كما رأينا، أن يكون المناب مدينا للمنيب، أو أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه في علاقة الإنابة؛ بينما في عقد تحويل الفاتورة، فعنصر المديونية هو عنصر جوهري لا يمكن تصور العملية دونه.

فالوسيط لابد وأن يكون دائئا للمنتمي، وهذا الأخير لابد وأن يكون دائئا للمدين، وبمقتضى عقد تحويل الفاتورة يتحول الوسيط إلى دائئا للمدين بدلا من المنتمي؛ فعنصر المديونية، هو الذي يحكم علاقة جميع الأطراف باعتبارهم تجارا، ويهدفون إلى المضاربة وتحقيق الربح ولا مجال للتبرع في عملهم¹⁶⁷.

ثالثا: من حيث تنقل مدفوع الحق:

في الإنابة في الوفاء، يبقى الدين القديم في ذمة المدين الأصلي، وينشأ إلى جانبه دين جديد في ذمة مدين آخر، وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم في مقوماته وخصائصه، حتى أنه لا يتأثر بدفوع الدين القديم. على العكس من ذلك، فإن عقد تحويل الفاتورة ينتقل فيه الالتزام بضماناته وصفاته ودفوعه، لمصلحة كل من الوسيط والمدين¹⁶⁸.

استبعاد الإنابة في الوفاء، كأساس قانوني لانتقال الحقوق الثابتة في الفواتير بموجب عقد تحويل الفاتورة، أدى ببعض الفقه الكلاسيكي إلى القول بالتجديد كأساس لهذه العملية، وهو ما سنتطرق له في المطلب الثاني من مبحثنا المتعلق بالإطار القانوني التقليدي لانتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة.

المطلب الثاني: التجديد لإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

اعتبر بعض الفقه¹⁶⁹، أن عقد تحويل الفاتورة هو تطبيق لإحدى صور تجديد الدين وذلك بتجديد شخص الدائن، فتنقل ملكية الدين من الدائن الأساسي إلى الوسيط الذي يشتري ذلك الدين.

¹⁶⁷- Gavalda (Christian), AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz-com., 1996-I-, A-B, p.2, n6.

¹⁶⁸- نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 287.

25- Rodère, Note à cass.com. 21 nov.1972, D S. 1974, n°.213-5.

والتجديد، هو استبدال دين جديد بدين قديم يحل محله، فيكون سببا في إنقضاء الدين القديم ونشأة الدين الجديد؛ وبخلاف التجديد عن الوفاء بمقابل، كون الوفاء لا يتم فور الاتفاق على التجديد بل يتأخر هذا الوفاء إلى ما بعد الاتفاق¹⁷⁰.

نظام التجديد كان شائعا في القانون الروماني، فقد كان الالتزام يعتبر رابطة شخصية بين الدائن والمدين، لا يمكن حوالتها إلى شخص ثالث ولا النزول للغير عن الدين الناشئ عنها وإلا انهارت هذه الرابطة، ولم يكن هناك طريق لانقضاء رابطة الالتزام، إلا بالوفاء أو الإبراء أو مضي الزمن. ونظرا لحاجة الناس إلى إجراء تعديل أو تبديل في الالتزام في بعض الأحيان، فقد كانوا يلجئون إلى التجديد وبه يقضون على الالتزام القديم وينشئون آخر محله، يختلف عنه في محله أو في أحد أطرافه¹⁷¹.

وقد قلت أهمية التجديد في الوقت الحاضر، بسبب وجود نظم أخرى تؤدي نفس الغاية التي يحققها التجديد. فالوفاء بمقابل يمكن أن يغني عن التجديد بتغيير المحل، وحوالة الحق يمكن أن تغني عن التجديد بتغيير شخص الدائن، وحوالة الدين يتمكن أن تغني عن التجديد بتغيير شخص المدين. ومع ذلك، فلا زالت لنظرية التجديد أهمية عملية كبيرة، فلا غنى عنها في الكثير من النظم القانونية¹⁷².

يرى الأستاذ السنهوري في التجديد، اتفاق (Convention) على انقضاء الالتزام القديم، وعقد (Contrat) لإنشاء الالتزام الجديد¹⁷³، غير أننا لا نرى بد لهذه التفرقة؛ وكأننا بالأستاذ السنهوري يريد أن يقول أن العقد لا ينصب إلا على إنشاء الالتزام، أما ما يقضي بخلاف ذلك من نقل أو تعديل أو إلغاء الالتزام فهو اتفاق. وهي تفرقة نراها قاصرة، ذلك أن العقد هو تطابق أو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغاءه، والاتفاق لا يعدو أن يزيد عن كونه ركنا في العقد.

تناول التقنين المدني الجزائري التجديد في المواد من 287 إلى 296، وتناوله المشرع المصري في المواد من 352 إلى 361، وقانون الموجبات و العقود اللبناني في المواد من 320

170 - محمد ليبب شنب، دروس نظرية الالتزام، 1974-1975 (غير مذكور مكان النشر)، ص 374.

171 - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق ص 404.

172 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 528.

173 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 813.

إلى 327، والمشرع الفرنسي في المواد 1271 إلى 1281¹⁷⁴ من القانون المدني الفرنسي. وقد اتفقت جميع هذه التشريعات حول مفهوم التجديد، بكونه إحلال دين جديد محل الدين القديم، وهذا الدين الجديد يختلف عن القديم إما في محله أو في مصدره أو في أحد طرفيه (الدائن أو المدين)¹⁷⁵.

فهل يستوي أن نقول أن التجديد هو الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة؟، وهل تنطبق أو تتوافق شروط وآثار هذا الأخير مع شروط وآثار التجديد؟؛ ثم هل يمكن في الأخير تبعا لذلك، أن نقول بأن الحق في عقد تحويل الفاتورة ينتقل من المنتمي إلى الوسيط، عن طريق التجديد بتغيير أحد طرفي العقد؟.

للإجابة على هذه التساؤلات، نقول أن غالبية الفقه أجمع على استبعاد التجديد كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة، ومرد ذلك إلى الدفع القانونية التي سيأتي تفصيلها من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: من حيث شروط الانعقاد.

الفرع الثاني: من حيث آثار العقد.

الفرع الأول: من حيث شروط الانعقاد.

لا يتم التجديد إلا باتفاق ذوي الشأن، فبدون اتفاق لا يوجد تجديد، ولا يشترط في الاتفاق أن يكون مكتوبا إذ يمكن إظهاره بأي طريقة¹⁷⁶، بشرط أن لا يكون الاتفاق مفترضا وإنما

¹⁷⁴ - و تنص المادة 1271 من التقنين المدني الفرنسي على:

La novation s'opère de trois manières:

- 1- lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte.
- 2- Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier.
- 3- Lorsque par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

¹⁷⁵ - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 404.

¹⁷⁶ - l'acte novatoire ne doit pas être forcément passé par écrit, l'intention de nover peut être établie par tous les modes de preuve admis par la loi. 28 déc.1908, D.P 1909.1.214.

صريحا؛ ولا يتم التجديد بإرادة الدائن وحده أو المدين وحده، ما عدا التجديد الذي يتم بتغيير المدين، فلا يشترط إخطار المدين القديم¹⁷⁷.

فالتجديد إذن اتفاق، ولذلك يجب أن تتوافر فيه كل ما يلزم توافره في الاتفاق من شروط:

1- الاتفاق بين جميع الأطراف، 2- سلامة الرضا، 3- الأهلية القانونية، 4- نية التجديد.

ويجب أن يساهم في الاتفاق على التجديد، جميع أطراف الالتزام القديم وأطراف الالتزام الجديد، وقد يكون طرفا الالتزام الجديد هما طرفي الالتزام القديم، وذلك في حالة التجديد بتغيير محل الدين أو مصدره؛ وقد يدخل في الاتفاق شخص ثالث غير الدائن والمدين في الالتزام القديم، ويكون ذلك عندما يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين، وعندئذ يجب رضا هذا الشخص الثالث أيضا فضلا عن رضا طرفي الالتزام القديم¹⁷⁸.

أي كان أطراف التجديد، فإنه يشترط لصحة الاتفاق على التجديد ما يشترط عادة لصحة العقود بصفة عامة، من أن يكون رضا الأطراف خاليا من العيوب وإلا كان عقد التجديد قابلا للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيب، كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

وفي الأخير فإنه يلزم لقيام التجديد، أن توجد لدى الطرفين نية التجديد وأن تثبت هذه النية بشكل واضح؛ وفي هذا تنص المادة 1/289 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 1/354 من القانون المدني المصري، " لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه من الظروف...".

كما تنص المادة 1/320 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن " تجديد الموجب لا يقدر وجوده بل يجب أن يستفاد من العقد صراحة..."، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، في نص المادة 1273 من القانون المدني الفرنسي¹⁷⁹.

وتنص المادة 290 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 355 من القانون المدني المصري على أنه، " لا يعد مجرد تقييد الالتزام في حساب جار تجديدا، وإنما يتجدد الالتزام إذا

¹⁷⁷ - وفي هذا الصدد تنص المادة 1274 من التقنين المدني الفرنسي:

" La novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur".

¹⁷⁸ - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 406.

¹⁷⁹ - حسب نص المادة 1273 من التقنين الفرنسي:

" La novation ne se présume point, il faut que la volonté de l'opère résulte clairement de l'acte".

قطع رصيد الحساب وتم إقراره، على أنه إذا كان الدين مكفولاً بتأمين خاص، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك".

يتضح من هذه النصوص، أن مجرد التغيير في عنصر من عناصر الالتزام، لا يترتب عليه مباشرة تجديد هذا الالتزام؛ فالتغيير في شخص الدائن، قد يكن المقصود به حوالة الحق، والتغيير في شخص المدين قد يكون المقصود به حوالة الدين، والتغيير في محل الالتزام قد يقصد به إحداث هذا التغيير فقط، دون تجديد الالتزام كله.

تطبيق ذلك، كتابة سند جديد كسفتجة مثلاً لتأكيد وجود الالتزام، أو اتفاق على تغيير زمان الوفاء أو مكانه أو كميته، أو تعديل سعر الفائدة أو التنازل عن بعض التأمينات أو إنشاء تأمينات جديدة؛ فمثل هذه التغييرات و غيرها، لا تؤدي إلى تجديد الالتزام، إلا إذا وجدت نية التجديد¹⁸⁰.

كما أن مجرد قيد الدين، في الحساب الجاري لا يعد تجديداً له؛ والاتفاق على فتح الحساب الجاري، هو عقد يتفق من خلاله شخصان بينهما علاقات مستمرة، على أن الحقوق والديون التي تنشأ من هذه العلاقة، لا تستوفي أول بأول وإنما تقيد في حساب واحد، ويصفى الحساب في النهاية عند إقفاله¹⁸¹.

وعند إقفال الحساب وإقراره، ينشأ دين جديد لأحد الطرفين بقدر ما يكون الحساب دائماً لمصلحته، وعندئذ و فقط - أي عند إقفال الحساب وإقراره لا قبل ذلك - يتجدد الدين، فيصبح رصيد الحساب دين جديد مستقل عن عناصره السابقة. ولا يعني عند تجديد الدين بقيدته في الحساب الجاري أن الدين نفسه يبقى، فالمقرر أن قيد الدين في الحساب الجاري يترتب عليه فناء ذاتيته، ومع هذا فإن التأمين الذي كان يكفل الدين الذي قيد في الحساب الجاري، يبقى ليضمن صافي الحساب¹⁸².

أما بالنسبة لعقد تحويل الفاتورة، فالعقد ينشأ باتفاق طرفين فقط، وهما على التوالي كل من الوسيط والمنتمي، أما المدين فينعقد العقد و ينشأ صحيحاً بدونه وبدون إخطاره¹⁸³؛ وهذا وجه

180 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 530.

181 - Pierre Jude, Op.cit. p.18.

182 - عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 411.

183 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 59.

من أوجه الاختلاف بين عقد تحويل الفاتورة وعقد التجديد، الذي يشترط اتفاق كل أطراف العقد من دائن قديم ودائن جديد ومدين.

فإخطار المدين، لا يستلزم في عقد تحويل الفاتورة إلا لنهاذ العقد، أما لانعقاده فيكفي رضا المنتمي و الوسيط¹⁸⁴؛ وعليه نصل إلى خلاصة، أن شروط انعقاد ونفاذ عقد التجديد تختلف عن تلك اللازمة لعقد تحويل الفاتورة.

إذا كان الحكم على هذه الحالة بالنسبة لشروط النفاذ والانعقاد، فما هو الحكم بالنسبة للآثار القانونية المترتبة عن التصرفين؛ هذا ما سنحاول الإجابة عليه، من خلال مقارنة أهم الآثار القانونية لعقد التجديد، ومدا انطباقها مع تلك المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة.

الفرع الثاني: من حيث آثار العقد.

للتجديد أثران؛ أثر مسقط و أثر منشيء، فيترتب على التجديد سقوط الالتزام القديم أي انقضاؤه، ذلك أن التجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام معادل للوفاء، وفي نفس الوقت ينشأ التزام جديد محل ذلك الالتزام القديم¹⁸⁵.

وقد نصت المادة 1/291 من التقنين المدني الجزائري، " يترتب على التجديد انقضاء التزام الأصلي بتوابعه، ونشأة التزام جديد مكانه"؛ وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 1/356 من التقنين المدني المصري، و المشرع الفرنسي في نص المادة 1278 من التقنين المدني الفرنسي¹⁸⁶؛ كما تنص المادة 1/325 موجبات لبناني على أن " التجديد يسقط الموجب أصلا و فرعا تجاه الجميع".

تبعاً لهذه النصوص، فإن الالتزام القديم ينقضي مع ملحقاته وكذا التأمينات الضامنة له؛ ومع ذلك ينبغي الإشارة إلى مكنة الاتفاق، على انتقال التأمينات التي كانت تضمن الالتزام

¹⁸⁴- Ripert et Roblot, Droit Commercial, II, Paris, 1981, n°.245.

¹⁸⁵ - عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق، ص 418.

¹⁸⁶ - حيث تنص المادة 1278 من التقنين المدني الفرنسي:

" Les privilège et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substitué, a moins que le créancier les ait expressément réservés".

القديم إلى ضمان الالتزام الجديد؛ فالتأمينات الضامنة للالتزام القديم كالرهن مثلا، لا تنتقل إلى حماية الالتزام الجديد إلا بنص القانون أو اتفاق الطرفين¹⁸⁷.

وفيما يتعلق بانتقال التأمينات باتفاق المتعاقدين، فيجب التفرقة بين التأمينات العينية المقدمة من المدين، كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي، وبين التأمينات الشخصية المقدمة من الغير، كالكفالة؛ فلا يكون الاتفاق على التأمينات العينية، نافذا في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، هذا مع مراعاة الأحكام والمبادئ المتعلقة بالتسجيل، أما التأمينات المقدمة من الغير، سواء كانت عينية أو شخصية (كفالة أو تضامن)، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون¹⁸⁸.

أهم آثار التجديد إذن، هي أن الالتزام القديم ينقضي وينشأ محله التزام جديد، فالتجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام، وهو في نفس الوقت عقد منشئ لالتزامات جديدة. أما في عقد تحويل الفاتورة، فلا مجال للتحدث عن انقضاء الالتزام ونشوء التزام جديد يحل محله؛ فإذا كان التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام، فإن شراء الحقوق التجارية، هو سبب من أسباب انتقال الحق وليس انقضاءه.

حيث أنه ومن جهة أخرى، وعلى عكس التجديد الذي ينشأ فيه الالتزام الجديد خاليا من الضمانات والتأمينات، التي كان يحملها الالتزام القديم، إلا ما نص صراحة أو قانونا على انتقاله؛ فإن عقد تحويل الفاتورة، يضمن انتقال الحق المحال به بصفاته ودفعه، فهو ينتقل بكل صفاته، كما لو كان تجاريا أو ثابتا في سند تنفيذي، وينتقل بكل توابعه، فيشمل ما حل به من فوائد وأقساط التي لم يكن الدائن المحيل قد قبضها بعد، وهو ينتقل بكل ضماناته، من كفالة ورهن وتأمين، وينتقل بجميع توابعه، كالدعاوى التي تحميه وتؤكد¹⁸⁹.

187 - من الأمثلة على نص القانون أن التأمينات تنتقل في الحساب الجاري ضمانا لرصيد الحساب بعد قطعه وإقراره.

188 - حيث تنص المادة 02/325 من قانون الموجبات والعقود اللبناني "ويمكن الكفلاء وسائر الموجب عليهم أن يدخلوا برضاهم تحت أحكام الموجب الجديد ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق الرهون والحقوق الممتازة و رهون المنقولات بالدين الجديد على الشروط نفسها التي كانت ضامنة للموجب السابق، ولا يكون ذلك إلا إذا رضا بهذا الحق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز (la propriété de bien grevé) ومن ثمة فالقانون اللبناني مثله مثل القانون الفرنسي (المادة 1278) أضاف حقوق الامتياز أيضا، وهما بذلك خالفا للقانونين الجزائري والمصري الذين استبعدا حقوق الامتياز واكتفيا بالتأمينات الاتفاقية، أي استبعدا التأمينات بقوة القانون لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره بل هي تأمينات رتبها القانون وبنائها على صفة في الالتزام فهي لصيقة بهذه الصفة.

189 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص79.

فالتجديد تبعاً لكل هذا، وتبعاً لما جاء ذكره عن شروط انعقاد العقد ونفاذه، لا يصلح أن يكون إطاراً قانونياً لعقد تحويل الفاتورة، فهو مصدر من مصادر انقضاء الالتزام، وليس مصدر من مصادر انتقاله.

ونظراً لعدم ملائمة كل من التجديد و الإنابة في الوفاء كما رأينا أعلاه، لأحكام ومبادئ وأسس انتقال الحق في عقد تحويل الفاتورة، فقد اتجهت بعض التشريعات المقارنة والفقهاء، إلى تأسيس النظام القانوني لانتقال الحق في عقد تحويل الفاتورة، بالاستناد لنظرية حوالة الحق، لأن النظامان يستويان من الناحية الموضوعية، في آلية انتقال الحق إلى الدائن الجديد، وحق هذا الأخير في الرجوع على المدين لاستقاء الدين المترتب على ذمته¹⁹⁰. وهو ما تبناه بدوره بعض الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي اعتبر في البدء أن عملية تحويل الفاتورة، تتضمن حوالة دين من الدائن الأصلي إلى مؤسسة تحويل الفاتورة¹⁹¹.

فإلى أي مدى، يمكن القول بتطابق وانسجام الآليات القانونية لنظام حوالة الحق، مع الأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة؟؛ ذلك ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي، بتناولنا بالدراسة لحوالة الحق كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثالث: حوالة الحق كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

حوالة الحق Cession de créance، عقد يتم باتفاق الدائن الأصلي والدائن الجديد، يحل بمقتضاه الثاني محل الأول في حقوقه قبل مدينه. فيوجد فيها إذن ثلاث أشخاص: الدائن الأصلي ويسمى بالمحيل Cédant، والدائن الجديد ويسمى بالمحال له أو المتفرغ له Cessionnaire، والمدين ويسمى بالمحال له Cedeo¹⁹².

وسنعرض في هذا المطلب، لآليات انعقاد ونفاذ حوالة الحق في الفرع الأول، ثم آثار حوالة الحق في الفرع الثاني، لنأتي لذكر أهم عيوب حوالة الحق الضامنة للاتئتمان؛ وهي العيوب المستخلصة من دراستنا لآليات انعقاد العقد ونفاذه وآثاره القانونية، والتي سنعرض لها

¹⁹⁰ - Ferronnière et De Chillaz, Op.cit. 2435.

¹⁹¹ - Paris, 25 juin 1968 ; et Pontoise com., 20 juin 1967, J.C.P., 1968-II-15610.

¹⁹² - أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، ص 52.

في الفرع الثالث من هذا المطلب، أما في الفرع الرابع والأخير فسننتظر لتطبيقات أحكام حوالة الحق كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة في بعض الأنظمة المقارنة.

وعليه سيكون تفصيل دراستنا لهذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: انعقاد ونفاذ الحوالة.

الفرع الثاني: آثار حوالة الحق.

الفرع الثالث: حيوية حوالة الحق الصامنة للائتمان.

الفرع الرابع: تطبيقات أحكام حوالة الحق، كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة في بعض الأنظمة المقارنة.

الفرع الأول: انعقاد و نفاذ الحوالة.

حوالة الحق، اتفاق بين الدائن وشخص آخر، يقصد به نقل حق الدائن قبل المدين إلى هذا الشخص، ويسمى الدائن المحيل، ويسمى الشخص الآخر المحال له؛ كما أنها عقد يتم بين الدائن القديم (المحيل) وبين الدائن الجديد (المحال له)، على انتقال حق الأول إلى الثاني في مواجهة المدين (المحال عليه).

وعلى ذلك، فطرفا الحوالة هما الدائن المحيل والغير المحال له، أما المدين فليس طرف في الحوالة، وعليه لا يشترط في الحوالة إلا رضا الدائن القديم والدائن الجديد لانعقاد العقد، أما المدين فلا يشترط القانون رضائه¹⁹³. والعلة في ذلك، أنه يستوي عند المدين أن يفي لزيد أو لعمر، لأن عبئ الالتزام لا يتغير بتغير شخص الدائن¹⁹⁴، والمهم في الالتزام بالنسبة للمدين، هو محل الالتزام وليس شخص الدائن، وهو عبئ لا يعيبه في سبيل الخلاص منه أن يوفيه لشخص أو لآخر¹⁹⁵.

¹⁹³ - نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 239 من التقنين المدني الجزائري، "وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المدين" وتقابلها بنفس المعنى المادة 303 من التقنين المدني المصري.

¹⁹⁴ - إلا إذا اقتضت طبيعة الالتزام عدم حوالته، يتحقق ذلك، إذا كانت شخص الدائن، محل اعتبار عند نشوء الالتزام، بحيث لم يقبل المدين، أن يلتزم إلا في مواجهة، شخص معين بذاته.

أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 476.

¹⁹⁵ - وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه:

" تقضي المادة 303 من القانون المدني، بأن الحوالة تتم بدون حاجة إلى رضا المدين، مما مفاده، على ما ورد في المشروع التمهيدي، أن المشرع اختار المبدأ الذي سارت عليه التشريعات الجديدة، التي تجيز أن يضل المدين، بالحق المحال به، بمعزل، عن تعاقده المحيل و المحال له، مراعية في

يتعين لانعقاد حوالة الحق، أن تتوافر لها الأركان التي تتطلبها القواعد العامة، لانعقاد العقود وهي التراضي والمحل والسبب؛ ومحل الحوالة هو الحق الذي يراد نقله إلى المحال له، فإذا كان هذا الحق قد انقضى قبل الحوالة فإنها لا تتعقد¹⁹⁶.

والحوالة لا يشترط لانعقادها شكل خاص، بل تتعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول، ومن تم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة¹⁹⁷.

كما أنه يجب مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة¹⁹⁸، فإذا حول الدائن حقه المدني إلى شخص آخر وذلك بالتراضي بينهما، فإن المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن، والمحال له يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق بالبينة والقرائن، إذا لم يزد قيمة الدين أو الحق محل الحوالة عن 100.000 دج، وبالكتابة إذا زاد عن هذا المبلغ؛ أما إذا كان الحق محل الحوالة حقا تجاريا، فإنه يمكن إثباته بكافة الطرق التي نصت عليها المادة 30 من التقنين المدني الجزائري.

قدمنا أن الحوالة، تتعقد بالتراضي بين المحيل والمحال له، دون الحاجة إلى رضاء المدين، ولكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو في حق الغير¹⁹⁹؛ إذ تنص المادة 241 من التقنين المدني الجزائري، وتقابلها المادة 305 من التقنين المدني المصري، " لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير، إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ".

ذلك، أن المدين يستوي لديه، استبدال دائن بآخر، و بالتالي فإن الحق المحال به، ينتقل، بمجرد انعقاد الحوالة، دون الحاجة إلى نفاذها في حق المدين المحال عليه."

- أنظر: نقض مصري، 1977/03/22، مجموعة أحكام النقض، السنة 78، رقم 123، ص 732.

¹⁹⁶ - محمد شريف عبد الرحمان، حوالة الالتزام في ضوء الفقه و أحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 2005، ص 86.

¹⁹⁷ - السنهوري، المرجع السابق، ص 468.

¹⁹⁸ - محمد شريف عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 179.

¹⁹⁹ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، بيع الدين - دراسة في فقه الشريعة الإسلامية -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007، ص 141.

يتضح من هذا النص، أن الإجراء الذي يتم به نفاذ الحوالة، في مواجهة المدين هو إعلانه بها أو قبوله لها، ولا يشترط شكل خاص في قبول المدين، فيجوز أن يكون هذا القبول مكتوباً على ذات المحرر المثبت للحوالة أو في محرر مستقل²⁰⁰.

وإعلان المدين بالحوالة، يكون في شكل ورقة من أوراق المحضرين، تسلم إليه بناء على طلب المحيل أو المحال له، والتزام علم المدين بالحوالة عن طريق قبوله لها أو إعلانه بها أمر منطقي، لأنه يترتب عليها التزامه بالوفاء بدينه للمحال له بدلاً من الدائن المحيل؛ ولا يتصور أن يلزم المدين بذلك، إذا لم يكن على علم بالحوالة²⁰¹.

أما بالنسبة لغير المدين أو الأجنبي²⁰²، فإن الحوالة تنفذ في مواجهته بنفس الإجراء المشروط لنفاذها في مواجهة المدين، وهو إعلانها للمدين أو بقبوله لها قبلاً ثابت التاريخ، وذلك حتى لا يتواطأ الدائن مع المدين على تغيير التاريخ الحقيقي للقبول إضراراً بشخص من الغير. أما فيما يتعلق بالإعلان، فهو ثابت التاريخ دائماً، لأنه يتم عن طريق ورقة من أوراق المحضر وهي ورقة رسمية ذات تاريخ بحكم رسميتها²⁰³.

وقد يشترط القانون زيادة على الإجراءات السابق ذكرها، بعض الإجراءات الخاصة بالنسبة لبعض أنواع الحقوق، فإذا كان الحق ثابتاً في سند اسمي، فإن حوالاته تتم بقيده في سجلات المؤسسة التي صدرت منها هذه السندات، وكذلك بالتأشير على صك السند ذاته²⁰⁴؛ أما إذا كان الحق ثابتاً في سند إذني كالسفتجة مثلاً، فإن حوالاته تتم عن طريق تظهيره، أما السندات لحاملها فإن ملكيتها تنتقل بمجرد تسليمها للمحال له، وتنفذ بذلك دون أن تحتاج إلى تظهير²⁰⁵.

200 - خالد محمد حسين إبراهيم، التصرف في الديون و تطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر،

الإسكندرية، 2006، ص 251.

201 - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص 142.

202 - والمقصود بالأجنبي أو الغير ليس هو كل شخص أجنبي لا علاقة له بأطراف الحوالة، فهذا الشخص لا تعنيه الحوالة ولا تؤثر فيه نفاذها ولكن المقصود بالغير هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة وهو كل من تعلق له حق بالحق المحال كمحال له آخر بهذا الحق ... أو حجز عليه.

203 - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 362.

204 - محمد شريف عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 133.

205 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 481.

وعليه نجد، أن شروط انعقاد ونفاذ حوالة الحق، تتفق في الكثير من الأحكام مع شروط نفاذ وانعقاد عقد تحويل الفاتورة، خاصة ما يتعلق منها:

- 1- عدم اشتراط موافقة المدين ورضائه لانعقاد العقد؛
 - 2- أن الحوالة لا يشترط لانعقادها شكل خاص، بل تتعدّد بمجرد توافق الإيجاب والقبول؛
 - 3- أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين، إلا بعد إعلانه بها أو قبوله لها.
- وكما تتفق الحوالة مع عقد تحويل الفاتورة في الأحكام المذكورة أعلاه، فإنها تختلف معه في أحكام تجعل من تطبيقها كأساس لعقد تحويل الفاتورة أمرا مستعصيا، خاصة ما تعلق منه بالأحكام التالية:

- 1- أن الحوالة لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها بعقد غير قضائي²⁰⁶، بينما لا يشترط قبول المدين لنفاذ عقد تحويل الفاتورة²⁰⁷،
- 2- أن إعلان الحوالة يكون بعقد غير قضائي، يتمثل عادة في ورقة من أوراق المحضرين، بينما لا يشترط شكل معين للإعلان في عقد تحويل الفاتورة.

إذا كانت حوالة الحق تتفق مع عقد تحويل الفاتورة، في بعض الأحكام المتعلقة بشروط انعقاد العقد و نفاذه، و تختلف معه في أحكام أخرى، فما هو الحكم بالنسبة لآثار حوالة الحق، ذلك ما سنتطرق له في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: آثار حوالة الحق.

انتقال حق الدائن إلى المحال له، هو الأثر الجوهري لحوالة الحق، وإلى جانب هذا الانتقال تنشئ الحوالة بعض الالتزامات على عاتق المحال له، وعلى عاتق المحيل و تختلف هذه الالتزامات بين إذا كانت الحوالة بعوض أو مجانا (بغير عوض).

أولا: انتقال الحق.

²⁰⁶ - المادة 241 من التقنين المدني الجزائري.

²⁰⁷ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 212.

يترتب على الحوالة، انتقال الحق الذي كان ثابتا للدائن إلى المحال له؛ وينتقل هذا الحق ذاته، بصفاته وضماناته التي كانت له قبل الحوالة، وبما يرد عليه من دفع²⁰⁸. فالحوالة لا تنشئ حقا جديدا، فإذا كان الحق تجاريا انتقلت هذه الصفة معه إلى المحال له، فيكون حقه تجاريا ولو لم يكن تاجرا²⁰⁹.

فينتقل الحق بمجرد انعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له، أي حتى قبل أن تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالإعلان أو القبول، فتنتقل ملكية الحق فيما بين المتعاقدين - أي فيما بين المحيل والمحيل له- بمجرد العقد، دون حاجة إلى أي إجراء آخر²¹⁰. وعلى كل، إذا كان الحق ينتقل إلى المحال له من وقت انعقاد الحوالة، فإنما يكون ذلك في العلاقة بين المحيل والمحال له؛ فمنذ ذلك الوقت، يجب على المحيل أن يمتنع عن كل عمل من شأنه الإضرار بالمحال له، كحوالة الحق مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته من المحال عليه²¹¹.

ويتعين تبعا لذلك، إذ قام المدين بعد الحوالة بوفاء دينه إلى الدائن الأصلي، فعلى هذا الدائن أن يرد ما تسلمه إلى المحال له، لأنه مستحق له منذ إبرام الحوالة، ويمكن للمدين أن يعود على الدائن الأصلي في هذه الحالة بدعوى الدفع الغير المستحق، طبقا لنص المادة 143 من التقنين المدني الجزائري²¹².

هذا في علاقة المحيل أو الدائن الأصلي بالمحال له أو الدائن الجديد؛ أما بالنسبة للغير، وهم المدين والأشخاص الأجانب على عقد الحوالة، فلا يعتبر الحق منتقلا إلا منذ نفاذ الحوالة في مواجهتهم، أي منذ قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها²¹³.

208 - نقض مدني مصري 1990/06/11، و قد جاء فيه: " إن الحق ينتقل بجميع مقوماته، وخصائصه، و توابعه، و منها الدعاوى، التي تؤكد إلى المحال إليه، و كذلك ما عليه من دفع، كان للمحال عليه بمواجهة المحيل بها، وقت إعلان الحوالة أو قبولها، و من ذلك الدفع بانقضاء الحق المحال به..."

- مجموعة أحكام النقض السنة 91، رقم 283، العدد الثاني.

209 - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 363.

210 - السنهوري، المرجع السابق، ص 494.

211 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 483.

212 - حيث تنص المادة 143 فقرة 1 من التقنين المدني الجزائري: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس له مستحقا، وجب عليه رده".

213 - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص 256.

ويترتب على ذلك، أنه بعد انعقاد الحوالة وقبل صيرورتها نافذة في حق المدين، يمتنع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به، باعتبار أن ملكية هذا الحق قد انتقلت للمحال له من تاريخ انعقاد الحوالة.

ثانياً: التزامات المحيل.

يلتزم المحيل في مواجهة المحال له بالالتزامات الآتية:

1: ضمان الأفعال الشخصية:

تنص المادة 247 من التقنين المدني الجزائري، وتقابلها المادة 311 من التقنين المدني المصري على أن، " يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة مجانية أو بغير ضمان؛" فيضمن المحيل للمحال له تبعاً لذلك، جميع الأفعال الصادرة عنه والتي من شأنها الإنقاص من الحق محل الحوالة أو زواله²¹⁴.

فيمتنع المحيل من وقت إبرام الحوالة، عن كل تصرف بالحق المحال به، كحوالته مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته، وعن كل عمل من شأنه أن يمنع المحال له من استيفاء الحق من المدين، أو أن يجعل هذا الاستيفاء أكثر صعوبة، وذلك سواء كانت الحوالة بعوض أو بدون عوض. وعلى ذلك؛ لا يجوز للدائن المحيل أن يقوم بعد إبرام الحوالة باستيفاء الحق من المدين، فهذا الاستيفاء يصبح من حق المحال له بمجرد الحوالة²¹⁵.

أ- إذا كانت الحوالة بعوض:

تنص المادة 244 من التقنين م ج و تقابلها المادة 308 من ت م مصري، " إذا كانت الحوالة بعوض، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"

ففي هذه الحالة، يكون المحيل ضامناً لوجود الحق وقت الحوالة، ويكون بالتالي مسئولاً أمام المحال له إذا لم يكن الحق المحال به موجوداً وقت الحوالة²¹⁶. ويعتبر الحق غير موجود وقت الحوالة، إذا كان وجوده قد تقرر بمقتضى سند تقرر بطلانه، أو كان قد انقضى قبل

²¹⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة، 1992، فقرة 304، ص 211.

²¹⁵ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 365.

²¹⁶ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 535.

الحوالة بالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم، أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام²¹⁷.

هذه هي القاعدة، وإن كان يجوز الاتفاق على خلافها كما جاء في نص المادة 244 من التقنين المدني الجزائري أعلاه، فيجوز للمحيل أن يتفق مع المحال له على ألا يكون مسئولاً على وجود الحق المحال به، طالما أن سبب المساس بالحق لا يرجع إلى أعمال المحيل الشخصية اللاحقة لانقضاء الحوالة²¹⁸؛ وهذه هي أقصى درجات التخفيف، أما أدناها أن يتفق على عدم ضمان المحيل لتوابع الحق أو ل ضماناته.

وعلى العكس، قد يقع الاتفاق على التشديد في مسؤولية المحيل، بجعله مسئولاً بالإضافة إلى وجود الحق وقت الحوالة، على يسار المحال عليه و قدرته على الوفاء²¹⁹؛ وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 245 من ت م ج، والمشرع المصري في المادة 309 من ت م م بأنه، "لا يضمن المحيل يسار المدين، إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان...".

ب- إذا كان الحوالة مجانية:

إذا كانت الحوالة مجانية أي بغير عوض، فإن المحيل لا يضمن حتى وجود الحق، فإذا تبين أن الحق المحال به غير موجود وقت الحوالة، فلا يكون المحيل مخلاً بأي التزام²²⁰. وهذا ما نصت عليه المادة 244 فقرة أخيرة من التقنين المدني الجزائري "أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامناً لوجود الحق".

2- ضمان الاستحقاق:

إذا أخل المحيل، بضمان فعله الشخصي أو بضمان وجود الحق أو بضمان يسار المدين عند الاتفاق عليه، فإنه يكون مسئولاً عن الضرر الذي يصيب المحال له نتيجة هذا

217 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص 484.

218 - محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الثاني في أحكام الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة، 1974، فقرة

162، ص 181.

219 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، طبعة المطبعة العالمية، القاهرة، 1958، فقرة 169، ص 118.

220 - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 366.

الإخلال²²¹. وقد نصت المادة 246 من التقنين المدني الجزائري، وتقابلها المادة 310 من التقنين المدني المصري على أنه، " إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين 244 و 245، فلا يلزم المحيل إلا برد ما قبضه بالإضافة إلى المصاريف، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك؛" فتبعاً لهذا النص، لا يلزم المحيل إلا برد ما أخذه من المحال له مع الفوائد والمصروفات.

بناءً على الأحكام التي جاء ذكرها، اعتبر بعض الفقهاء أن عقد تحويل الفاتورة يتفق مع الحوالة بعوض، حيث يضمن المحيل للمحال له وجود الحق، لكنه لا يضمن له يسار المدين؛ كما أن الحق ينتقل للمحال له بكامل مشتملاته وضمائنه، وبكافة ما يستحق من أقساط و فوائد، ويمكن للمدين أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل، و لا تبرا ذمة المدين للمحيل، بعد علمه أو إعلامه بالحوالة للمحال له²²².

إن تطابق الكثير من شروط وآثار حوالة الحق، مع آلية انتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة، دفع بالعديد من التشريعات المقارنة وعلى رأسها التشريعات الأنجلوساكسونية، على تبني واعتماد حوالة الحق كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة؛ وهذا الموقف يعود بالأساس إلى أن هذه التشريعات لا تشترط موافقة المدين أو حتى إخطاره بالحوالة، مما سمح بتأسيس نظام عقد تحويل الفاتورة على نظرية حوالة الحق²²³.

أما في القانون الفرنسي والقوانين المستقاة منه، فلأمر مختلف لأنه من أجل سريان حوالة الحق على المدين، يجب مراعاة العديد من الإجراءات الشكلية، التي لا تستلزمها التشريعات التي تبنت حوالة الحق كأساس لعقد تحويل الفاتورة؛ بالإضافة إلى عيوب أخرى، من شأنها أن تمس بالطابع الائتماني للعقد، وبالتالي المساس بروح هذا العقد وطبيعته المميزة، وهو ما سيكون محل تفصيلنا فيما يلي.

الفرع الثالث: عيوب حوالة الحق الضامنة للائتمان.

221 - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 367.

222 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 208.

223 - نفس المرجع، ص 210.

لا تخلو حوالة الحق الضامنة للائتمان من العيوب، التي يمكن أن تعيق وتعرقل عملية شراء الحقوق التجارية، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: من حيث وجوب إعلان المدين بالحوالة.

رأينا أن الحوالة لا تتعقد في حق المدين والغير، إلا برضا المدين أو إعلانه بالحوالة على يد محضر قضائي أو قبوله الرسمي لها، حتى تسري في مواجهته ويحتج بها على الغير²²⁴. وإذا علمنا أن أهم مميزات وخصائص العقود والتصرفات التجارية هي السرعة والمرونة، فإن هذا الشرط من شأنه أن يعرقل ويعيق تطوير عمليات شراء الحقوق التجارية، نظراً لما يتطلبه من وقت لإنجازها، وما يستلزم من نفقات مالية زائدة.

وقد تفادت بعض التشريعات المقارنة، خاصة الأنجلوساكسونية منها هذا العائق، بخلق طرائق ووسائل بديلة للإخطار الرسمي، وعلى رأسها المشرع الأمريكي الذي أقر نظام تسجيل الحوالة في السجل العام المعد لذلك، أو قيدها في الدفاتر التجارية للمنتمي؛ هذا فضلاً عن أخذ المشرع الأمريكي بمشروعية حوالة الحق، على الرغم من اتفاق المدين والدائن على حظرها²²⁵.

ثانياً: من حيث الغرض من الحوالة.

عقد تحويل الفاتورة كما جاء توضيحه سابقاً، هو عقد ائتمان وهو وسيلة من وسائل مواجهة مشكلة تحصيل الحقوق، بإعفاء المؤسسات الصغيرة الحجم والمتوسطة، من الأعباء الإدارية والمالية لاستقاء حقوقها من مدينها، وبالتالي فهو يغيب عنه عنصر المضاربة. فمشتري الحق أي مؤسسة تحويل الفاتورة، لا يقصد المضاربة أو الاستفادة من الفارق بين ثمن الحوالة و بين القيمة الاسمية للحق، بل الحصول على ضمان الائتمان²²⁶؛ فما يحصله الوسيط من فوائد وعمولات، هو مقابل لما يقدمه من خدمات لعميله، وليس نتيجة للمضاربة²²⁷.

²²⁴ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 41.

²²⁵ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 72.

²²⁶ - Vasseur (Michel), le contrat d'escompte, nature et portée, revue banque, 1982 p 2458.

²²⁷ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 72.

أما حوالة الحق فإنها تفترض في الغالب، أن هناك شخصا يتقدم لشراء الحق بأقل من قيمته، إما لأن الحق مؤجل ولم يحل أجله بعد، وإما لأن استيفاء الحق تقوم في سبيله عقبات و صعوبات؛ ولذلك يغلب أن يكون المحال إليه مضاربا أو مستثمرا، يشتري الحق بمبلغ أقل من قيمته، ثم يرجع على المدين بقيمة الحق كاملا²²⁸.

ثالثا: من حيث آثار الحوالة

في حوالة الحق، لا يكون رجوع المحال إليه بالحق إلا بدعوى واحدة، هي دعوى الحق أو دعوى الحلول.

أما في عقد تحويل الفاتورة، فإن الوسيط لا يكون رجوعه على المدين باستعمال دعوى الحق أو دعوى الحلول فقط، بل له أيضا الرجوع عليه بالدعوى الشخصية؛ فهو دائن للموفي بسبب واقعة الوفاء، ومصدر هذه الدعوى هو الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب.

فالوسيط تبعا لذلك دعويان، دعوى حلول و دعوى شخصية، ومصدر هذه الدعوى الأخيرة هو الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، وهذا ما يوفر مرونة أكبر لعقد تحويل الفاتورة. فيمكن للوسيط، أن يتخلى عن دعوى الحلول و يلجأ إلى الدعوى الشخصية، متى كانت دعوى الدائن على وشك السقوط بالتقادم، أو إذا لم يكن حق الدائن منتجا لفوائده، لأن الدعوى الشخصية تخوله الفوائد من يوم الوفاء، في التشريعين المصري والفرنسي، أو التعويض عن التأخير في الوفاء في القانون الجزائري، عملا بنص المادة 186 ق م ج²²⁹.

وحتى في حالة رجوع الوسيط بدعوى الحلول، تظل هناك فروقا بين رجوعه ورجوع المحال له؛ وهذا التمايز يستمد أساسه، من الغرض من التصرفين، فالوسيط يؤدي خدمة والمحال له يضارب بأمواله، وتتضح هذه الفوارق مما يلي²³⁰:

1- أن الوسيط لا يرجع في عقد تحويل الفاتورة إلا بقدر ما دفعه، أما في الحوالة فيرجع بكل الدين ولو كان قد اشتراه فأقل من قيمته، باعتبار المحال إليه مضاربا؛

228 - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 390.

229 - سمير حسنين، مصادر الالتزامات، وأحكامها في القانون الجزائري، ص 349.

230 - سليمان مر قس، مصادر الالتزام، وأجره وأوصافه، ومستحق له، ص 53.

2- أن الوسيط لا يرجع على المدين إلا إذا كان قد وفى الدين فعلا عن طريق قيده في الحساب الجاري للمنتمي، أما في حوالة الحق فيجوز للمحال له أن يرجع على المدين، قبل أن يدفع ثمن الحوالة للمحيل؛

3- يضمن المحيل للمحال له وجود الحق في حالة الحوالة بعوض؛ وفي حالة انعدام الحق، يكون للمحال له الرجوع على المحيل بالتعويض، عما سببه انعدام الحق المحال من أضرار، ويشمل ذلك قيمة الحق كله مع الفوائد (حيثما يسمح القانون بالفوائد) والمصاريف والتعويض عن أي ضرر أصابه؛ أما الوسيط فيكون رجوعه على المنتمي بدعوى استرداد غير المستحق.

هذه العيوب، أدت بالعديد من التشريعات وخاصة اللاتينية منها، إلى استبعاد الأخذ بحوالة الحق كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة، واستعاضت عنها بأساليب قانونية أخرى²³¹.

غير أن هذا، لم يمنع العديد من التشريعات وخاصة الأنجلوساكسونية، إلى اعتبار أن انتقال الحق في عقد تحويل الفاتورة يخضع لقواعد حوالة الحق، وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الأخير من مطلبنا هذا، من خلال التطرق لآثار تطبيق أحكام حوالة الحق في عقد تحويل الفاتورة، في بعض الأنظمة الأنجلوساكسونية.

الفرع الرابع: آثار تطبيق أحكام حوالة الحق في عقد تحويل الفاتورة في الأنظمة الأنجلوساكسونية:

لم تكن الشريعة العامة في الدول الأنجلوساكسونية، تعرف تحويل ملكية الحقوق الشخصية أو الحقوق الثابتة في المنقولات المعنوية، إلا من خلال التجديد الذي يشترط موافقة المدين من جهة وأن ترفع دعوى الوفاء باسم المحيل ولحسابه من جهة ثانية²³².

وهي الإجراءات، التي من شأنها أن تعيق عملية تحويل الحقوق وتعرقل مهنة تحويل الفواتير، مما حدا بالمشرع في كل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية للتدخل، بسن قوانين تحكم حوالة الحقوق في عقد تحويل الفاتورة.

أولاً: شروط تطبيق حوالة الحق على تحويل الفاتورة في بريطانيا.

²³¹ - يأتي على رأسها، أسلوب الحل الاتفاقي، و حوالة دايلي، كما سيأتي توضيحه في المبحث اللاحق.

²³² - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 58

لأجل إقرار حوالة الحقوق الثابتة في الفاتورة بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، دون الحاجة لموافقة المدين أو تدخل المحيل أو بائع الحق، سن المشرع البريطاني قانون الأموال (law of property) لسنة 1925²³³، لتمكين الوسيط من استقاء الدين دون الرجوع إلى التعقيدات التي تستلزمها آلية التجديد.

وتشترط المادة 1/136²³⁴ من هذا القانون، ثلاثة شروط لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين أو الغير، تتمثل في:

- 1- أن تكون الحوالة نافذة وغير معلقة على أي شرط؛
 - 2- أن تكون الحوالة مكتوبة وصریحة من المحيل؛
 - 3- أن يتم إخطار المدين صراحة بوقوع الحوالة.
- ومتى تحققت هذه الشروط الثلاثة، انتقل الحق محلها بكافة دفعه وضمائنه إلى الوسيط، من تاريخ تحقق الشرط الثالث أي إعلان الحوالة للمدين.

²³³ - <http://www.legislation.gov.uk>

²³⁴ - حيث تنص المادة 1/136 من قانون الأموال البريطاني لسنة 1925، على ما يلي:

« (1) Any absolute assignment by writing under the hand of the assignor (not purporting to be by way of charge only) of any debt or other legal thing in action, of which express notice in writing has been given to the debtor, trustee or other person from whom the assignor would have been entitled to claim such debt or thing in action, is effectual in law (subject to equities having priority over the right of the assignee) to pass and transfer from the date of such notice—

- (a) the legal right to such debt or thing in action;
- (b) all legal and other remedies for the same; and
- (c) the power to give a good discharge for the same without the concurrence of the assignor:

Provided that, if the debtor, trustee or other person liable in respect of such debt or thing in action has notice—

- (a) that the assignment is disputed by the assignor or any person claiming under him; or
- (b) Of any other opposing or conflicting claims to such debt or thing in action; he may, if he thinks fit, either call upon the persons making claim thereto to interplead concerning the same, or pay the debt or other thing in action into court under the provisions of the **M15**Trustee Act, 1925.

بالرجوع إلى هذه الشروط، التي استلزمها المادة 1/136 من قانون الأموال البريطاني، فإن الحق محل الحوالة يشترط فيه، أن يكون موجودا فعلا و محددًا ومعينا بدقة؛ ومن ثمة، فلا يقبل حوالة الحقوق المستقبلية²³⁵، المعلقة على شرط واقف أو فاسخ، كما يشترط أن تنصب الحوالة على كامل الحق وليس على جزء منه.

الشرط الثاني الذي استلزمته المادة 1/136 المذكورة أعلاه، فهو شرط يتعلق بصفة المحيل أو المنتمي في عقد تحويل الفاتورة، فإذا كان شخصا طبيعيا تعين أن يقوم شخصيا بحوالة الحق، أو أن تكون الحوالة من شخص وكله المنتمي توكيلا شخصيا لا عاما لحوالة حقوقه. أما إذا كان المنتمي شخصا معنويا- وهو الفرض الغالب-، فيشترط أن تكون الحوالة من الممثل القانوني لهذا الشخص المعنوي، وأن يقوم بالحوالة لحساب هذا الأخير وليس لحسابه الشخصي، باعتباره مجرد ممثل لهذا الشخص الاعتباري.

أما الشرط الأخير الذي جاء به نص المادة 1/136، وهو المتعلق بإعلان أو تبليغ الحوالة للمدين، فلم يشترط المشرع البريطاني شكلية معينة للإعلان، عدا أن تكون مكتوبة وأن تكون صريحة في مضمونها²³⁶. ومن ثمة، فيكون صحيحا الإخطار الذي يكون مدمجا مع فاتورة البيع والذي يكون مستقلا عنها؛ كما أن المشرع البريطاني، لم يحدد على من يقع عبء الإعلان وترك هذا الأمر لاتفاق المنتمي والوسيط، المهم أن يتم الإعلان لنفاذ العقد والحوالة في حق المدين.

ثانياً: شروط تطبيق حوالة الحق على تحويل الفاتورة في الولايات المتحدة الأمريكية.

لقد انتشر عقد تحويل الفاتورة، في الولايات المتحدة الأمريكية عندما كانت مستعمرة بريطانية، وهذا في إطار تعامل الوكلاء في الولايات المتحدة الأمريكية مع التجار البريطانيين، عندما قاموا بإنشاء مراكز مالية متخصصة بتعجيل قيمة الديون والفواتير المترتبة على عملاء هؤلاء التجار، مقابل انتقال ملكية تلك الديون لهذه المراكز المالية²³⁷. ثم تطور عمل هذه

235 - وقد خالف بذلك، المشرع البريطاني، اتفاقية أوتاوا، التي أخذت بحوالة الحقوق المستقبلية، في نص المادة 05 منها.

236 - أحمد عبد الرحمن الملحم، د. محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 60.

237 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 13

المراكز المالية، بتوفير خدمات إضافية تتمثل في الضمان والخدمات الإدارية والمالية، مما جعل عقد تحويل الفاتورة وسيلة تمويلية حديثة، من ابتكار رأس المال الأمريكي²³⁸.

عمل المشرع الأمريكي، على تطوير مهنة شراء الحقوق التجارية، واعتماد حوالة الحق كآلية لانتقال الحقوق في عقود تحويل الفاتورة؛ وتبعاً لذلك فقد اشترط قانون التجارة الموحد الأمريكي، في المادة 9-3.2 ثلاث شروط، من أجل تطبيق أحكام حوالة الحق على عقد تحويل الفاتورة²³⁹، تتمثل في:

- 1- أن يكون تحويل هذه الفواتير للوسيط، يتم بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، و أن تكون هذه الحقوق التجارية محددة بدقة في الاتفاق الإطار، المبرم بين المنتمي والوسيط؛
- 2- أن يتولى الوسيط و يلتزم بتمويل المنتمي، مقابل حوالة هذا الأخير لحقوقه إليه؛
- 3- أن يكون حق المنتمي في مواجهة المدين ثابتاً²⁴⁰.

ولأجل ضمان حق الوسيط في مواجهة المنتمي والمدين، فإن المشرع الأمريكي يشترط أن تكون الحوالة مكتوبة، وأن يتم تسجيل حقوق الوسيط المحولة في السجل العام المعد لذلك²⁴¹؛ الأمر الذي يجعل الوسيط، يتمتع من تاريخ هذا التسجيل بحق امتياز البائع، الذي كان يتمتع به المنتمي أو الدائن الأصلي قبل التسجيل. وهو الحق الذي يكرس له امتياز، على البضائع المبيعة من المنتمي إلى المدين المتعلقة بالحق محل الحوالة، لاستفاء حقه منها في حالة امتناع المدين عن الوفاء له.

238-Ferrounrière et De Chillaz: opérations bancaires, éd.VI, paty, Dalloz, Paris, 1980, n.687, p. 604.

239 - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 61.

240 - حيث تنص المادة 9-3.2 من قانون التجارة الموحد الأمريكي:

« A Security Interest Is not enforceable against the debtor or third parties with respected to the..... collateral and does not attach unless:

(a) The collateral is in the possession of the secured party pursuant to agreement, or the debtor has signed a security agreement which contains a description of the collateral.....

(b) Value has been given, and (c) the debtor has rights in the collateral....."

241 - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق 62.

وقد خالف المشرع الأمريكي، ما درج عليه المشرع البريطاني من رفض حوالة الحقوق المستقبلية²⁴²، وأقر إمكانية حوالة هذه الحقوق إذا كان يمكن تحديدها بعد نشوئها، والاتفاق على حوالة هذه الحقوق المستقبلية في عقد تحويل الفاتورة، يؤدي إلى تحويلها بمجرد نشوئها، دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراءات أخرى. وقد تأثرت اتفاقية أوتاوا بهذا التوجه المنفرد للمشرع الأمريكي، وتبنته في نص المادة الخامسة²⁴³.

خالف المشرع الأمريكي نضيره البريطاني كذلك، في وجوب إعلان المدين بالحوالة، إذ يكفي تسجيل الحوالة في السجل التجاري العام، ويكون من شأن ذلك تحقيق شرط إعلان المدين بالحوالة. ويكون التسجيل في السجل العام لدى السلطة المركزية، في المكان الذي يكون فيه المركز الرئيس للمنتمي، ويحتفظ فيه بدفاتره التجارية التي تحتوي على الحقوق المحولة²⁴⁴.

وفي الأخير، فإن قانون التجارة الأمريكي الموحد، ينص على إمكانية حوالة الحقوق من الوسيط إلى المنتمي، حتى دون موافقة المدين؛ بل أن هذه الحوالة تكون صحيحة، حتى في حالة تضمن العقد المنشئ لهذه الحقوق، والمبرم بين المنتمي والمدين على شرط يحظر ذلك²⁴⁵. وهو التوجه الذي يخالف معظم التشريعات المقارنة، التي تنص على عدم جواز الحوالة، في حالة وجود شرط من المدين للدائن أثناء إبرام العقد، بعدم جواز حوالة الحقوق إلى دائن آخر.

غير أن المشرع الفرنسي وعلى عكس المشرع الأنجلوساكسوني، أبقى إلا أن يتميز في تحديد الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة، بأخذه في البداية بالوفاء عن طريق الحلول كإطار

²⁴² - وهذا ما نصت عليه المادة 136 من قانون الأموال المذكورة أعلاه.

²⁴³ - وهذا ما نصت عليه المادة 05 من اتفاقية أوتاوا:

- « Dans les seules rapports entre les parties au contrat d'affacturage ;

a) une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance elles sont déterminables

b) une clause du contrat d'affacturage en vertu de laquelle des créances sont cédées opère leur transfert au cessionnaire dès leur naissance, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert. ».

²⁴⁴ - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق 62.

²⁴⁵ - نفس المرجع، ص 63.

قانوني لعقد تحويل الفاتورة، ثم استحدثته لاحقا لما يعرف بحوالة دايلي؛ وهذا ماسوف نتناوله في المبحث الثاني، تحت عنوان " الإطار القانوني الحديث لعقد تحويل الفاتورة".

المبحث الثاني: الإطار القانوني الحديث لعقد تحويل الفاتورة.

سبق وأن أشرنا، إلى أن الفقه الأنجلوساكسوني رسا على الأخذ بحوالة الحق كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة، وقلنا أن اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق في مجال التجارة الدولية، قد سايرت ما هو سائد في معظم بلدان العالم وخاصة الأنجلوساكسوني منه باللجوء إلى حوالة الحق، كإطار قانوني للعقد²⁴⁶.

غير أن المشرع الفرنسي - وكما سبق وأن وضحنا -، فقد جنح منذ البداية وفي إطار فرنسة العقود الأنجلوساكسونية، إلى تجديد الإطار القانوني للعقد، عن طريق أخذه بالحلول الاتفاقي ثم استحدثه لاحقا لحوالة دايلي²⁴⁷.

كما سنتطرق، للأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة في ضوء اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية، وسبب استبعادها للآيتين اللتان تبناهما المشرع الفرنسي وباقي القوانين التي اتبعت فكر المدرسة الفرنسية. وعليه سنتناول في مبحثنا هذا، الإطار القانوني الحديث لتأسيس انتقال الحقوق في عقد تحويل الفاتورة، والذي سيكون تقسيمه على النحو التالي:

المطلب الأول: الحلول الاتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثاني: حوالة دايلي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثالث: الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة في ضوء اتفاقية أوتاوا.

²⁴⁶- وهو الأمر الذي سيأتي تفصيله، عن تطرقنا، للأساس القانوني، لعقد تحويل الفاتورة، في ضوء اتفاقية أوتاوا، لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية. في المطلب الثالث، من هذا المبحث.

²⁴⁷- حوالة دايلي، هي آلية جديدة للائتمان، أنشأ المشرع الفرنسي، بمقتضى، قانون 2 جانفي 1981، المعدل بقانون 64/84، الصادر بتاريخ 24 جانفي 1984.

المطلب الأول: الحلول الاتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

الحلول، هو أن يحل شخص محل شخص آخر، وذلك هو الحلول الشخصي Subrogation personnel، أو شيء محل شيء آخر، وذلك هو الحلول العيني Subrogation réelle.

ما يهمننا في موضوعنا هذا هو الحلول الشخصي، لذلك نستبعد الحلول العيني؛ وبمقتضى الحلول الشخصي، يحل الموفي محل الدائن في حقوق هذا الأخير وضماناته، في الرجوع على المدين²⁴⁸، فيكون للموفي استعمال الدعوى ذاتها التي كانت لهذا الدائن إلى جانب دعواه الشخصية²⁴⁹.

والوفاء مع الحلول le paiement avec subrogation، هو نوع من الوفاء، يؤدي إلى استثناء الدائن حقه ولكن مع حلول الموفي محله في رجوعه على المدين²⁵⁰.

تنص المادة 262 مدني جزائري، وتقابلها المادة 327 مدني مصري، والمادة 1250 مدني فرنسي، على أن للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين، أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله و لو لم يقبل المدين ذلك؛ ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء. ويخلص من هذا النص، أن الحلول يجب أن يكون بالاتفاق بين الموفي والدائن، ويجب أن يتعاصر الاتفاق على الحلول مع وقت الوفاء.

كما أنه لا يشترط في الاتفاق المقرر للحلول أي شكلية معينة، على عكس بعض التشريعات كالتشريع المدني العراقي مثلا الذي يستلزم في المادة 1/1380 منه، أن يكون الاتفاق بورقة رسمية، وهذا على غرار ما ذهب إليه التشريع الفرنسي في نص المادة 2/1250 من ت م فرنسي²⁵¹.

²⁴⁸ - Dans l'opération d'affacturage, l'affactureur règle à son adhérent, qui est industriel ou commerçant, les factures établies par ce dernier sur ses clients. La créance de l'adhérent sur son client est en même temps transférée à l'affactureur, par subrogation personnelle et ce dernier se charge de son recouvrement.

- L'affacturage, Dominique Legeais, Juris-Classeur 2004. Vol 3.

²⁴⁹ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 349. 350.

²⁵⁰ - عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 377.

²⁵¹ - حيث تنص المادة 2/1250 من التقنين المدني الفرنسي:

وقد رأَت مؤسسات تحويل الفاتورة في هذا الحلول غايتها المنشودة، فيمكنها أن توفي لعمليلها قيمة حقوقه على مدينه، ثم تحل محله في الرجوع عليهم دون تطلب أي إجراء قانوني آخر²⁵².

وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي، إلى استبعاد الأخذ بحوالة الحق وذلك نظرا للشكليات التي تستلزمها المادة 2/1250 من القانون المدني الفرنسي -التي جاء ذكرها في المطلب السابق عند تطرقنا لعيوب حوالة الحق الضامنة للائتمان-؛ وفضل المشرع الفرنسي اللجوء لقواعد الحلول الاتفاقي subrogation conventionnelle، بمقتضى أحكام المادة 1284 من القانون المدني الفرنسي²⁵³.

سنتطرق في هذا المطلب، لشروط الحلول الإتفاقي في الفرع الأول، وآثاره في الفرع الثاني؛ ومحاولة تطبيق شروط وآثار الحلول الإتفاقي على أحكام عقد تحويل الفاتورة، لمعرفة مدا انسجام النظامين، في الفرع الثالث.

و عليه، سيكون تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: شروط الحلول الاتفاقي.

الفرع الثاني: آثار الحلول الاتفاقي.

الفرع الثالث: مدا انسجام نظام الحلول الاتفاقي، و نظام تحويل الفاتورة.

-Lorsque le débiteur emprunte une somme a l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires ; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis a cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier_civ.874,1236.

²⁵² - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 44.

²⁵³ -أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق 73.

الفرع الأول: شروط الحلول الاتفاقي.

تنص المادة 262 من التقنين المدني الجزائري على أن، " يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير، على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء"؛ ويتضح من هذا النص، أن الحلول يجب أن يكون باتفاق بين الموفي و الدائن وهو لا يشترط فيه شكل خاص، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء.

الاتفاق بين الموفي و الدائن:

إن الدائن الذي قبل الإيفاء من شخص ثالث، يمكنه أن يحل هذا الأخير محله في حقوقه؛ والغالب أن يتم التصريح بالحلول في مخالصة الدين، وتسمى عندئذ "مخالصة مع الحلول Quittance subrogatoire". ويجب أن يحصل الاتفاق بين الموفي والدائن، والمدين ليس طرفا في هذا الاتفاق، فرضاؤه غير ضروري والحلول يتم بغير إرادته بل بالرغم من إرادته²⁵⁴. من ثمة، فلا حاجة إلى الحصول على موافقة المدين على حلول الغير محل دائنه أو إعلانه بالحلول²⁵⁵.

لم يذكر المشرع الجزائري مثله مثل المشرع المصري، سوى شرطا واحدا للاتفاق على الحلول و هو أن لا يتأخر عن وقت الوفاء؛ أما المشرع الفرنسي في نص المادة 1/1250 من التقنين المدني الفرنسي، والمشرع اللبناني في نص المادة 313 من تقنيات الموجبات والعقود اللبناني، فقد اشترطا بالإضافة إلى ذلك أن يكون الحلول صريحا، بالإضافة إلى شرط تزامن اتفاق الحلول مع الوفاء.

1- تزامن الحلول مع الوفاء:

²⁵⁴ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 677.

²⁵⁵ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 45، و يرى لاروميه في التبرير الفني لعدم تطلب أشكال الإعلان لسريان حق الموفي تجاه المدين والغير.

" En matière de subrogation, les ayants cause du créancier n'ont pas à se plaindre puisque la subrogation ne joue que dans la mesure du paiement, et que le créancier est payé, ils ne peuvent donc plus prétendre exercer des droit sur la créance qui appartient dorénavant au subrogé, puisque un paiement est toujours opposable aux ayants-cause de créancier, sauf s'il est frauduleux".

- Larroumet (chi) les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, bordeaux, 1967 p 156.

لا يتحقق الحلول، إذا أوفى الغير الدين دون أن يتفق مع الدائن أن يحل محله فيما أوفاه، لأن من جراء الوفاء دون الاتفاق على الحلول انقضاء الدين، فلا يمكن للدائن أن يحل الغير فيما لم يعد له وجود. فالاتفاق على الحلول، يجب أن يكون مزامنا للوفاء بالدين من الغير، ولا يجوز أن يكون سابقا ولا لاحقا له، غير أن هناك من الفقه²⁵⁶، من يجيز الحلول السابق ويعتبره بمثابة وعد بالحلول.

لتنظيم عملية منح الائتمان والحلول في آن واحد، تلزم مؤسسة تحويل الفاتورة في فرنسا عملها بأن يتضمن طلبه المرسل إليها للوفاء بقيمة الحق، الصيغة التالية: " نحن نقر بأن الطلب المقدم يعتبر وبمفرده ومن لحظة قيامكم بالوفاء لنا، سندا لحلولكم محلنا في حقوقنا لدى المدين"²⁵⁷.

والسبب في اشتراط عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء، هو غلق باب التحايل في وجه أطراف العقد²⁵⁸؛ بل و قد ذهبت الكثير من الآراء إلى اعتبار الحلول باطلا، إذا لم يتضمن العقد أو الاتفاق ما يشير على تزامن الحلول بالوفاء²⁵⁹.

2- يجب أن يكون الحلول صريحا:

تنص المادة 1250 من التقنين المدني الفرنسي على أن، " الحلول يكون اتفاقيا، عندما يتفق الدائن مع الغير الذي أوفى له حقه، على الحلول محله في حقوقه ودعاويه وامتيازاته أو رهونه العقارية، في مواجهة المدين... وهذا الحلول، يجب أن يكون صريحا..."²⁶⁰. وهذا نفس ما ذهب إليه المشرع اللبناني، في نص المادة 313 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، " أن الدائن الذي قبل الإيفاء من شخص ثالث، يمكنه أن يحله محله في حقوقه، ويجب عندئذ أن يحصل الاستبدال صراحة عند الإيفاء على الأكثر...".

²⁵⁶ - أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، ص 689، بند 383.

²⁵⁷ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 46.

²⁵⁸ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 508.

²⁵⁹ - Paris 22 avril 1983, cité par Gavalda, Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, J.C.P. 1989, ED, 15578, n 12.

²⁶⁰ - حيث تنص المادة 1/1250 من القانون المدني الفرنسي:

"..... Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement..."
Cette subrogation conventionnelle, dite *ex parte creditoris*, est soumise à des règles de forme : elle doit être expresse et faite en même temps que le paiement ». (Art. 1250-1° C.civ).

أما القانون الجزائري، ومثله مثل القانون المصري قد اكتفى بالإشارة إلى وجود اتفاق بين الطرفين على الحل، دون تبيان ما إذا كان يشترط في هذا الاتفاق الصراحة، كما اشترط المشرعين الفرنسي واللبناني، أو يكفي الضمنية لاستخلاص وجود حلول دون الإشارة إلى ذلك صراحة²⁶¹.

لا يقصد في التصريح بالحلول أن يكون هذا الأخير مكتوبا، فيمكن أن يكون الحل شفويا أو بالإشارة، أو غيرها من الوسائل التي تشير صراحة إلى حدوثه؛ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري واللبناني والمصري، من عدم اشتراط الشكلية في الاتفاق على الحل، على خلاف المشرع الفرنسي في نص المادة 1/1250 من التقنين المدني الفرنسي²⁶². كما لا يلزم استخدام عبارات أو ألفاظ معينة، فالأطراف أحرار في استعمال أي صيغة يمكن أن تكشف عن نيتهم في إجراء الحل.

الفرع الثاني: آثار الحل الاتفاقي.

تنص المادة 264 من التقنين المدني الجزائري، على: " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقيا، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن". يستخلص من هذا النص، أن الموفي يحل محل الدائن في حقه:

1- بما لهذا الحق من خصائص؛

2- وما يلحقه من توابع؛

3- وما يكفله من تأمينات؛

4- وما يرد عليه من دفع.

فالحق ينتقل إلى من يتم الحل له، بما له من خصائص كما إذا كان تجاريا أو كانت له مدد تقادم خاصة؛ وبما يلحقه من توابع، كما لو كان الحق منتجا لفوائد أو مقترنا بدعوى

²⁶¹ - محمود عبد الرحمن، الحل الشخصي، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ص 308. بند 126 وقارن

السنهوري بحيث يرى وجوب النص صراحة على حلول الموفي محل الدائن طبقا للقانون المصري، الوسيط، الجزء الثالث، ص 686، بند 388.

²⁶² - المادة 2/1250 من القانون المدني الفرنسي:

"... Que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant le notaire..."

فسخ، إذا لم يستوفي ثمن المبيع من المشتري أو الحق في الحبس؛ وما يكفله من تأمينات، سواء كانت عينية أو شخصية؛ وبما يرد عليه من دفع، كأسباب البطلان أو الانقضاء المتعلقة بمحل الالتزام، وليس بشخص الدائن.

تبعاً لذلك، يكون للموفي الرجوع على المدين بدعويين؛ إما دعوى الحلول على الدائن بمقدار ما أداه له في نفس حقه، بما له من خصائص وتوابع تأمينات، وما ترد عليه من دفع؛ مع ملاحظة أن الرهن العقاري لا ينتقل إلى الموفي إلا بالتأشير في السجل العقاري، ووفقاً لقواعد الشهر العقاري (المادة 165 و 793 من القانون المدني الجزائري).

كما يكون للموفي، الرجوع على المدين بدعوى شخصية، ومصدر هذه الدعوى الأخيرة، هو الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب؛ ويختلف رجوع الموفي بدعواه الشخصية عن رجوعه بدعوى الحلول محل الدائن، فدعواه الشخصية لا تخول له ما يكفل الدين من تأمينات. ومن ناحية أخرى، قد يفضل الموفي استعمال دعواه الشخصية، كما إذا كانت دعوى الدائن على وشك السقوط بالتقادم، أو إذا لم يكن حق الدائن منتجاً لفوائد؛ لأن الدعوى الشخصية، تخوله الفوائد من يوم الوفاء في التشريعين المصري والفرنسي، أو التعويض عن التأخير في الوفاء في القانون الجزائري، عملاً بالمادة 186 من القانون المدني الجزائري²⁶³.

الفرع الثالث: مدا انسجام نظام الحلول الائتماني و نظام تحويل الفاتورة.

لقد رأينا، أن عقد تحويل الفاتورة هو عقد ائتمان يغيب عنه عنصر المضاربة، أو الاستفادة من الفارق بين ثمن الحوالة وبين القيمة الاسمية للحق. لكن ألا يبدوا في ذلك تعارض بين روح أو مفهوم الحلول من جهة، وبين طبيعة المؤسسات الائتمانية باعتبارها مؤسسات تجارية تتشد تحقيق الربح من وراء نشاطها من جهة ثانية²⁶⁴.

إن الاستيعاب الحقيقي و الواضح، لمفهوم و طبيعة عقد تحويل الفاتورة أو الفاكترينغ بأنه عقد ائتمان، وأن أي عقد ائتمان يستلزم عنصرين أساسيين، هما عنصرى المنح والاسترداد، يجعلنا نميز ونحدد طبيعة هذا التصرف وأنه نظام نشأ بعيداً عن فكرة المضاربة؛ لا

²⁶³ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 351.

²⁶⁴ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 44.

يجوز في ظله للموفي، أن يرجع على المدين إلا بقيمة الحق الذي أوفاه للدائن، ومن ثم فلن تسترد المؤسسة في النهاية أكثر مما دفعته، وهو معنى يتفق فيه الحلول الاتفاقي وحوالة الحق الضامنة للاسترداد.

أما ما تحصله المؤسسة من فوائد وعمولات، فهو مقابل لما تقدمه من خدمات لعميلها وليس نتيجة للمضاربة؛ فجوهر العملية هو منح الائتمان، وهو تصرفا ينتفي معه بطبيعته عنصر المضاربة. فالمؤسسة في الحقيقة لا تشتري الحق، وإلا قصدت شراءه بأقل من قيمته الحقيقية، وبالتالي المضاربة بالفارق²⁶⁵.

كونه عقد ائتمان، فإن عقد تحويل الفاتورة يستلزم كجميع عقود الائتمان وجود عنصرين أساسيين، وهما عنصري المنح والاسترداد؛ فالمبلغ الذي تدفعه مؤسسة الائتمان للتاجر حامل الفاتورة، ليس مقابل للحق الثابت في هذه الأخيرة، وإنما هو مال منحته على سبيل الائتمان أو القرض.

كما أن التاجر عندما يحول هذا الحق لحساب شركة تحويل الفاتورة، لا يقصد من عمله هذا سوى تحقيق العنصر الثاني من عناصر الائتمان وهو الاسترداد، أو بتعبير آخر ضمان الاسترداد، فالمؤسسة تسعى طبعاً لاسترداد الائتمان، وتسعى قبل ذلك للحصول على ضمان. هذا الضمان يجد معناه في نقل ملكية الحق الثابت في الفاتورة، بدل من أن يقوم المنتمي بتقديم ضمانات على شكل رهون أو كفالات شخصية؛ ذلك أن نقل الملكية أقوى وأضمن من مجرد رهن الحق.

ولو كان الغرض الفعلي من العملية، هو شراء الحق الثابت في الفاتورة لكان لمؤسسة الائتمان أن تطالب بعمولة التحصيل، كما يجري عليه العمل في عملية خصم الأوراق التجارية. ففي هذه الأخيرة، يقوم البنك بشراء القيمة الثابتة في الورقة التجارية مقابل ثمن، وهذا الثمن هو الخصم بمعدل محدد من قيمة الورقة ذاتها يسمى معدل أو سعر الخصم، والذي يمثل نسبة من قيمة الورقة المخصومة، وهذا المعدل يشمل سعر الفائدة، عمولة التحصيل وعمولة الخصم²⁶⁶.

وبالتالي، فإن الفهم الصحيح لطبيعة عقد تحويل الفاتورة هو أنه عقد ائتمان، يجعله ينسجم و يتفق و مفهوم الحلول الاتفاقي، ولا يتعارض والأهداف التجارية لمؤسسات الائتمان،

265 - هشام فضلي المرجع السابق، ص 45.

266 - راجع عمليات البنوك على الأوراق التجارية. أ. عبد الحق أبو عتروس، الوجيز في البنوك التجارية، ص 168 وما بعدها.

التي يمكن أن تحققها عن طريق الخدمات التي تقدمها، كأعمال وتصرفات لاحقة عن هذا العقد²⁶⁷.

استنادا إلى كل ذلك، اتجه الفقه الفرنسي الراجح²⁶⁸، إلى تأسيس عقد تحويل الفاتورة على نظرية الحلول الاتفاقي، نظرا لصعوبة توفر الشروط القانونية التي تتطلبها المفاهيم القانونية الأخرى²⁶⁹؛ وهي الشروط القانونية، المتمثلة في استقاء الدائن لحقه أثناء الاتفاق على الحلول، وتعاصر الحلول مع الوفاء.

وقد استند الفقه الفرنسي²⁷⁰، في تبنيه لنظرية الحلول الاتفاقي كأساس قانوني لانتقال الحقوق الثابتة في عقود تحويل الفاتورة، على انسجام وتوافق شروط وأثار الحلول، مع آليات وميكانيزمات وروح عقد تحويل الفاتورة، خاصة من ناحية العناصر التالية:

أولا: من حيث عدم اشتراط رضا المدين لانعقاد العقد و نفاذه:

يتضمن عقد تحويل الفاتورة، اتفاقا بين الدائن (المنتمي) و مشتري الدين (الوسيط)، على حلول هذا الأخير محل الدائن في مواجهة المدين. ولا يشترط في الحلول، رضا المدين و لا حاجة لإعلام المدين به لكي يكون ملزما بالوفاء إلى الدائن الجديد؛ كما يستطيع الدائن الجديد (الوسيط)، التنازل عن الدين موضوع عقد تحويل الفاتورة للغير²⁷¹.

وبالتالي، فإن هذه الخاصية التي يتميز بها الحلول الاتفاقي عن حوالة الحق، تتسجم ومفهوم وروح عقد تحويل الفاتورة، الذي يعتبر عقدا تجاريا يقوم على أساس السرعة والمرونة.

ثانيا: من حيث الغرض من الحلول:

بالرجوع إلى نص المادة 264 من التقنين المدني الجزائري، فإن الحلول الاتفاقي يكون بالقدر الذي أداه المحال إليه من ماله للمحيل.

²⁶⁷ - La subrogation personnelle est la « modalité conventionnelle ou légale de paiement, qui permet au tiers *solvens* d'exercer à son profit les droits du créancier payé par lui. » - Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu, 6^{ème} édition, PUF.

²⁶⁸ - نادر عبد العزيز شافعي، المرجع السابق، ص 231.

²⁶⁹ - CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, .C.P; G., 1966-I-378.

²⁷⁰ - Dominique Legeais, Affacturage, édition du Juris-classeur, 2002, Facicul 361, p.5, n°.17.

²⁷¹ - نادر عبد العزيز شافعي، المرجع السابق، ص 232.

وعليه، فإن الحلول الاتفاقي لا يقوم على المضاربة كما هو الحال بالنسبة لحوالة الحق، التي تفترض في الغالب قيام شخص بشراء حق بأقل من قيمته، ثم يعود بعد ذلك على المدين بقيمة الحق كاملة. ولأن عقد تحويل الفاتورة، يغيب عنه عنصر المضاربة فإنه يجد أساسه في الحلول الاتفاقي في هذه الخاصية.

ثالثاً: من حيث آثار الحلول:

تتسجم الآثار القانونية للحلول الاتفاقي، مع آلية عمل عقد تحويل الفاتورة؛ فأحكام الحلول الاتفاقي، تتوافق مع الأهداف التي يرمي إليها كل من الوسيط والمنتمي من اللجوء إلى إبرام عقد تحويل الفاتورة.

فلا يملك الوسيط(الدائن الجديد)، أكثر مما كان يملكه المنتمي(الدائن القديم)، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري حين أشار في نص المادة 264 من القانون المدني الجزائري، أن حلول المحال له يكون بقدر ما أداه من ماله للمحيل.

كما أنه، يمكن للمدين أن يحتج إزاء الدائن الجديد(الوسيط)، بالدفع التي كان له التمسك بها إزاء الدائن القديم²⁷²؛ وهذا ما أشارت إليه بدورها المادة 264 من القانون المدني الجزائري، " من حل محل الدائن قانوناً أو اتفاقياً، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص و ما يلحقه من توابع و ما يكفله من تأمينات و ما يرد عليه من دفع... ".

تبعا لذلك، يكون للموفي (الوسيط) الرجوع على المدين بدعويين، إما دعوى الحلول على الدائن بمقدار ما أداه له، أو الرجوع عليه بدعوى شخصية. فله المفاضلة بين دعوى الحلول التي تكفل له الحق بما له من خصائص و ما يلحقه من توابع و ما يكفله من تأمينات و ما يرد عليه من دفع؛ وبين الدعوى الشخصية، التي تخوله الفوائد من يوم الوفاء في التشريعين المصري والفرنسي، أو التعويض عن التأخير في الوفاء في القانون الجزائري، عملاً بالمادة 186 من القانون المدني الجزائري.

²⁷²- CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J. C.P; G., 1966-I-55-56.

- Ferronniere et De Chillaz: opération bancaire, éd.VI, paty, Dalloz, Paris, 1980, p.604, n.687.

و رغم المميزات العديدة للحلول الاتفاقي، وتوافق شروطه وآثاره مع طبيعة عقد تحويل الفاتورة، فإن المشرع الفرنسي حاول أن يعطي عقد تحويل الفاتورة ذاتيته الخاصة، باستحداث حوالة دايلي التي سنحاول اكتشافها فيما يلي:

المطلب الثاني: حوالة دايلي²⁷³، إطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة. (BORDEREAU-DAILLY)

بمقتضى قانون 2 جانفي 1981، المعدل بقانون 64/84 الصادر بتاريخ 24 جانفي 1984²⁷⁴، أنشأ المشرع الفرنسي آلية جديدة للائتمان، لتنظيم بالخصوص علاقات المتعاملين أو العملاء المحترفين مع المؤسسات الائتمانية²⁷⁵. هذه الآلية الجديدة، عبارة عن سند دين تسمح بحوالة الحقوق وتقع في مركز وسط بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الصرف.

و قد حرص المشرع الفرنسي، سواء أثناء الأعمال التحضيرية للقانون أو في لائحته التنفيذية رقم 862/81 الصادرة في 9 سبتمبر 1981، على تقرير صلاحية هذه الحوالة لنقل الحقوق في إطار عقد تحويل الفاتورة²⁷⁶؛ غير أن مؤسسات تحويل الفاتورة، عدا القليل منها قد عزفت عن هذه الحوالة وفضلت عليها الحلول الاتفاقي²⁷⁷، ومبعث ذلك استقرار قواعد هذا النظام وأحكامه، وحدائثه نظام حوالة دايلي.

²⁷³ - و دايلي هو اسم عضو بمجلس الشيوخ الفرنسي الذي وضع اقتراح مشروع قانون دايلي.

²⁷⁴ - Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises. Modifié par Loi n°84-46 du 24 janvier 1984.

²⁷⁵ -Schmidt (d) et, GRAMLING (ph). La loi du 25 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, Dalloz 1981 - 225.

²⁷⁶ -Cabrillac et Teyssié; Cass. 1991, D.1991, IR p.124; JCP éd.E 1991 n°659 [4] RTD com 1992, p.430, obs. M.Cabrillac [5] Tome II, n°2428-5 [6] JCP éd. G, 1991, IV, n°421; Droit banc. 1992 n°57 obs. Gérard et Crédot [7] Cass. Com 11 juillet 2000, D.2000, AJ, p.339, A. Lienhard, L'acte de cession de créances qui s'écarte des mentions prévues par la loi du 2 Janvier 1981 ne vaut pas comme Bordereau « Dailly » ; RTD com. 2000, p.992 obs. [...]

²⁷⁷ -Vasseur (Michel), Les opérations de banque, fascicule I, la relation banquier-client, quatrième édition 1987- 1988, les cours de droit, p 217.

حوالة دايلي، هي تقنية تحمل اسم صاحبها، وتستخدم في حالة عدم وجود أوراق تجارية تثبت حق الدائن (المورد) على مدينه (الزبون) ؛ هنا يمكن للمورد زبون البنك، إقامة عقد مع بنكه يتنازل فيه على تلك الحقوق أو يرهنها لصالح البنك، مقابل قرض تبرره تلك الحقوق.

يتحدد في العقد، شروط التعبئة الاستعمال وتحصيل الحقوق، وذلك بتقديم ملف كامل للحقوق، على أن يتولى الزبون صاحب الحق عملية التحصيل، ثم تقديم وتسديد المبلغ للبنك، مقابل القرض المحصل عليه سابقاً²⁷⁸.

وحوالة دايلي، مثلها مثل عقد الخصم، يمكنها أن تحقق عملية الخصم، غير أن هذا السند لا يعتبر تحت أي حال من الأحوال ورقة تجارية، لأنه لا يحمل بالضرورة تاريخ استحقاق محدد، كما أنه ليس بالضرورة وسيلة وفاء.

فإذا كانت الأوراق التجارية، إما تشكل أداة ائتمان كما هو حال السفتجة، أو أداة وفاء كما هو حال السند لأمر أو الشيك، فإن حوالة دايلي عبارة عن أداة لضمان الائتمان؛ فهي تمنح الائتمان من جهة للمستفيد منه، وتمنح ضمان هذا الائتمان من جهة أخرى للمؤسسة مانحة الائتمان. فهذا السند، يضمن اندماج عملية مصرفية (منح الائتمان وضمانه)، وعملية مدنية (نقل الحقوق)، في عملية قانونية واحدة²⁷⁹.

فهي آلية تسمح للعملاء فتح مصادر تمويل، وللبنوك باقتصاد نفقات التسيير، وهذا عن طريق تخلصها من عملية التحصيل، التي تبقى منوطة بالعميل، وعن طريق نقلها العديد من الحقوق في آن واحد. و لذلك فهي تتسجم ومبدأ الجماعية الذي يهيمن على عقد تحويل الفاتورة من جهة، وتعفى مؤسسة الائتمان من الأعباء المالية والضريبية المستحقة بشأن كل ورقة من هذه الأوراق من جهة أخرى.

غير أن الحياة العملية، أكدت أن حوالة دايلي فشلت في أخذ مكان السفتجة أو سند لأمر؛ فمن جهة فإن نفقات استعمالها ظهرت أكثر تكلفة مما كان مفترض، ومن جهة ثانية فإن هذه الآلية لا تضمن لمستعملها نفس الضمانات التي تضمنها السفتجة²⁸⁰.

278 - بن طلحة صليحة، معوشي بوعلام، مداخلة لملقاءة في الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات، بكلية الحقوق جامعة بسكرة، 2006، ص 01.

279 - Igeais (D), les Garanties Conventionnelles sur créances, 283.

280 - Dumas (J-P), la jurisprudence met-elle en péril la loi "d'ailly", Dalloz-Affaires, 1996, 251.

ونظرا لحدائثة مثل هذا النظام، الذي انفرد به المشرع الفرنسي كآلية جديدة لنقل الحقوق الثابتة في الفواتير، بمقتضى عقد تحويل الفاتورة؛ فإننا سنتناوله بالدراسة من خلال التطرق لنشأته في الفرع الأول، أين نعرض للشروط الموضوعية والشكلية لنشأة حوالة دايلي، ثم نتطرق في الفرع الثاني لآثار هذه الحوالة، أين نعرض لعلاقة أطراف الحوالة فيما بينهما ثم مع المدين، وأخيرا مع الغير.

وعليه يكون تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: نشأة حوالة دايلي.

الفرع الثاني: آثار حوالة دايلي.

الفرع الأول: نشأة حوالة دايلي.

لقد راعى المشرع الفرنسي، بشأن إقامة فاتورة دايلي (BORDEREAU-DAILLY)، أن تكون بسيطة لحد ما، حتى لا تعطل المعاملات التجارية التي تقوم على أساس السرعة والائتمان²⁸¹.

أولا: الشروط الموضوعية لحوالة دايلي:

تجمع حوالة دايلي عادة، ما بين شخص اعتباري أو طبيعي يمارس نشاط احترافي، و مؤسسة ائتمان؛ و لا يضع قانون دايلي شروط خاصة بمتلقي الائتمان، - أي الموقع على الفاتورة-، إذا كان شخصا معنويا من أشخاص القانون العام أو الخاص. أما إذا كان شخصا طبيعيا، فيجب أن يتعلق الائتمان بنشاطه المهني، دون تفرقة بين التاجر وغير التاجر²⁸².

²⁸¹ - legeais (D), droit commercial, édition Dalloz, 11^e éd, Sirey, p 231.

²⁸² -Turcas Philippe (M), l'application de la loi dailly par les établissements de crédit thèse, paris 2, 1983, p18 et s.

- Le Tribunal administratif de Rouen a fait une application originale de la cession Dailly en admettant la possibilité, pour la première fois en France, pour une collectivité locale, de céder en Dailly sa créance sur le fonds de compensation pour la TVA (FCTVA) qu'elle détient sur l'Etat. (TA. Rouen 1re ch. 5/07/2007, Préfet de l'Eure / Commune d'Evreux).

نفس الأمر ينطبق بالنسبة لمديني متلقي الائتمان، إذ لا يشترط قانون دايلي أي شروط خاصة بمديني متلقي الائتمان، إذا كانوا من الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية؛ أما إذا كانوا من الأشخاص الطبيعية، فيجب أن يكون الحق الضامن للاسترداد متولدا عن مباشرتهم نشاطهم المهني²⁸³.

يبقى هذا الشرط الأخير بدون معنى حسب رأينا، ونجد التفرقة بين طبيعة الشخص متلقي الائتمان أو مدين هذا الأخير، إذا كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، تفرقة قاصرة ولا تؤدي المعنى الحقيقي للعقد، الذي ينصب على منح بنك أو المؤسسة مالية لعملائه ائتمان، على أن يلتزم هؤلاء بنقل حقوقهم قبل مدينتهم، إلى البنك مانح الائتمان. و بالطبع هذه الحقوق تتولد عن ممارسة احترافية، بغض النظر عن كون القائم بها شخصا طبيعيا أو معنويا.

ولا يشترط المشرع الفرنسي، شروط خاصة بالحقوق الضامنة للائتمان، فيمكن أن تكون متولدة من مصادر تعاقدية أو قانونية أو تقصيرية؛ و لا يشترط أن تكون محددة، طالما أنها قابلة للتحديد، وهذا بالنظر، لاحتواء الفاتورة على العناصر التي تعين على ذلك. ويمكن للفاتورة، أن تنقل الحقوق المستقبلية والحقوق المحتملة، طالما تحددت قيمتها التقريبية واسم المدين والتاريخ المتوقع لنشئها²⁸⁴.

ثانيا: الشروط الشكلية لحوالة دايلي:

هي البيانات التي ينبغي أن تتضمنها فاتورة حوالة دايلي، والتي يمكن حصرها فيما يلي²⁸⁵:

- 1- تحديد طبيعة التصرف، "عقد تحويل الديون الاحترافية"، أو "عقد رهن الديون الاحترافية"؛
- 2- ضرورة الإشارة إلى أن هذا العقد يخضع لأحكام قانون 2 جانفي 1981؛
- 3- الاسم التجاري أو العنوان الاجتماعي للمؤسسة الائتمانية؛
- 4- تحديد بدقة الديون محل الحوالة؛
- 5- تحديد تاريخ تحويل، أو نقل الحقوق إلى المؤسسة الائتمانية؛

²⁸³ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 51.

²⁸⁴ - Legeais, (D) Bordereaux Daily, juris classeurs, éd techniques. Commercial (entreprise) 1993, fascicule 438, N° 9 et s.

²⁸⁵ - Legeais (D), droit commercial, édition Dalloz, 11^e éd, Sirey, p 279.

6- اسم المحول أو المؤسسة الاقتصادية الاحترافية مع توقيعه.

ويرى بعض الفقه²⁸⁶، ضرورة التمييز بين هذه البيانات من حيث أثر غياب إحداها أو بعضها، فبينما يترتب على غياب بعض البيانات بطلان العقد بطلانا مطلقا واعتباره كأن لم يكن، فإن غياب بيانات أخرى لا يترتب عليه بطلان العقد وإنما اعتباره غير ساريا في مواجهة الغير، وإن بقي صحيحا بين طرفيه.

فأما البيانات، التي يترتب على تخلفها بطلان العقد، فيمكن حصرها في بيانين إجباريين

وهما:

- 1- التوقيع الخطي من العميل متلقى الائتمان؛
 - 2- تأريخ الفاتورة بمعرفة المؤسسة مانحة الائتمان.
- وأما البيانات، التي يترتب على تخلفها عدم سريان العقد في مواجهة الغير فهي:
- 1- تكييف العملية " حوالة أو رهن"؛
 - 2- خضوع العملية لأحكام قانون دايلي " 2 جانفي 1981"؛
 - 3- اسم مؤسسة الائتمان؛
 - 4- تعيين الحقوق المنقولة تعينا منافيا للجهالة²⁸⁷.

الفرع الثاني: آثار حوالة دايلي.

هي آثار تمس الأطراف فيما بينهم ومع الغير، سواء كانوا من المدينين أو من الأجانب عن العلاقة العقدية.

أولا: ما بين أطراف الحوالة.

1- تكييف العملية:

تضمن حوالة دايلي، تحويل أو رهن الديون بطريقة سهلة وهذا بتفادي الشروط الشكلية المقدمة التي يفرضها القانون المدني²⁸⁸. ففي مثل هذه العملية، فإن المؤسسة الائتمانية لا

²⁸⁶ - Fournier (Mathieu), bordereau de transfert des créances, Juris classeurs Commercial, 1990, fascicule 525, N° 54.

²⁸⁷ - Legeais (D), les Garanties Conventionnelles sur créances, op.cit, p.231 et s.,

²⁸⁸ - Legeais (D), droit commercial, op.cit. p 282.

تخشى من توقف المحول عن الدفع، باعتبار أنها انتقلت إليها ملكية هذه الديون الثابتة في فاتورة حوالة دايلي، وبالتالي بإمكانها استخلاصها مباشرة من المدينين المذكورين في الفاتورة.

2- حقوق والتزامات مؤسسة الائتمان:

تنص المادة الرابعة من قانون حوالة دايلي، على أن الحوالة تنتج آثارها بين الأطراف و تصبح نافذة في حق الغير، بدأ من التاريخ الثابت على ظهر الحوالة أي تاريخ توقيعها؛ كما نصت نفس المادة، على أنه وبخلاف الاتفاق على خلاف ذلك، فإن تسليم فاتورة دايلي يؤدي وبقوة القانون إلى تحويل التأمينات الضامنة لكل حق²⁸⁹.

كما تنص المادة الخامسة، على أحقية مؤسسة الائتمان في منع المدين من الوفاء للدائن الأصلي (المحيل)، بقيمة الحقوق المحولة لها، متى أخطرتة بالحوالة المبرمة بينها وبين العميل²⁹⁰.

وتصبح مؤسسة الائتمان، مالكة للحقوق المحولة مع توابعها، ولا يمكن حوالة هذه الحقوق مرة أخرى، إلا إلى مؤسسة ائتمان أخرى في إطار عملية إعادة التحويل.

3- حقوق والتزامات المحول " العميل ":

من جهة أخرى، فإنه من حق المحول الحصول على ائتمان بقيمة الحقوق المحولة إلى المؤسسة الائتمان، ويلتزم بالمقابل بعدم تحويل نفس الدين إلى مؤسسة ائتمان أخرى.

²⁸⁹ - حيث تنص المادة 04، من قانون 2 جانفي 1981:

« La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau.

A compter de cette date, le client de l'établissement de crédit bénéficiaire du bordereau ne peut, sans l'accord de cet établissement, modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par ce bordereau.

Sauf convention contraire, la remise du bordereau entraîne, de plein droit, le transfert des sûretés garantissant chaque créance. En cas de contestation de la date portée sur le bordereau, l'établissement de crédit rapporte, par tous moyens, l'exactitude de celle-ci. »

²⁹⁰ - وهو الحكم الذي جاءت به، المادة 05، من قانون 2 جانفي 1981:

« L'établissement de crédit peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification, dont les formes seront fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article 13, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit. »

والمحيل ضامن لسداد الديون المحولة، فيمكن لمؤسسة الائتمان تبعا لذلك من العودة على المحول أو العميل، إذا لم يفى المدين بالديون محل الحوالة؛ و بالتالي لا مجال للتحدث عن مبدأ عدم الرجوع في حوالة دايلي.

كما يقرر الفقهاء²⁹¹، بأن جوهر قانون دايلي يدور حول ترك مهمة التحصيل للدائن الأصلي مع غياب الإخطار، وهذا ما يفرق حوالة دايلي عن باقي وسائل و أساليب انتقال الحق التي عرفناها.

فقانون دايلي، يسقط التزامين رئيسيين من على عاتق مؤسسة الائتمان، ويضمها على عاتق العميل أو المنتمي، وهما التزامي الضمان والتحصيل كما رأينا.

ثانيا: العلاقة ما بين مؤسسة الائتمان والمدنيين.

1- في حالة عدم تبليغ المدين بالحوالة:

يمكن لمؤسسة الائتمان، عدم تبليغ المدين بالحقوق المحولة لحسابها و الثابتة أسماءهم بالفاتورة²⁹²؛ و في مثل هذه الحالة، يبقى المحيل وكأنه هو مالك الحقوق المحولة، ويقوم بتحصيل الديون لحساب المحول له.

هذه الطريقة، هي الأقل كلفة بالنسبة لمؤسسات الائتمان، إلا أنها في نفس الوقت تعتبر الأكثر خطورة، ذلك أن المحيل قد يقوم بتحويل الحقوق المحصلة لحسابه الشخصي، ملحقا الضرر بالمحال له.

2- في حالة تبليغ المدين بالحوالة:

بالرجوع إلى نص المادة 05 من قانون دايلي، فإنه يمكن لمؤسسة الائتمان تبليغ المدنيين بحصول الحوالة، وفي هذه الحالة يصبح المدين ملزم بالوفاء لها بقيمة الديون التي بين يديه. و يمكن للمدين في هذه الحالة، أن يتمسك بجميع الدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي أو المحيل، بما فيها المقاصة سواء كانت قانونية أو قضائية.

²⁹¹ -Legeais (D), les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances, professionnelles et des débiteurs cédés, Revue: droit bancaire et bourse, 1990, p 148.

²⁹² -Hocquet (A, S), Lajartre (D), la protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly, RTD Com, 1996, 211.

وتنص المادة 1295 من القانون المدني الفرنسي، على أن المدين الذي يقبل بلا قيد أو شرط، الحوالة التي يجريها الدائن لحقوقه اتجاهه، لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة المحال له بالمقاصة، التي كان يمكن أن يتمسك بها في مواجهة المحيل. أما الحوالة التي لم تكن محلا لقبول المدين و لكنها أعلنت له، فإنها لا تعيق إلا مقاصة الحقوق التي استوفت شروط قابليتها للمقاصة عقب الإخطار.

وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية²⁹³، من عدم وقوع المقاصة في العلاقة بين الوكيل ومدين الموكل؛ فلا يجوز للمدين أن يدفع بالمقاصة بين حق له تجاه الوكيل، وحق الموكل تجاهه أي اتجاه المدين، وذلك لانتفاء شرط التقابل بينهما، إذ المقاصة تقع بين شخصين لا بين ثلاثة أشخاص²⁹⁴.

إلا أن قضاء النقض الفرنسي²⁹⁵، والذي قرر القاعدة السابقة في شأن علاقة الوكيل مع مدين موكله، لم يأخذ بها في حوالة دايلي، مقررًا أحقية المدين في الدفع بالمقاصة القانونية، التي توفرت شروطها قبل الإخطار بالحوالة.

هناك إشكال آخر يطرح على المستوى العملي، وهو في حالة ما إذا كان الإخطار خاطئ أو غير صحيح، أو إذا كان المدين غير مدين فعلا للمحيل، أو كان الدين قد انقضى قبل الإخطار بالحوالة، فهل المدين ملزم بإعلام مؤسسة الائتمان بذلك؟. للإجابة على هذا التساؤل، نقول أنه لا يوجد أي التزام قانوني يجبره على ذلك، باعتبار أنه أجنبي أصلا عن العلاقة الناشئة بين المحيل والمحال له.

3- في حالة قبول المدين للحوالة:

في هذه الحالة، يقبل المدين حوالة الدين إلى المؤسسة الائتمانية بموجب تصريح كتابي صريح؛ و في هذه الحالة لا يمكن المدين التصل من الوفاء للمحال له، كما لا يمكنه التمسك

²⁹³ - Cass., Com, 28 février 1968, Bull, civ. N° 80.

²⁹⁴ - Larroumet (Christian), note sous pari 3° ch. A, 17 novembre 1992, JCP, 1993, ED.E.J, p 101. n°4.

²⁹⁵ - Cass. Com 14 décembre 1983, Quot-jur. 27 janvier 1994.p2, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1994, p80, Cass. Com 29 novembre 1994, JCP 1995 éd G, 225.

-وفي حكم آخر أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف والذي أخذ بتاريخ الإخطار.

-Cass. Com, 18 juillet 1989, JCP 1991, éd E II, 108 note coré.

في مواجهة المحال له بالمقاصة التي كان يمكن أن يتمسك بها في مواجهة المحيل، غير أن هذه الحالة الأخيرة قليلة التحقيق في الواقع العملي²⁹⁶.

ثالثاً: حوالة دايلي في مواجهة الغير.

تسري حوالة الدين، الثابتة في فاتورة الحوالة على الغير من التاريخ الثابت في الفاتورة، ولا يشترط أي إشهار لعملية الحوالة حتى تكون نافذة في حق الغير²⁹⁷.

في الواقع العملي، قد يتم حوالة نفس الديون أكثر من مرة، وقد يتم تحصيل الديون المحولة من مؤسسات ائتمانية أخرى غير المؤسسات المستفيدة؛ كما قد يحدث أن يتم حوالة الديون، من أشخاص غير مؤهلين للقيام بمثل هذا التصرف. فلا يمكن للمقاول الرئيسي مثلاً، حوالة الديون المترتبة على صفقة ممنوحة من الباطن.

مثل هذه الحالات، تطرح عدة منازعات تضعف من ميكانيزم حوالة دايلي. و لأجل تقنين حلول لمثل هذه المنازعات، فإن قانون 1981 يضع مبدأً أساسياً، وهو أن الحوالة تصبح نافذة في حق الغير منذ التاريخ الثابت في الفاتورة، وإن كان هذا المبدأ لا يمكنه أن يحل بطريقة مقنعة المنازعات الأساسية²⁹⁸.

1- التنازع بين أكثر من محال له أحيل لهم نفس الدين:

يمكن للمحيل سيء النية، أن يقوم بحوالة نفس الدين إلى أكثر من محال له، فتصبح هذه الأخيرة تحوز نفس الحق على نفس الدين، فما العمل؟.

بالرجوع إلى نص المادة 04 من قانون 2 جانفي 1981 المتعلق بقانون دايلي، نجدها تنص على " ... مؤسسة الائتمان السباقة في حوالة الدين لحسابها، هي المفضلة".

فالمحال له الأول، حتى ولو لم يتم بتبليغ الحوالة للمدين، يمكنه أن يحتج على استرجاع المبالغ المحصلة من طرف المحال له الثاني؛ و في حالة حوالة نفس الدين من طرف مؤسسة ائتمان عن طريق حوالة دايلي، ومؤسسة تحويل الفاتورة عن طريق آلية الحلول الاتفاقي، يجب الأخذ بعين الاعتبار كذلك بتاريخ الحوالة²⁹⁹.

²⁹⁶ - legeais (D), Droit commercial, o p.cit p 285.

²⁹⁷ - legeais (D), Droit commercial, o p.cit p 285.

²⁹⁸ - legeais (D), Droit commercial, o p.cit p 283.

²⁹⁹ - Cass., Com, 3 janvier 1996, JCP, 1996 éd E II 848, note J. STOUFFLET.

هذا تبعا بطبيعة الحال، لأهم المبادئ التي تحكم حوالة دايلي ومنها مبدأ سريان الحوالة دون الحاجة لإنجاز شكلية الإعلان؛ وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون دايلي، على أن الحوالة تنتج أثرها بين الأطراف وتسري في مواجهة الغير، من تاريخ الفاتورة وليس من تاريخ الإخطار أو الإعلان. مما يعني أن تاريخ انتقال الحق، هو التاريخ المدون على الفاتورة وليس تاريخ الإعلان، كما هو حاصل في حوالة الحق أو الحلول الاتفاق.

2- التنازع بين المحال له والبائع المحتفظ بالملكية:

وصورة هذا النزاع، أن مشتري لمال- سواء أكان منقول أو عقار محتفظ بملكيته لحساب البائع الأصلي إلى غاية وفاء المشتري بالثمن-، ويقوم هذا الأخير بإعادة بيع نفس المال إلى مشتري ثاني، وبحوالة الدين المتعلق بالثمن لمؤسسة الائتمان عن طريق حوالة دايلي³⁰⁰؛ فهنا نكون أمام حقين متقابلين.

أولاً: حق البائع المحتفظ بملكيته، والذي بتطبيق المادة 122 من قانون 25 جانفي 1985³⁰¹، المتعلق بالإفلاس والتسوية القضائية للمؤسسات، يمكنه المطالبة بالثمن أو بالجزء المتبقي منه³⁰².

ثانياً: مؤسسة الائتمان، المحال لها الدين المتعلق بالثمن.

انقسم القضاء بخصوص هذا التنازع، ففي أول الأمر أعطت محاكم أول درجة أفضلية لمؤسسة الائتمان المحال لها على البائع الأصلي؛ بيد أن محاكم الاستئناف، لم تؤيد اتجاه محاكم الدرجة الأولى وجعلت الأفضلية في التقدم، للبائع الأصلي على مؤسسة الائتمان المحال لها³⁰³.

³⁰⁰ - راجع هذا الشأن:

=Maciejczyk (Sophie), la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, thèse, Clermont - ferrant I 1992, chappi (Danièle), les sûretés réelles et garanties assimilables au regard des procédures de redressement judiciaire des entreprises, thèse, paris I 1990 p 240.

³⁰¹ - Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Modifié par Loi n°94-475 du 10 juin 1994 - art. 61 JORF 11 juin 1994 en vigueur au plus tard le 1er octobre 1994.

-Abrogé par Ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4 JORF 21 septembre 2000.

³⁰² - Legeais (D), Droit commercial, o p.cit p 284.

³⁰³ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص272.

وجاء في قرار محكمة الاستئناف بباريس (أن الحق في ثمن البيع الثاني، يحل محل البضائع المحملة بشرط الاحتفاظ بالملكية، في الذمة المالية للبائع الأصلي... و ينتج الحلول أثره من لحظة إبرام عقد البيع الثاني... وليس لمؤسسة الائتمان حقوقا من ثمن البيع الثاني، أكثر مما لعميلها "البائع الوسيط")³⁰⁴.

رست محكمة النقض الفرنسية، على اتجاه محكمة الاستئناف في تفضيل البائع المحتفظ بملكيته على أساس نظرية الحلول العيني، من لحظة إبرام البيع الثاني³⁰⁵.

3- التنازع بين المحال له والملتزم من الباطن:

تطبيقا لأحكام المادة 1-13 من قانون 31 ديسمبر 1975³⁰⁶، المتعلقة بالوكالة من الباطن³⁰⁷، فإن المقاول الرئيسي لا يمكنه حوالة أو رهن الحقوق الناشئة عن الصفقة المبرمة مع صاحب الأشغال، إلا بالنسبة للمبالغ أو الديون أو الحقوق المستحقة من الأعمال التي يقوم بها شخصيا و مباشرة (استبعاد الحقوق المتولدة عن المقاولات من الباطن باستثناء إذا قدم المقاول كفالة)³⁰⁸.

الإشكال يطرح إذن، في حالة قام المقاول بحوالة الحقوق الممنوحة كمقاولات من الباطن إلى مؤسسة ائتمان، التي تجد نفسها في مواجهة المقاول من الباطن. حق الأفضلية، يمنح بطبيعة الحال للمقاول من الباطن، باعتبار أن المحال له لا يمكنه أن يكون له من الحقوق أكثر من المحيل؛ وبما أن هذا الأخير لا يمكنه حوالة هذه الحقوق، فإن هذه الحوالة لا تكون نافذة في حق المقاولين من الباطن، بغض النظر عن حسن أو سوء

³⁰⁴ - نفس المرجع ، ص 273.

³⁰⁵ - Cass, com, 20 juin 1989, D 1989, p 431, not F. Pérochon.

³⁰⁶ - من التشريع المدني الفرنسي.

³⁰⁷ -Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

³⁰⁸ - حيث تنص المادة 1-13، من قانون 1975، المتعلق بالوكالة من الباطن:

« L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement. Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants. »

نية مؤسسة الائتمان، وبغض النظر أيضا عما إذا كان المقاول من الباطن معتمد للقيام بهذه الأشغال أم لا³⁰⁹.

4- التنازع بين مؤسستي ائتمان:

في غياب تبليغ المدين بحصول الحوالة، يحدث أن يوفي هذا الأخير بحسن نية، جاهلا انتقال الحق من مؤسسة الائتمان إلى دائنه " عميل المؤسسة"؛ و يتخذ الوفاء شكل التحويل المصرفي على حساب الأخير لدى أحد البنوك. فهل يمكن لمؤسسة الائتمان المستفيدة من الحوالة، الاحتجاج على هذا الوفاء ومن ثم مطالبة مؤسسة الائتمان التي تلقت الوفاء بدون وجه حق، قيمة الحق المحول لحسابها.

في قضية عرضت على محكمة النقض الفرنسية، أفتت هذه الأخيرة في قرارها الصادر في 4 جويلية 1959، بأن مؤسسة الائتمان التي تتلقى وفاء الدين بدون وجه حق، تعتبر مجرد وسيط، مما يتعين عليها إرجاع المبلغ إلى المدين الأول، أو إلى الشخص المستحق³¹⁰.

المطلب الثالث: الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة في ضوء اتفاقية أوتاوا³¹¹.

بالرجوع إلى أحكام اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية، نلاحظ أنها جنحت صراحة نحو الأخذ بحوالة الحق كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة³¹²؛ وهذا بموجب نص المادة الخامسة منها، التي تنص على جواز الحوالة التي تتم بين الأطراف بالنسبة للحقوق

³⁰⁹ - Cass., com., 26 avril 1994 JCP, 1994 éd E, par 825.

- و يرى لوجي في هذا الشأن تعليقا على قرار محكمة النقض الفرنسية:

" La cour de cassation s'est prononcée dans une affaire où le débiteur cédé, en l'absence de notification, s'était libéré par virement à un compte dont son créancier, l'émetteur du bordereau, était titulaire, dans un établissement de crédit, autre que le bénéficiaire du Dailly, la cour considère que le cessionnaire ne peut obtenir la restitution des sommes virées au compte du réceptionnaire. Ce dernier est considéré comme un dépositaire tenu de restituer le dépôt au déposant ou à une personne habilitée.

³¹⁰ - Cass., com., 4 juillet 1995, D 199, p 488, note (D).Martin et (H).Synvet, legeais (D), droit commercial, op.cit. p 283

³¹¹-Convention d'Unidroit sur L'affacturage International (Ottawa, 28 mai 1988).

³¹² - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 42.

الآنية أو المستقبلية³¹³؛ كما أن المادة الثامنة من نفس الاتفاقية، تنص على عدم نفاذ الحوالة في حق المدين إلا بعد إخطاره بها³¹⁴.

بهذا، تكون اتفاقية أوتوا وافقت التشريع الأنجلوساكسوني، وخالفت التشريع اللاتيني وخاصة الفرنسي منه، الذي أخذ بداية بالحلول الاتفاقي، ثم جنح نحو الأخذ بحوالة دايلي المستحدثة بقانون 2 جانفي 1981 - كما رأينا في المطلب السابق -.

ولعلنا نتساءل، حول أسباب تفضيل اتفاقية أوتوا لحوالة الحق، دون غيرها من وسائل انتقال الحق، وخاصة تلك التي أخذ بها المشرع الفرنسي.

سنتناول في هذا المطلب، أسباب استبعاد اتفاقية أوتوا للحلول الاتفاقي، كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة في الفرع الأول؛ ثم نعرض بالدراسة لأسباب عزوف اتفاقية أوتوا عن الأخذ بحوالة دايلي في الفرع الثاني، وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: أسباب استبعاد اتفاقية أوتوا للحلول الاتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.
الفرع الثاني: أسباب عزوف اتفاقية أوتوا عن الأخذ بحوالة دايلي.

³¹³ - حيث تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية أوتوا:

« Une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance elles sont déterminables;... »

³¹⁴ - حيث تنص المادة الثامنة من اتفاقية أوتوا:

« 1. - Le débiteur est tenu de payer le cessionnaire, s'il n'a pas eu connaissance, d'un droit préférable, et si la notification par écrit de la cession:

- a) a été donnée au débiteur par le fournisseur, ou par le cessionnaire en vertu d'un pouvoir, conféré par le fournisseur;
- b) précise de façon suffisante, les créances cédées et le cessionnaire à qui ou pour le compte de qui le débiteur doit faire le paiement; et
- c) concerne des créances qui naissent d'un contrat de vente de marchandises qui a été conclu soit avant soit au moment où la notification est donnée.

2. - Le paiement par le débiteur au cessionnaire est libératoire s'il est fait conformément au paragraphe précédent, sans préjudice de toute autre forme de paiement également libératoire »

الفرع الأول: أسباب استبعاد اتفاقية أوتاوا، للحلول الاتفاقية كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

إذا رجعنا، إلى جوهر عملية شراء و تحويل و تحصيل و ضمان الحقوق التجارية، نجدها لا تتسجم في بعض الخصائص، مع طبيعة وآليات الحلول الاتفاقية، وهذا للأسباب التالية:

أولاً: من حيث طبيعة وهدف التصرف:

حيث أن طبيعة عقد تحويل الفاتورة، تنصب على انتقال الحق من المنتمي وهو الدائن الأصلي، إلى الوسيط و هو الدائن الجديد، فانتقال الحق هو جوهر العملية، ولا يمكن تصور العقد خارج هذا الإطار³¹⁵.

بينما في الحلول، فإن الموفى له لا ينقل الحق إلى الموفى، وإنما يحل هذا الأخير محل الأول، في استقاء الحق من المدين³¹⁶؛ والغرض في غالب الأحيان هو التيسير على المدين، ذلك أن هدف الموفى من حلولة محل الموفى له، هو إرجاء المدين إلى ميسره.

إن هذه الفكرة التي يقوم عليها الحلول، لا يمكن و أن تتفق وميكانيزمات عمل مؤسسات تحويل الفاتورة. فهذه الأخيرة عبارة عن مؤسسات ائتمانية ذات طابع تجاري، ولا تقوم بعمل تطوعي لحساب المدين، وإنما تقوم بمنح خطوط قرض للمنتمي أو الدائن الأصلي، مقابل نقل هذا الأخير لحقوقه اتجاه المدين إليها؛ كما أنها تحصل على عمولة، مقابل خدماتها الإدارية و الائتمانية.

ثانياً: من حيث آثار التصرف:

حيث أن نفاذ حوالة الحق في حق المدين وفي حق الغير، لا يكون إلا برضا المدين أو إعلانه بالحوالة³¹⁷، أما الحلول فهو نافذ في حق المدين وفي حق الغير، دون أي إجراء³¹⁸.

³¹⁵ - مروان الكوكبي، عقد الفاكورينغ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية، كلية

الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ج2، ص 367.

³¹⁶ - Bouraoui Darghout (fatma), op. Cit. p 59.

³¹⁷ - المادة 241 من القانون المدني الجزائري.

³¹⁸ - المادة 262 من القانون المدني الجزائري.

إذا عدنا إلى أحكام عقود تحويل الفاتورة، نجدتها تنص في مجملها على وجوب قيام المنتمي بإخطار المدين وإعلانه بنقل حقوق ديونه التجارية؛ وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا، والمادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري³¹⁹؛ ومن ثمة، لن نجد هذا المبدأ تطبيقه إلا في إطار حوالة الحق.

وإذا قام الموفي، بوفاء الدين ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود، كأن يكون باطلاً أو انقضى، فإن الموفي لا يرجع على الدائن الأصلي بدعوى الضمان، إذ أن الدائن لم ينقل حقا وإنما استوفاه، فلا يجب عليه الضمان³²⁰.

بينما في عقد تحويل الفاتورة، فإن الدائن الأصلي أو المنتمي لم يستوف الدين وإنما نقله على سبيل ضمان الائتمان الممنوح له من مؤسسة الائتمان؛ وهو نفس الأمر في حوالة الحق، إذ أن المحيل نقل الحق إلى المحال له، ولهذا الأخير الرجوع عليه بدعوى الضمان، وهي نفس الدعوى التي يرجع بها الوسيط على المنتمي في عقد تحويل الفاتورة.

الفرع الثاني: أسباب مخوفة اتفاقية أوتاوا عن الأخذ بحوالة دايلي.

تقوم فلسفة قانون دايلي في جوهرها، على مبدأ الوكالة الضمنية للعميل بتحصيل الحق³²¹. بيد أن هذه الوكالة، تتعارض مع أهم أهداف عقد تحويل الفاتورة، وهو تجنيب المنتمي المشاكل الإدارية والمالية لعمليات التحصيل³²²؛ وحتى العمولة التي يتقاضها الوسيط، فهي مقابل تخليصه المنتمي من هذه الأعباء المالية والإدارية. ومن ثمة، فإن جوهر قانون دايلي لا ينسجم في الأساس، مع طبيعة التزام مؤسسة تحويل الفاتورة في عقد تحويل الفاتورة. كما أنه ومن جهة أخرى، فإن قانون دايلي يقوم على التخفيف من شكليات حوالة الحق المدنية، بعدم اشتراط الإخطار لنفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير. وتتفق حوالة دايلي

319 - حيث تنص المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري " يجب أن يبلغ المدين فوراً بنقل حقوق الديون التجارية إلى الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل استلام".
كما تنص المادة 1 من اتفاقية أوتاوا الفقرة ج على:

" La cession des créances doit être notifiée aux débiteurs"

320 - غير أنه يمكن للموفي الرجوع على المدين، إذا ثبت أن وفاء هذا الأخير بالدين للدائن الأصلي، بعد العلم بالحوالة.

321 - يقصد بالوكالة الضمنية، أن عملية التحصيل، تبقى منوطة بالعميل، على عكس الوكالة العادية، التي ينتقل فيها، عبء التحصيل للوكيل.

322 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 59.

في هذا الأمر مع الحلول الاتفاقي - كما سبق و أن أشرنا إليه-، باعتبار تاريخ النفاذ هو تاريخ تحرير الفاتورة أو الحلول وليس تاريخ الإخطار، وهي بهذا خفت من شكليات الإخطار، لكنها هددت وجود العملية برمتها³²³.

فمؤسسات الائتمان، ولضمان حقوقها في استرداد الائتمان لا يمكنها إلا إخطار المدين بحصول الحوالة، حتى يكون ملتزما بالوفاء لها دون غيرها؛ بينما حوالة دايلي تمنعها من هذه المزية أو الخصية، وتضعها في مواجهة مشاكل قانونية متعددة، يمكن حصر أهمها فيما يلي:

1: وفاء المدين للغير بحسن نية:

حيث تنص المادة 268 من التقنين المدني الجزائري، أن الوفاء بحسن نية إلى حائز الدين يكون صحيحا، وتضيف المادة 1240 من التقنين المدني الفرنسي، أن هذا الوفاء يكون صحيحا حتى ولو نزلت حيازة حائز الدين في وقت لاحق³²⁴. وعلى هذا يمكن للمدين في ظل جهالته بحوالة دايلي، أن يفي بالدين إلى الدائن الأصلي أو المنتمي أو أي محال له آخر، وهو وفاء صحيح و مبرر للذمة.

2: تمسك المدين بالدفع الجديدة في مواجهة الوسيط:

إذ أن هناك رأيا تبنته محكمة النقض الفرنسية³²⁵، يعارض أحكام المادة الرابعة من قانون دايلي، التي تنص على أن الحوالة تسري من التاريخ المدون في الفاتورة وليس تاريخ الإعلان. بينما محكمة النقض الفرنسية، تبنت الاتجاه القائل بصحة الدفع التي يتمسك بها المدين في مواجهة الوسيط، حتى بعد نشأة الحوالة؛ باعتبار أنه يجهل الحوالة من جهة، ومن جهة ثانية باعتبار الوكالة الضمنية للعميل بتحصيل الحق، وهو أمر يضاعف من مخاطر استرداد الائتمان. ولولا هذه الوكالة الضمنية لما كان للمدين التمسك بهذه الدفع، مخالفة لنص المادة الرابعة من قانون دايلي.

³²³ - Rives-Lang (Jean-Louis)-Contamine-Raynaud (Monique), Droit bancaire, Dalloz, 1990.

³²⁴ - حيث تنص المادة 1240 مدني فرنسي:

« Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé »

³²⁵ - Cass., com, 14 décembre 1993, revue de droit bancaire et de la bourse, 1994, p80, obs. Crédot (F), et Gérard (Y).

3: لجوء العميل إلى الغش بخلق فواتير وهمية:

إن الوكالة الضمنية للعميل بتحصيل الحق، تجعل الوسيط بعيدا عن العملية وعن مراقبة سيرها، مما يشجع المنتمي على خلق فواتير وهمية على أمل تحسن ظروفه في المستقبل؛ فإذا حدث العكس ووقع المنتمي في حالة إفلاس، لم يكن أمام الوسيط أي طريق من طرق استرداد دينه، إلا الدخول في تفليسة المنتمي³²⁶. وهي نتيجة خطيرة، ما كانت لتحدث لولا الوكالة الضمنية.

على كل، هناك مشكلات قانونية أخرى وعديدة يثيرها مبدئي الوكالة الضمنية وعدم الإخطار، لا يتسع المقام لذكرها وإن اكتفينا بذكر أهمها.

رغم هذه العيوب، فإنه يبقى لهذا الإطار القانوني المستحدث جملة من المحاسن، أهمها كونه أداة لنقل الحقوق، يتلاءم مع مبدأ الجماعة المهيمن على عقد تحويل الفاتورة، نظرا لصلاحيته لنقل أكثر من حق على مديني المنتمي، وصلاحيته حتى لنقل الحقوق المستقبلية والمحملة؛ كما أنه يظل أكثر فعالية، من حيث التزام المدين التزاما شخصيا ومستقلا بالوفاء، في حالة قبوله الفاتورة³²⁷.

ويبقى لكل نظام، إيجابياته وسلبياته سواء كان حوالة حق أو حلول اتفاقي أو حوالة دايلي؛ و يبقى على كل نظام تشريعي، المفاضلة بين إيجابيات وسلبيات كل أداة قانونية لنقل الحق، وأخذ منها ما يراه مناسبا لتشريعته الداخلي، أو توجهاته الاقتصادية أو حتى الإيديولوجية. وإن كانت أغلبية التشريعات الوطنية والدولية بما فيها اتفاقية أوتاوا، اختارت الأخذ بنظام حوالة الحق، ونرى أن سبب هذا التوجه مرده إلى ثلاثة أوجه.

أ: بسبب أن حوالة الحق، هي الأكثر تلائما مع النظام القانوني لعقد تحويل الفاتورة (كما سبق وأن رأينا).

ب: بسبب استقرار قواعد هذا النظام وأحكامه، ونشوء ثروة قانونية فقهية وقضائية في رحابه، لتواتر الأخذ به منذ زمن بعيد؛ على عكس حوالة دايلي المستحدثة فقط سنة 1981، وما زالت أحكامها في طور التبلور والنشأة.

³²⁶ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 61.

³²⁷ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 62.

ج: بسبب أن عقد تحويل الفاتورة، أول ما نشأ كان في رحاب القانون الأنجلوساكسوني، وترعرع و شرب من أفكار ومبادئ هذا الفكر القانوني، الذي أخذ بنظام حوالة الحق كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة؛ وظل كذلك إلى غاية دخول هذا العقد إلى فرنسا، التي حاولت فرنسته - كما رأينا سابقا -، من خلال تغيير النظام القانوني الذي يحكمه، من حوالة الحق إلى الحلول الاتفاقي.

ومن ثم، فإن التشريعات الوطنية التي اجتمعت على إنشاء اتفاقية أوتاوا، كانت تأخذ في معظمها بحوالة الحق. وهذا ما جعل هذا الأخير هو الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة، في ضوء اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية.

المطلب الرابع: موقفه المشرع الجزائري من الأساس القانوني لتكييفه انتقال الحق من المنتمي للوسيط في عقد تحويل الفاتورة.

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة، بمقتضى المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، أساس انتقال الحق من المنتمي للوسيط في عقد تحويل الفاتورة؛ إذا ما كان قائما على أساس حوالة الحق التي أخذ بها بصفة عامة المشرع الأنجلوساكسوني، أو نظام الوفاء بالحلول الذي تبناه المشرع اللاتيني أو الفرنسي بصفة خاصة.

ويظهر من خلال صياغة النصوص القانونية للمرسوم التشريعي 93-08، أن المشرع الجزائري يستعمل تارة مصطلح الحلول عند تطرقه لانتقال الحق من المنتمي للوسيط، ويستعمل تارة أخرى مصطلح الحوالة. فبالرجوع لنص المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري الجزائري، جاء في تعريف المشرع الجزائري لعقد تحويل الفاتورة بأنه، " عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة، تسمى الوسيط، محل زونها المسمى المنتمي..."³²⁸. فالمشرع الجزائري وفي تعريفه للعقد، قام بتوظيف مصطلح أو عبارة حلول الوسيط محل المنتمي في حقوقه، عوض انتقال هذه الحقوق من المنتمي للوسيط.

من جهة أخرى، وعند تطرقه لآثار انتقال الحق من المنتمي للوسيط، نجد أن المشرع الجزائري يوظف مصطلح تحويل الديون التجارية، بموجب نص المادة 543 مكرر 16 من القانون التجاري؛ أي أنه يتحدث عن حوالة هذه الحقوق من الدائن الأصلي بها وهو المنتمي،

³²⁸ - أرجع لنص المادة 453 مكرر 14 من القانون التجاري الجزائري.

إلى الدائن الجديد وهو الوسيط³²⁹. وهو نفس الحال بالنسبة لنص المادة 543 مكرر 15 من القانون، التي تنص على وجوب تبليغ المدين فوراً بنقل حقوق الديون التجارية، من المنتمي للوسيط³³⁰.

غير أنه، وبالرجوع لطبيعة عقد تحويل الفاتورة والتي تنصب على انتقال الحق من المنتمي للوسيط، نجد أن هذا المفهوم يجد مضمونه في نصوص المواد 543 مكرر 15 و 543 مكرر 16، المذكورة أعلاه؛ ذلك أن الحلول لا يؤدي إلى انتقال الحق من الموفى له للموفى، وإنما هذا الأخير يحل محل الأول في استقاء الحق من المدين.

كما أن نفاذ حوالة الحق في حق المدين وفي حق الغير طبقاً لنص المادة 241 من القانون المدني الجزائري، لا يكون إلا برضا المدين أو بإخباره بها بعقد غير قضائي³³¹، أما الحلول فهو نافذ في حق المدين وفي حق الغير دون أي إجراء. و من ثمة فإن نص المادة 241 من القانون المدني الجزائري، يجد تطبيقه في نص المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري، والتي تنص على وجوب تبليغ المدين فوراً، بنقل حقوق الديون التجارية للوسيط، بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام.

وبمقتضى حوالة الحق، فإن للمحال له الرجوع على المحيل بدعوى الضمان، إذا ثبت أن الدين غير موجود أثناء أو قبل الحوالة سواء لانقضاءه أو بطلانه، ذلك أن الدائن الأصلي أو المنتمي لم يستوفي الدين وإنما نقله على سبيل ضمان الائتمان الممنوح له من الوسيط. وهذا ما عبرت عنه المادة 543 مكرر 16، التي تنص على أنه يترتب على حوالة الديون التجارية، نقل كل الضمانات التي كانت تضمن تنفيذ الالتزامات لفائدة الوسيط.

هذا الضمان لا وجود له في الوفاء بالحلول، فإذا قام الموفى بوفاء الدين ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود، كأن كان باطلاً أو انقضى، فإن الموفى لا يرجع على الدائن الأصلي بدعوى الضمان، إذ أن الدائن لم ينقل حقا وإنما استوفاه، فلا يجب عليه الضمان.

وعليه، وبالرجوع للأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة، وباستقراء النصوص القانونية للمرسوم التشريعي 93-08 المنظم لهذا العقد، وبالرجوع حتى للتسمية التي وضعها المشرع

329 - أرجع لنص المادة 453 مكرر 16 من القانون التجاري الجزائري.

330 - أرجع لنص المادة 453 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري.

331 - أرجع لنص المادة 241 من القانون المدني الجزائري.

الجزائري لهذا العقد - وهي عقد تحويل الفاتورة-؛ فإن انتقال الحق من المنتمي للوسيط بموجب عقد تحويل الفاتورة، لا يجد تطبيقه إلا في إطار المبادئ العامة لنظام حوالة الحق، التي نظمها المشرع الجزائري في نصوص المواد 239 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني: الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

طبقا لنص المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري الجزائري، فإن عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى الوسيط أو الشركة محولة الفواتير، محل الدائن الأصلي بحقوق ثابتة في فواتير تجارية؛ عندما تسدد للدائن الأصلي- الذي يتحول إلى منتمي- المبلغ التام للحقوق أو الديون الثابتة في الفواتير، و تتكفل بضمان عدم الرجوع عليه في حالة عدم التسديد، وذلك مقابل عمولة خاصة تتقاضاها هذه المؤسسة الوسيطة.

عقد تحويل الفاتورة، يقوم بالأساس على انتقال الحق من الدائن الأصلي به- المنتمي- إلى الدائن الجديد-الوسيط-، وفق الآلية القانونية المعتمدة من قبل التشريع الذي يخضع له هذا العقد؛ سواء كان حوالة حق كما هو مطبق في التشريع الأنجلوساكسوني، أو حلول اتفاقي كما هو معروف في التشريع اللاتيني، أو أي أساس قانوني آخر معتمد.

عند دراستنا للأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة في الفصل التمهيدي، أو التكييف القانوني للعقد في الفصل الأول من هذا الباب، لاحظنا كيف أن هذا العقد يتميز بخصائص تجعله منفردا ومتميزا عن غيره من العقود المسماة أو غير المسماة، وهذا التميز يمتد إلى الشروط القانونية لانعقاد ونفاذ هذا العقد.

ونظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد، ومخالفة لما هو معتاد عند دراسة الشروط القانونية لأي عقد، بالتركيز على شروط انعقاده ونفاذه، فإننا ارتأينا أن تمتد هذه الدراسة إلى المرحلة السابقة للتعاقد، وهي مرحلة مهمة جدا في حياة هذا العقد؛ وهذا حتى يمكننا تتبع المراحل الأساسية التي يمر بها عقد تحويل الفاتورة، من المرحلة السابقة للتعاقد، ومرورا بمرحلة التعاقد، ووصولاً إلى مرحلة تنفيذ العقد.

فعقد تحويل الفاتورة، يعتبر في الأساس من العقود الرضائية التي تتطلب الإيجاب والقبول لانعقادها، طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري. والتعبير عن الإيجاب، يكون دوما من المنتمي الذي يأخذ عادة صفة تاجر أو مؤسسة صغيرة أو متوسطة في حاجة إلى السيولة النقدية، وهي تملك فواتير أو سندات تجارية غير مستحقة، فتلجأ إلى مؤسسة مالية (الشركة محولة الفواتير)، وتعرض عليها شراء الحقوق الثابتة في هذه الفواتير أو السندات، مقابل عمولة معينة.

أما القبول في عقد تحويل الفاتورة، فيكون دوماً من الوسيط، وهو الذي يتحقق بعد التحري عن المركز المالي للمنتمي وفق شروط وإجراءات قانونية، يحكمها في الأصل الأعراف التجارية والتشريعات الخاصة المنظمة لهذا العقد، وهذا ما يعرف بالمرحلة السابقة للتعاقد.

بعد الانتهاء من مرحلة التحري عن المنتمي، واقتناع الوسيط بقبول التعاقد معه، تصدر شركة تحويل الفاتورة قرارها بالقبول، وفق الأشكال والإجراءات القانونية التي ستكون محل دراستنا؛ لننتقل بعدها إلى مرحلة التعاقد، التي سنتطرق فيها للشروط الموضوعية والشروط الشكلية لعقد تحويل الفاتورة.

فيجب أن تتوفر في عقد تحويل الفاتورة، الشروط الموضوعية الواجب توافرها في سائر العقود، من أجل اعتباره صحيحاً وناجراً في حق أطرافه، وهي التراضي والمحل والسبب؛ مع بعض الخصوصيات التي تميز هذا العقد، والتي سنتناولها في حينها عند تطرقنا لهذه الشروط الموضوعية.

أما بالنسبة للشروط الشكلية، ورغم الطابع الرضائي لنشأة العقد، إلا أن الممارسة العملية والأعراف التجارية الناتجة عنها، قد بينت أن صحة هذا العقد تستلزم مجموعة من الشروط الشكلية؛ وهي الشروط الشكلية العامة الثابتة وغير المتغيرة، والتي تمثل القواعد الشكلية الأساسية للعقد، ويتعين الإشارة إليها في العقد.

وبالإضافة إلى الشروط الشكلية العامة، التي تتفق في جميع عقود تحويل الفاتورة، نجد كذلك الشروط الشكلية الخاصة، وهي الشروط التي يضعها المنتمي والوسيط بالاتفاق بينهما، مراعاة لخصوصيات بعض المؤسسات التي تريد تحويل حقوقها للوسيط.

أما في المرحلة الأخيرة المتعلقة بتنفيذ العقد، وباعتبار عقد تحويل الفاتورة من العقود التبادلية أي الملزمة للطرفين، فيلتزم كل من المنتمي والوسيط أثناء تنفيذ العقد، بمجموعة من الالتزامات تقع على عاتقهما ويتعين عليهما أدائها، وهي التي سيكون يكون أهمها محل دراستنا وتفصيلنا.

وعليه سنتناول الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة، عبر ثلاث مراحل لنشأة العقد و نفاذه، وهي المرحلة السابقة للتعاقد، ومرحلة إبرام العقد، ومرحلة تنفيذ العقد.

وبالتالي سيكون تقسيمنا لهذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاقد.

المبحث الثاني: مرحلة تكوين العقد.

المبحث الثالث: مرحلة تنفيذ العقد.

المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاقد.

عند دراستنا لخصائص عقد تحويل الفاتورة، وقفنا على الطابع الائتماني للعقد؛ والأصل في كل العمليات الائتمانية، أنها تقوم على ثقة مانح الائتمان في عميله طالب الائتمان، وأن مقدار هذه الثقة تختلف من عملية لأخرى، تبعاً لظروفها وطبيعتها³³².

وإذا كانت بعض العقود، تتطلب مفاوضات ومناقشات قبل إبرامها، فإن عقد تحويل الفاتورة، يتطلب إجراء تحريات أولية يقوم بها الوسيط، لمعرفة مركز المنتمي ووضع المالى وسلوكه التجاري³³³؛ وهذا من خلال التحري حول طبيعة الحقوق المنقولة، والمدينين بها، والموقف المالى لمؤسسة المنتمي.

هذه التحريات الأولية التي يقوم بها الوسيط، تكون من خلال المعلومات التي يقدمها المنتمي نفسه، أو من خلال التحري لدى الغير سواء كانوا زبائن المنتمي أو جهات متخصصة في التحري مقابل عمولة خاصة؛ وبعدها يرد الوسيط على طلب التعاقد من المنتمي، إما بالرفض أو بالقبول، وهذا بناء على ما استخلصه من مرحلة التحري وجمع المعلومات.

وعليه، سنتطرق في هذا الجزء من بحثنا إلى المرحلة التي تسبق صدور قبول الوسيط بالتعاقد مع المنتمي، ومناقشة بنود العقد ومدته والعمولة، وغيرها من العناصر التي ستشكل محور التعاقد لاحقاً. ففي هذه المرحلة، نكون أمام إيجاب صادر عن المنتمي، في انتظار صدور قبول الوسيط المعلق على نتيجة مرحلة التحري والاستيثاق.

ورغم أن عقد تحويل الفاتورة لم يولد بعد في هذه المرحلة، إلا أنها تعتبر مرحلة جوهرية من مراحل بناء العقد، وتولد حقوق والتزامات غير عقدية على عاتق الطرفين. فالمنتمي يلتزم بتمكين وإحاطة الوسيط علماً بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بمركزه المالى ومركز مؤسسته التجارية؛ والوسيط ملزم بالحفاظ على السرية المهنية أثناء إطلاعه على هذه البيانات، سواء قبل التعاقد مع المنتمي لاحقاً أو رفض ذلك.

ومن ثمة، سنتطرق للمرحلة السابقة للتعاقد والتي تشمل التحري عن المركز المالى للمنتمي، ونتيجة هذا التحري، وأهم الشروط القانونية المتعلقة بها، من خلال التقسيم التالي:

332 - صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 269.

333 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 27.

المطلب الأول: التحري عن المركز المالي للمنتهي.
المطلب الثاني: نتيجة التحري.

المطلب الأول: التحري عن المركز المالي للمنتمي.

يسعى الوسيط قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة مع المنتمي، إلى أخذ فكرة عامة ودقيقة عن المركز المالي لعميله المرتقب، وكذا المؤسسة التجارية لهذا الأخير، من خلال ممارسة حقه في الرقابة.

والحق في الرقابة نوعان، رقابة قبلية ورقابة بعدية؛ أما الرقابة القبلية فهي الرقابة التي يمارسها الوسيط قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة، بغية كشف مختلف المخاطر التي تحيط بعملية التحصيل.

الوسيط وهو يمارس حقه في الرقابة القبلية والاستعلام، قد يقوم بها بنفسه أو بمساعدة المنتمي نفسه، أو عن طريق الغير³³⁴؛ وعليه سنتطرق في هذا المطلب، لأساليب الرقابة القبلية التي يمارسها الوسيط، بسعيه للاستعلام والتحري عن المركز المالي للمنتمي، باللجوء للمعلومات والبيانات المقدمة من قبل هذا الأخير في الفرع الأول، ومن قبل الغير في الفرع الثاني؛ وذلك وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: التحري لدى المنتمي.

الفرع الثاني: التحري لدى الغير.

الفرع الأول: التحري لدى المنتمي

بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، يلتزم المنتمي بإحاطة الشركة الوسيطة بجميع البيانات المتعلقة بتجارته وزبائنه ومراكزهم المالية، وكل ما يطرأ على هذه التجارة من تغيرات قد تعرقل عملية الوفاء، فيلتزم المنتمي بإخطارها للوسيط فوراً³³⁵.

وعقد تحويل الفاتورة، من العقود التي تعتمد فيها المؤسسة عند إبرامها اعتماداً كبيراً على المعلومات والبيانات التي يصرح بها العميل الراغب في التعاقد³³⁶؛ ولذلك فعلى هذا الأخير

334 - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 71.

335- Pierre Jude, Technique et Pratique du FACTORING, Centre de Librairie et D'éditions Techniques, paris, 1984, p 85.

336 - حيث أن المنتمي، و أثناء تقديمه لطلب الحصول على الائتمان، يتعين عليه إجبارياً، الإجابة على استمارة المعلومات، التي يقدمها له

الوسيط، و التي تتضمن البيانات التالية:

تفادي الغش والتدليس، ومراعاة الدقة والصحة في البيانات والمعلومات المتعلقة بحقيقة وضعه المالي ومراكز مدينيه المالية، وبكافة المخاطر الآنية والمستقبلية التي يمكن أن تشكل خطر، على عملية تحصيل الحق³³⁷.

هذا الالتزام، هو مبدأ عام تقتضيه ضرورات التعامل والتعاون بحسن نية، دون ما حاجة إلى شرط تعاقدي؛ ويتحدد الالتزام قبل التعاقد بالإعلام³³⁸، في ثلاث طوائف من البيانات تتمثل في:

أولاً: البيانات المتعلقة بالحق المنقولة:

يتعين على المنتمي، إعلام الوسيط بكل البيانات المتعلقة بالحق محل العقد، خاصة إذا كان هذا الحق يحمل وصفا خاصا ينشئ خطرا يحيط بتحصيله، كالامتياز الممنوح للبائع الأصلي. وهذه البيانات تتعلق عادة، بالتطورات التي تحصل على استحقاق الدين بظهور

1- هوية المؤسسة،

2- تحليل المبيعات المفوترة، في 12 شهر الأخيرة،

3- طبيعة الزبائن: - مؤسسات، - تجار جملة، - تجار تجزئة، - أشخاص خاصة، أو عامة معنوية.

4- شروط دفع الديون (بالنسبة المئوية التقريبية لرقم الأعمال).

- الديون الحالة الأجل.....% . بعد 30 يوم.....% . بعد 60 يوم.....% . بعد 90 يوم أو أكثر.....% .

5- وسائل التسديد (بالنسبة المئوية التقريبية لرقم الأعمال).

- بواسطة شيكات.....% . - سندات، و سندات لأمر.....% . - وسائل تسديد أخرى.....% .

6- القرض التأميني: إن كان مستفيد من قرض تأميني..... ما هو.....

7- التصدير:

- التصدير المباشر (البيع في الخارج). رقم الأعمال السنوي..... بالنسبة للدول التالية.....

- التصدير غير المباشر (بيوع موجهة للتصدير).....

8- بنك المنتمي..... الرقم الإجمالي للخصوم المسموح بها..... الحجم المستهلك..... الدفع على المكشوف

المسموح به..... الحجم المستهلك من الدفع على المكشوف.....

9- زبائن الوسيط، الاسم و العنوان الدقيق لأهم عشرين زبون أساسي للعميل..... الحجم السنوي

للمبيعات..... شروط الدفع المسموح بها (بالأيام).....

337 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 151.

338 - راجع في محل الالتزام بالإعلام: نزيه محمد صادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، و تطبيقاته على بعض أنواع

العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة الجديدة، 1990، ص 252، و ما بعدها.

- M. de Juglart, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD civ 1945.1.

مستحقين آخرين له، من شأنهم مزاحمة الوسيط عند حلول أجل الاستحقاق، فنكون أمام تنازع في استحقاق الدين؛ والذي يكون من صورته، التنازع الذي يكون مع البائع المحتفظ بالملكية، أو التنازع مع المقاول من الباطن، أو مع دائنين ممتازين.

فإذا كان الحق المنقول إلى مؤسسة تحويل الفاتورة، حقا ناتجا من البيع الثاني للبضائع المحتفظ بملكيبتها لمصلحة البائع الأصلي، لحين وفاء البائع الثاني "عميل المؤسسة" بثمن البضائع، فهنا انتقال الملكية معلقا على شرط وفاء البائع الثاني للبائع الأصلي بثمن البضائع. و من ثمة، فإن التصرف الذي قام به البائع الثاني أو العميل، مهدد جميعه بالزوال في حالة عدم تحقق الشرط الواقف؛ و على ذلك يتعين إخطار الوسيط بهذا الوصف، نظرا لخطورته على العملية برمتها³³⁹.

ومن الأوصاف التي يمكن أن تشكل خطرا أيضا على التحصيل، ويتعين إخطار الوسيط بها، الامتياز الممنوح للمقاول من الباطن، إذا كان الحق المنقول إلى مؤسسة تحويل الفاتورة حقا ناتجا عن عقد مقاوله، خضعت كلها أو في جزء منها إلى أعمال مقاوله من الباطن³⁴⁰؛ كان جزءا من هذا الحق أو كله مستحقا للمقاول من الباطن، الذي يمكنه مزاحمة الوسيط في استحقاق الحق من المدين.

الأمر الذي يتعين معه على المنتمي، إخطار وإعلام الوسيط بهذا الوصف اللاحق بالحق لوجود خطر يحيط بتحصيله، يتمثل في الامتياز الممنوح للمقاول من الباطن بالرجوع على رب العمل (المدين)، بالمبالغ المستحقة له في ذمة المقاول الأصلي (المنتمي)³⁴¹. ولما كان المنتمي تاجرا، يبيع و يشتري و يقترض، فقد يقع أن يلجأ إلى الاقتراض من الغير بضمان أصوله التجارية التي يرهنها لضمان هذا القرض؛ وفي نفس الوقت يقوم ببيع

339 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 152.

340 - و يرى "دومينيك رمبر" في نشوء التزام المقاول من الباطن ومؤسسة الشراء:

" في حالة قيام المقاول الأصلي (العميل) بنقل حقوقه الناتجة عن أعمال المقاوله، لمؤسسة الائتمان ضمانا لما تلقاه من ائتمان وكانت هذه الأعمال محل مقاوله من الباطن، فإن القانون قد أعطى للمقاول من الباطن في حالة تخلف المقاول الأصلي، دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل لاسترداد ما هو مستحق له عن أعمال المقاوله من الباطن، وفي نفس الوقت فإن لمؤسسة شراء الحقوق حق الرجوع على العميل بمقتضى الحلول الاتفاقي أو حوالة داخلي "

-Rambure (Dominique), le paiement des sous traitait, L.G.D.J., p 38.

- obs., sous cass.com. 9 janvier 1990, revue banque 1990, p428.

341 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 154.

حقوقه التجارية إلى الوسيط، الذي يجد نفسه عند حلول أجل الاستحقاق في تزامن مع الدائن المرتهن، في استقاء الدين من عند المدين.

لذلك يلتزم المنتمي بأن يخطر المؤسسة، بكافة الحجوز على الحق المنقول من قبل دائنيه، سواء كانت حجوزا تحفظية أو تخصصية؛ و بكل التصرفات التي أبرمها على ذات الحق والمنازعات مع مدينه، والتي تهدد عملية تحصيل الحق، وطلبات الإمهال في الوفاء³⁴². وعلى كل، يلتزم المنتمي بإخطار وإعلام الوسيط بكل الأوصاف السابقة واللاحقة، التي تلحق بالدين أو بالحق محل الحوالة، والتي من شأنها أن تشكل خطرا يحيط بتحصيله.

ثانيا: البيانات المتعلقة بزبائن المنتمي:

بمجرد إبرام عقد تحويل الفاتورة بين المنتمي والوسيط، تتحول علاقة هذا الأخير إلى علاقة مباشرة بزبائن الأول، باعتبار أنه هو من يتكفل بتحصيل الحقوق أو الديون المنقولة له. ورغم أن المدين ليس طرفا أصيلا في عقد تحويل الفاتورة، إلا أن أثر هذا الأخير ينصرف إليه بصفة مباشرة، باعتبار الطبيعة الثلاثية لعقد تحويل الفاتورة التي سبق الإشارة إليها؛ وباعتبار أن تنفيذ العقد واستحقاق الدين أو الحق محل التحويل، يتم أمام المدين أو المشتري في العلاقة التي تربط بين المنتمي كبائع والمدين كمشتري. وعلى ضوء ذلك يتعين على المنتمي، إخطار الوسيط وإعلامه بكافة المعلومات والبيانات المحددة لحقيقة المركز المالي للمدين.

وبالرغم من أن لمؤسسة تحويل الفاتورة، مجموعة كبيرة من المستشارين والخبراء الماليين³⁴³، الذين يتكفلون بمتابعة تطور السوق والحالة المادية للزبائن؛ إلا أن المتابعة التي تقوم بها مصلحة القروض³⁴⁴، تبقى قاصرة وفي حاجة إلى تعاون المنتمي أو الدائن الأصلي للزبائن. و هذا بالنظر إلى العلاقة المباشرة التي تربط بينهم، وسابق التعاملات المالية التي جمعتهم.

ذلك أن البيانات المتعلقة بزبائن المنتمي، لها أهميتها القصوى في تحديد موقف الوسيط في الموافقة على منح الائتمان للمنتمي، أو الاكتفاء بتحصيل حقوق المنتمي بمقتضى عقد

³⁴² - نفس المرجع، ص 153.

³⁴³ - في كل مؤسسة فاكوتورينغ، يوجد ما يعرف بمصلحة القروض، التي تتولى دراسة الجدوى، قبل منح الائتمان.

³⁴⁴ - Le Departement Credit.

الوكالة العادية. لأن مخاطر عملية شراء الحقوق أو تحويل الفاتورة للوسيط، هي مخاطر (مشتر) وليست مخاطر (بائع)³⁴⁵.

إن حاجة الوسيط لكافة المعلومات الخاصة بزبائن المنتمي، تحتم على هذا الأخير، إحاطة مؤسسة تحويل الفاتورة بكل المعلومات المادية والفنية المتعلقة بالزبائن، قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة؛ بل وبكل ما يحدث في المستقبل من تطورات في الوضع المالي للمدينين، إذا كان من شأنه أن يعرقل عملية التحصيل.

إضافة إلى ما جاء ذكره أعلاه، ورغم أن الوسيط يقوم بعملية تحصيل الديون باسمه ولحسابه الخاص، ويتحمل مخاطر ذلك التحصيل، باعتبار انتقال ملكية هذه الديون له انتقال تام؛ فإن الكثير من عقود تحويل أو شراء الفاتورة، تنص على إلزام المنتمي بمعاونة الوسيط، في تحصيل الديون موضوع هذا العقد³⁴⁶. والوفاء بهذا الالتزام، يتم من خلال تمكين الوسيط من مختلف المستندات الإضافية والمعلومات الكافية التي تمكنه من إتمام عملية تحصيل تلك الديون³⁴⁷.

كما يلتزم المنتمي، بتمكين وتزويد الوسيط بالمعلومات الكافية عن مدينه، إذا اضطر إلى مقاضاة أحد المدينين المتخلف عن تسديد قيمة الدين المترتب بذمته³⁴⁸.

ثالثاً: البيانات المتعلقة بمؤسسة المنتمي:

بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، لا يلتزم المنتمي بتمكين الوسيط من جميع المعلومات المتعلقة بزبائنه و فقط، بل ويلتزم بالإضافة إلى ذلك بإخطاره بكل التعديلات والتغيرات التي تمس مؤسسته؛ كزيادة رأسمال المؤسسة، أو تغيير الشكل القانوني للمؤسسة، أو سحب ترخيصها؛ وهذا عن طريق تمكين الوسيط من الإطلاع على كافة المستندات والوثائق المتعلقة بمؤسسة المنتمي، ومراقبة الوضع المالي لهذا الأخير، وهذا ما يعرف "بحق المؤسسة في الرقابة والإطلاع".

³⁴⁵ - Janine Le Toux, Le contrat de factoring, Thèse Rennes, 1977, p.157.

²⁰³- Dominique legeais: Affacturage, édition du juris- classeur,2002. Fascicul361, p 4,n11.

³⁴⁷ - Christian Gavalda: Affacturage,Encyclopédie Dalloz-com.1996-F,-A-B,p9,n69.

³⁴⁸ - هاني دويدار،(عقد تحويل الديون التجارية).مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية،

العددان 2،1، 1991، ص 316.

فإذا تنازل المنتمي عن ملكية المؤسسة لمالك جديد، أو أدخل شريك أو أكثر، أو تم تغيير الشكل القانوني للمؤسسة، أو تغيير أهليتها، أو زيادة أو خفض رأسمالها التأسيسي، أو غيرها من التغييرات التي تطرأ على مؤسسة المنتمي؛ كان لزاماً على هذا الأخير أن يخطر الوسيط بذلك. و أي إخلال من المنتمي بذلك، قد يولد مسؤوليته في مواجهة الغير، الذي يعتقد مع وجود عقد لشراء الحقوق، بحسن وانتظام معاملات المنتمي.

هذا الحق يمارس بصفة دورية ومنتظمة، وليس بصفة عارضة³⁴⁹، لأن عقد تحويل الفاتورة هو من العقود التي تقوم بدرجة أولى على الاعتبار الشخصي³⁵⁰، قبل غيره من الاعترافات الأخرى. لكن قد يشكل مثل هذا الحق، انتهاك صارخ للسر المالي والمهني لمؤسسة المنتمي، باعتبار أن جميع المستندات والوثائق تصبح بمقتضاه مفتوحة أمام مؤسسة الوسيط؛ وما يشكل هذا الحق من خطر على المنتمي، خاصة إذا تسربت هذه المعلومات بطريقة أو بأخرى إلى مؤسسة منافسة.

لذلك يقع التزام حفظ أسرار المنتمي، ومنشأته التجارية وعدم إفشاءها على عاتق الوسيط، حتى ولو لم ينص عليه عقد تحويل الفاتورة، وهو أشبه بالالتزام الحفاظ على السر المصرفي³⁵¹. مما جعل الاجتهاد القضائي الفرنسي³⁵²، يعتبر في بعض قضايا الشهيرة أن الوسيط ارتكب إهمالاً كبيراً، عبر إفشاء معلومات وإن لم تكن صحيحة حول الوضع المالي لمنشأة المنتمي أو مدينيه.

وتلعب البيانات التاريخية لإنجازات إدارة المنشأة طالبة الائتمان، دوراً مهماً في التحليل الائتماني؛ مثل عمر المنشأة في السوق، سمعة الشركة، معدل الأداء لها في السوق، وقدرة ورغبة المؤسسة في السداد، ومدى التزام مجلس إدارتها مع عملاءه ومورديه، وحجم المنافسة ومصادر التمويل، قبل اللجوء للاقتراض³⁵³. وهي بيانات جوهرية وأساسية، تلعب دوراً مهماً في تحديد وتوجيه رأي الوسيط في منح الائتمان من عدمه.

³⁴⁹-Lallemant (Réginald), Affacturage, juris – classeur- Commercial, (Banque et Crédit), 1991, Fascicule 580 ; 1984, Fascicule 870.n 72.

³⁵⁰ - هشام فضلى، المرجع السابق، ص 154.

³⁵¹ - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 311.

³⁵² - cass.com., 25 janv. 1984, B.R.D.A., 10/1984, p.21.

³⁵³ - صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان من منظور قانوني و مصرفي، دار النهضة العربية-القاهرة-2008، ص 211.

الفرع الثاني: التحري لدى الغير.

إن التحري لدى المنتمي، ورغم أهميته بالنسبة للوسيط أو الشركة محولة الفواتير، في أخذ فكرة حول الموقف المالي والتجاري لعميلها، غير أنه يبقى غير كافياً³⁵⁴؛ خاصة أمام لجوء المتعاملين، إلى إخفاء بعض المعلومات الخاصة بهم أو الخاصة بمعاملاتهم التجارية، وإظهار الجوانب الإيجابية منها فقط.

هذا الأمر، هو الذي يدفع بشركات تحويل الفاتورة إلى اللجوء لوسائط أخرى، تحقق فعالية أكبر في دراسة الموقف المالي للمنتمي، وأخذ فكرة أوضح حول شرعية ومثانة وصحة معاملاته التجارية؛ وهذا تجنباً للخسائر التي يقع فيها الوسيط، إذا تعامل مع عملاء غير جديين، أو موقفهم المالي غير مستقر، أو يتعاملون بفواتير وهمية.

هذه الوسائط التي تلجأ إليها شركات تحويل الفاتورة، تتمثل عادة في زبائن عملائها، وبعض الجهات المتخصصة.

أولاً: زبائن المنتمي:

باعتبار أن زبائن المنتمي، هم أنفسهم الذين سيكونون زبائن الوسيط بعد إبرام عقد تحويل الفاتورة، فإن لجوء الشركة المحولة للفواتير إلى الاستعلام لدى زبائن المنتمي، يحقق فائدة ذات وجهين.

فهو من جهة، يمكن الوسيط من معرفة الموقف المالي للمنتمي، من خلال المعلومات التي يوفرها له هؤلاء الزبائن، ومعرفة مدى انتظام هذا الأخير في تعاملاته، وفي وفاءه بالتزاماته، واحترامه للشروط المتفق عليها، وسمعته في السوق؛ وهي المعلومات التي تفيد الوسيط، في أخذ فكرة واضحة ومتكاملة عن المنتمي ومحيطه التجاري³⁵⁵.

من جهة ثانية، فإن اتصال الوسيط بزبائن المنتمي، يمكن الأول من جمع المعلومات عن هؤلاء أيضاً، خاصة وأنهم سيكونون زبائنه ومدينه في المستقبل، بعد إبرام عقد تحويل الفاتورة. ومن ثمة، يتمكن الوسيط من معرفة الموقف المالي لمديني المنتمي، ومدى قدرتهم على الوفاء، وحجم المخاطر التي سيواجهها في تعامله معهم. غير أنه يتعين على الوسيط، عند

³⁵⁴ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 32.

³⁵⁵ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 34.

اتصاله بمديني المنتمي، ضرورة التحفظ في المعلومات المستقاة من عندهم ومراجعتها، للتأكد من صحتها ودقتها³⁵⁶.

يتعين على المدين إخطار الوسيط في المدة المعقولة، بكل الشكوك التي تحول حول إمكانية تحصيل الحق؛ وإن كان الوسيط وبعد إخطاره للمدين بحوالة الحق، منحه مدة لإبداء أي تحفظات إن وجدت حول الحق محل الحوالة، فإن سكوت المدين طيلة هذه المدة يعتبر إقراراً منه، بقبول صفة المدين بهذا الدين للوسيط، و بالتالي حرمانه من حقه في الدفع، بانقضاء الدين أو انعدامه عند حلول أجله والمطالبة به³⁵⁷.

ثانياً: الجماعات المتخصصة في التحري:

يمكن للوسيط، اللجوء إلى بعض المؤسسات الخاصة المتخصصة في جمع المعلومات عن التجار والسوق التجاري³⁵⁸. وهي المؤسسات التي تلتزم بإجراء تحريات حول الموقف المالي والتجاري للمتعاملين التجاريين، وتقديمها لمن يرغب في ذلك مقابل عمولة معينة، تتقاضاها هذه المؤسسات الاستعلامية. وهذا الأسلوب في جمع المعلومات، ينتشر بكثرة في الولايات المتحدة الأمريكية، وبصفة أقل في فرنسا وباقي الدول الأوروبية³⁵⁹.

أما في الجزائر، وبمقتضى قانون 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية³⁶⁰؛ فقد نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 11 من هذا القانون، على انه يتعين على كل شركة تجارية أو أي مؤسسة أخرى خاضعة للتسجيل في

³⁵⁶ - Pierre Jude, op.cit.85.

³⁵⁷ - حكم محكمة استئناف باريس، 14 مارس 1991، مجلة Revue banque، جوان 1991، ص 656.

- « En n'émettant aucune réserve dans le délai proposé par la banque, le débiteur cédé lui laisse croire qu'il ne pas refuser de payer et l'empêche par son silence, de prendre, s'il ya lieu de le faire, les mesures nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts.

Ayant placé la banque dans la même situation que si les bordereaux avaient été accepté, le débiteur cédé s'est privé de la possibilité de lui opposer une incertitude sur l'existence des créances cédées. »

-Rives-Lange (J-L), Obs. sous Paris 14 mars 1991, Revue banque 1991, p 656.

³⁵⁸ - Mathias(F), un nouveau mode de Financement : le factoring - ses perspectives de développement en France, thèse, Paris, 1970, p 35.

³⁵⁹ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 33.

³⁶⁰ - الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 52 المؤرخ في 2004/08/18.

السجل التجاري، إجراء الإشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع، والتنظيم المعمول بهما³⁶¹.

ويقصد بإشهار الأشخاص الاعتباريين، حسب نص المادة 12 من نفس القانون، إطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات، والتحويلات والتعديلات، وكذا العمليات التي تمس رأس مال الشركة، ورهون الحياة، وإيجار التسيير، وبيع القاعدة التجارية، وكذا الحسابات والإشعارات المالية. كما تكون موضوع إشهار قانوني، صلاحيات هيئات الإدارة والتسيير، وحدودها، ومدتها، وكذا كل الاعتراضات المتعلقة بهذه العمليات³⁶².

علاوة على ذلك، تكون كل أحكام وقرارات العدالة التي تتضمن تصفيات ودية أو إفلاس، وكذا كل إجراء يتضمن منع أو إسقاط الحق في ممارسة تجارية، أو شطب أو سحب السجل التجاري، موضوع إشهار قانوني على نفقة المعني.

ومن أجل تحقيق الشفافية في المعاملات التجارية، فقد نصت المادة 14 من نفس القانون، على أن الإشهارات القانونية تكون أيضا موضوع إدراج، في الصحافة الوطنية المكتوبة أو أي وسيلة ملائمة، وعلى نفقة وعائق المعني³⁶³.

أما بالنسبة للشخص الطبيعي التاجر، فهو أيضا ملزم بإجراءات الإشهار القانوني، طبقا لنص المادة 15؛ و هو الإشهار الذي يهدف إلى إعلام الغير بحالة وأهلية التاجر، وعنوان المؤسسة الرئيسية للاستغلال الفعلي للتجارة، وملكية القاعدة التجارية³⁶⁴.

لقد أحدث المشرع الجزائري بهذه التقنية الجديدة، ثورة في مجال إشهار المعلومات التجارية وتحقيق الشفافية؛ إذ يمكن لكل من يهمهم الأمر، ومنهم شركات تحويل الفاتورة، اللجوء إلى المركز الوطني للسجل التجاري، للحصول على كل المعلومات المتعلقة بالشخص الطبيعي التاجر أو الاعتباري المسجل في السجل التجاري، وهذا بمقابل مادي رمزي.

تغني هذه التقنية، شركات تحويل الفاتورة في الجزائر، عن باقي التقنيات الأخرى الباهظة الثمن والأقل فعالية، إذ تمكنها من معرفة الموقف المالي والتجاري للمنتمي، بكل تفاصيله

361 - أرجع لنص المادة 11 من قانون 04-08.

362 - أرجع لنص المادة 12 من قانون 04-08.

363 - أرجع لنص المادة 14 من قانون 04-08.

364 - أرجع لنص المادة 15 من قانون 04-08.

وبالوثائق، حتى تتعامل معه وهي تعرف جيدا حجم المخاطر التي تواجهه؛ بل يمكنها أيضا، الحصول على كافة المعلومات الخاصة بزبائن المنتمي أو المدينين في الفواتير المحولة، وتقدير حجم مخاطر التحصيل التي ستواجهها في تعاملها معهم.

المطلب الثاني: نتيجة التحري.

بعد تحري الوسيط عن المنتمي، من خلال المعلومات التي قدمها هذا الأخير، ومن خلال المعلومات التي استقاها من زبائن المنتمي، ومن المؤسسات المتخصصة؛ وبعد فحص ودراسة وتمحيص الوثائق التي أرفقها المنتمي، بطلبه المتعلق بالحصول على اعتماد الوسيط³⁶⁵؛ و بعد موازنة الفوائد والمخاطر³⁶⁶، يمكن للوسيط أن يصدر قراره بقبول التعاقد مع المنتمي أو رفض ذلك؛ وهذا في الآجال والأشكال التي تحكمها الأعراف التجارية، وبالمضمون الذي يعبر من خلاله الوسيط، عن موقفه الصريح بقبول أو رفض التعامل مع المنتمي. ومن ثمة سنتناول شكليات قرار القبول الصادر من الوسيط، وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: أجل القرار.

الفرع الثاني: شكل القرار.

الفرع الثالث: مضمون القرار.

الفرع الأول: أجل القرار.

لم يحدد القانون المقارن، أجل للرد على طلب المنتمي بالتعاقد، وهو على كل حال أجل يدور بين تحقيق مصلحة المنتمي في التعجيل بمنحه الائتمان، نظرا للطابع الإستعجالي للمعاملات التجارية، وبين مصلحة الوسيط في عدم التسرع في منح الائتمان قبل التأكد من المركز المالي للمنتمي.

³⁶⁵ - وهي الإجراءات، التي من شأنها، تمكين هذا الأخير، من تحديد، و معرفة، المركز التجاري و المالي للمنتمي و سمعته التجارية، و حجم

الفوائد التي سيحنيها من تعاقد معه، و حدود المخاطر التي يمكن يتحملها.

³⁶⁶ - « Les éléments qui concourent à former la décision sont de natures très diverses : marge de la profession, résultats récents, situation du marché, valeur du management, habitudes de paiement, etc.... ».

- Pierre Jude, op.cit.85.

قد تمتد فترة صدور قرار بقبول منح الاعتماد لأجل أطول، إذا كانت الشركة محولة الفواتير، لم يسبق لها التعامل مع المنتمي، ولم تكن لهذا الأخير شهرة تجارية في الأسواق التجارية والمالية، أو كان حديث العهد بهذه الأخيرة، أو كان النشاط الرئيس لطالب الائتمان في دولة أو دول أجنبية؛ مما يجعل من الحصول على المعلومات المتعلقة بمركزه المالي، ليست بالسهولة التي تتيحها، المؤسسات التي تباشر نشاطها بنفس دولة الشركة محولة الفواتير.

غير أن العرف التجاري، التي جرت عليه معظم مؤسسات تحويل الفاتورة، هو أن تصدر هذه الأخيرة ردها بقبول أو رفض طلب المنتمي، خلال مدة لا تتجاوز 15 يوماً كحد أقصى، أو بضع ساعات كحد أدنى. وهي مدة تبدو طويلة نوعاً ما في حدها الأقصى بالنسبة للمنتمي، بحكم حاجته الماسة والمستعجلة للحصول على التمويل؛ كما تبدو من ناحية أخرى، مدة 15 يوماً أجل قصير وغير كافي للوسيط، لإجراء تحريات عميقة ودقيقة، حول المركز المالي للمنتمي، حتى لا تقع الشركة محولة الفاتورة ضحية لاحتيال المنتمي، أو تتفاجأ بعد ذلك بالمركز المالي الضعيف لهذا الأخير، وضعف معاملاته، وعدم وفاءه بالتزاماته³⁶⁷.

هذه الحالات، من شأنها أن تصيب وتضعف من المركز المالي للوسيط، خاصة وأن هذا الأخير، هو عبارة عن شركة تجارية تهدف من نشاطها في منح الائتمان، وشراء الحقوق التجارية الثابتة في الفواتير، إلى المضاربة وتحقيق الربح³⁶⁸.

الفرع الثاني: شكل القرار.

يتخذ القرار الصادر عن الشركة محولة الفواتير، شكل رسالة يقوم الوسيط بإرسالها للمنتمي، يخطر فيها بقبول طلبه للتعاقد أو رفضه³⁶⁹؛ وهذه الرسالة عادة ما كانت تأخذ في السابق، شكل الرسائل البريدية أو التلكس أو التلفون. أما في الوقت الحالي، وبعد الثورة الرقمية وظهور جهاز الفاكس، وانتشار تقنية الشبكة العنكبوتية، فإن قرار الوسيط عادة ما يتم إرساله عن طريق الفاكس، أو عن طريق البريد الإلكتروني للمنتمي، أو حتى عن طريق الرسائل الهاتفية القصيرة (SMS)، لما تحققه هذه التقنيات المستحدثة من السرعة والأمان.

³⁶⁷ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 34-35.

³⁶⁸ - Pierre Jude, op.cit.84.

³⁶⁹ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 35

كما يتعين على الوسيط، أن يتحرى السرية التامة عند دراسته لطلب المنتمي، أو عند الإجابة أو الرد عليه، خاصة إذا كان الرد سلبيا، إذ أن من شأن إذاعة ونشر خبر رفض طلب منح المنتمي الائتمان، أن يهز من سمعته وثقة باقي المتعاملين فيه³⁷⁰. إن لجوء المنتمي إلى طلب الائتمان، من شأنه أن يفسر من زبائنه أو المتعاملين معه، على أنه أصبح في حالة إعسار مالي، وغير قادر على الوفاء بالتزاماته المالية؛ ومن جهة أخرى، أن رفض الوسيط لطلبه بالتعاقد للحصول على التمويل، يمكن أن يفسر على أن معاملاته تشملها الربية وعدم الثقة؛ وإذا فقد التاجر سمعته التجارية وثقة زبائنه فيه، فقد معهما أهم مقومات حرفته.

أما الوجه الثاني في اعتماد السرية، فيتمثل في عدم إفشاء الوسيط للأسرار المهنية للمنتمي؛ وهي الأسرار التي كشف له جزء كبير منها هذا الأخير بنفسه، من خلال تمكينه من مختلف وثائقه ومستنداته، ومن شأن كشف هذه الأسرار، إلحاق أضرار كبيرة بالمنتمي، خاصة من خلال استغلال منافسيه لهذه الأسرار المهنية³⁷¹.

وعليه، فإن الوسيط يسأل مسؤولية تقصيرية عن كل ضرر يمكن أن يلحقه بالمنتمي، في حالة إذاعة خبر رفض طلبه بالحصول على الائتمان³⁷²؛ أو من خلال كشف أسرار المهنية. و تكون المسؤولية هنا تقصيرية على أساس الضرر، وليس عقدية لعدم وجود أي التزام عقدي بين الطرفين³⁷³.

وفي الأخير، فإن القرار الصادر عن الوسيط بقبول أو رفض طلب المنتمي، هو قرار نهائي لا يمكن العدول عنه؛ ذلك أن من شأن هذا الأخير إلحاق ضرر بكلا الطرفين، إلا في حالة ظهور وثائق جديدة أو معلومات مؤكدة، تؤكد عدم صحة تحريات الوسيط، أو يتبين لهذا الأخير، أن الوثائق أو المعلومات التي بنى عليها قراره، كانت مزيفة أو غير صحيحة.

370 - نص المشرع الجزائري، على ضرورة الالتزام بالسرية المهنية، بموجب المادة 117 من قانون النقد و القرض، الصادر في 26 أوت 2003، بموجب الأمر 11/03. كما نص عليه المشرع الفرنسي، بموجب نص المادة 7 من القانون المصرفي الفرنسي. و المشرع السويسري، بموجب نص المادة 47 من القانون الفيدرالي، للبنوك و صناديق الادخار.

371 - Clément, le banquier, vecteur d'information, RTD.com. 1997 p.203.

372 - طبقا للأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية، التي جاءت بها المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

373 - شوايدية منية، نجر لويزة، مداخلة بعنوان: مسؤولية البنكي عند خرق السرية المصرفية، وموقوفاتها في الملتقى الوطني الثالث، حول (

الإصلاحات البنكية في ظل التشريعات و التحولات الاقتصادية)، كلية الحقوق جامعة قلمة، 2010. ص 08.

أما إذا كان العدول من الوسيط تعسفياً³⁷⁴، فإنه يسأل في هذه الحال مسؤولية تقصيرية، على أساس الضرر؛ ما دام عقد تحويل الفاتورة لم يتم إبرامه بعد بين الطرفين، ومسؤولية عقدية إذا تم إبرام العقد.

الفرع الثالث: مضمون القرار.

يرد الوسيط على طلب التعاقد من المنتمي، إما بالرفض أو القبول، وهذا بناء على ما استخلصه من مرحلة التحري وجمع المعلومات³⁷⁵.

فإذا تبين للوسيط من خلال التحريات التي قام بها، أن المنتمي يتمتع بسمعة تجارية طيبة، وله خبرة معقولة في مجاله التجاري، وأن ميزانيته المالية مضبوطة ومتوازنة، وأن معاملاته التجارية في تطور مطرد³⁷⁶، فإنه في هذه الحالة سوف يصدر الوسيط قراره بقبول التعامل والتعاقد مع المنتمي؛ ويبلغه بهذا القبول، بأحد الوسائط التقليدية أو الإلكترونية المذكورة أعلاه، ويحدد له أجل لإبرام العقد، والاتفاق حول شروطه وبنوده.

أما في حالة ما إذا أظهرت التحريات عكس ذلك، أي سوء سمعة المنتمي وعدم انضباط موازناته المالية، وعدم وفاءه بالتزاماته نحو زبائنه، فإن الوسيط سيصدر لا محالة، قراره برفض التعاقد مع المنتمي.

بما أن الوسيط هو شركة تجارية، هدفها تقديم خدمة بمقابل، فإنه يفضل عادة التعامل مع العملاء، اللذين يتصفون بتوسع حجم معاملاتهم التجارية وتعددتها. لذلك يمكن للشركة محولة الفواتير، رفض التعامل مع المنتمي إذا تبين لها، أن حجم معاملات هذا الأخير ضعيفة و غير مستقرة و غير متنوعة و ليس لها أي آفاق توسعية؛ وضعف حجم المعتمدات المالية

374 - و حتى يبعد الوسيط عنه صفة التعسف، في حالة رفضه لمنح الائتمان للمنتمي، يتعين عليه تبرير هذا الرفض: و يرى بيار جود في تبرير الرفض:

« qu'un refus (ou une réponse peu favorable) doit être parfaitement motivé car il pénalise à la fois le vendeur (baisse du chiffre d'affaires) et l'acheteur (suppression ou baisse du crédit fournisseur). »

- Pierre Jude, op.cit.86.

375 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص.36

376 - أي أنه تتوفر فيه ما يعرف في الاصطلاح المصرفي: الجدارة الائتمانية للعميل (Obligor Risk Rate/ ORR).

التي تتضمنها فواتيره، حتى ولو تبين لها، حسن سمعة المنتمي التجارية، فالوسيط كتاجر،
يمكنه رفض التعامل في عقود مردودها ضعيف ماليا.

المبحث الثاني: مرحلة تكوين عقد تحويل الفاتورة.

عقد تحويل الفاتورة، عقد مسمى في التشريع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المنظم لشروط وأحكام هذا العقد؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة.

وقد تعرض المشرع الجزائري لتحديد مفهوم عقد تحويل الفاتورة، بمقتضى نص المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري³⁷⁷؛ وأشار إلى شكلية تبليغ المدين بنقل حقوق الديون التجارية إلى الوسيط، بواسطة رسالة موسى عليها مع وصل الاستلام، بموجب نص المادة 543 مكرر 15 من نفس القانون³⁷⁸. كما ترك المشرع الجزائري لاتفاق طرفي العقد المنتمي والوسيط، تحديد الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل النوازل، طبقا لنص المادة 543 مكرر 17 من ذات القانون³⁷⁹.

باستقراءنا لنصوص المواد المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري أصبح صفة الرضائية على عقد تحويل الفاتورة؛ فلم يتضمن المرسوم التشريعي رقم 08/93 أي شروط شكلية لنشأة العقد، عدا الشرط المتعلق بالزامية تبليغ المدين بانتقال الحقوق التجارية من المنتمي للوسيط، وهذا الشرط الأخير هو شرط لنفاذ العقد في حق المدين وليس لنشأته.

تبعاً لذلك، فإن عقد تحويل الفاتورة ينشأ طبقاً للقواعد العامة لنشأة العقود الرضائية، التي تستلزم لقيام العقد صحيحاً ومنتجاً لأثاره بين الأطراف، توافر عدة أركان أساسية، نص القانون على ضرورة وجودها لوجود العقد، وهذه الأركان هي: الرضا، المحل والسبب³⁸⁰.

377 - حيث تنص المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري: "عقد تحويل الفاتورة، هو عقد تحل بمقتضاه، شركة متخصصة، تسمى الوسيط، محل زوبتها، المسمى المنتمي، عندما تسدد فوراً لهذا الأخير، المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد، ناتج عن عقد، و تتكفل بتبعية عدم التسديد، و ذلك مقابل أجر."

378 - و تنص المادة 543 مكرر 15، من القانون التجاري الجزائري: "يجب أن يبلغ المدين فوراً، بنقل حقوق الديون التجارية، إلى الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها، مع وصل الاستلام."

379 - و قد نصت المادة 543 مكرر 17، من القانون التجاري الجزائري، على ذلك: "ينظم الوسيط و المنتمي، بكل حرية، و عن طريق الاتفاق، الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة، لحواصل التنازل."

380 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 38.

إذا كان عقد تحويل الفاتورة، هو في أساسه عقد رضائي، غير أن العرف والممارسات التجارية، استقرت على ضرورة توافر بعض الشروط الشكلية، التي تفرضها عملية حوالة الحق؛ بالإضافة إلى بعض الشروط الشكلية العامة والخاصة، التي تفرض مؤسسات تحويل الفاتورة تضمينها في العقد عادة، لحماية حقها في مواجهة المنتمي والغير.

ولأن عقد تحويل الفاتورة، هو عقد ثنائي في علاقة ثلاثية الأطراف، فإن دراستنا للشروط القانونية لتكوين العقد، تكون من خلال تطرقنا للشروط الشكلية والموضوعية، لنشأة وتكوين عقد تحويل الفاتورة في المطلب الأول من هذا المبحث؛ ودراسة الشروط القانونية، الواجب توافرها في أطراف العقد، وهما المنتمي والوسيط في المطلب الثاني.

وعليه، سنتناول الشروط القانونية لتكوين عقد تحويل الفاتورة و فق التقسيم التالي:

المطلب الأول: الشروط القانونية لنشأة عقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثاني: الشروط القانونية لأطراف عقد تحويل الفاتورة.

المطلب الأول: الشروط القانونية، لنشأة عقد تحويل الفاتورة:

يعتبر عقد تحويل الفاتورة في الأساس، من العقود الرضائية التي تتطلب الإيجاب والقبول لانعقادها وفقاً لمواد القانون المدني، ويتجلى الرضا في العقود باجتماع العرض بالقبول³⁸¹.

إلا أن هذا المبدأ لم يأت مطلقاً، فقد يخضع عقد تحويل الفاتورة في بعض الحالات، لبعض الشروط الشكلية. إلا أنه بالرغم من عدم وجود نص صريح، يفرض إفراغ عقد تحويل الفاتورة في شكل معين، فمن الضروري كتابة هذا العقد، من أجل إظهار جميع شروطه المتعددة والدقيقة، بشكل واضح وصريح³⁸².

إذا كان عقد تحويل الفاتورة لا يعتبر من العقود الشكلية، ولا يوجد جزاء على تخلف كتابته، فإن العرف والضرورات العملية، استقرت على أهمية كتابة عقد تحويل الفاتورة؛ و تعتبر الكتابة، إحدى وسائل إثبات العقد، وفقاً للقواعد العامة في أحكام القانون المدني³⁸³. وإذا كان عقد تحويل الفاتورة، لا يخضع لشروط شكلية معينة بوجه عام، إلا أنه يخضع للشروط الشكلية، التي تفرضها عملية انتقال الحقوق أو الديون من الدائن إلى مؤسسة تحويل الفاتورة. فإذا كانت الحقوق الثابتة في الفاتورة تتعلق بأوراق تجارية، فإن هذه الحقوق تنتقل وفق الشروط الشكلية والقانونية، التي تستلزمها أحكام القانون التجاري، خاصة تلك المتعلقة بشروط التظهير³⁸⁴.

المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 06 أوت 1994، ألغى شكلية التبليغ أو قبول المدين لانتقال الحق³⁸⁵. غير أن المشرع الجزائري اشترط صراحة³⁸⁶، وجوب تبليغ المدين فوراً، بنقل

381 - بالرجوع لأحكام المواد 543 مكرر 14 و ما بعدها، من القانون التجاري الجزائري، و أحكام المرسوم التنفيذي 331/95، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة. فإن المشرع الجزائري، اعتمد مبدأ اعتبار عقد تحويل الفاتورة، من العقود الرضائية، إذ لم ينص صراحة على ضرورة إفراغ عقد تحويل الفاتورة من مستند خطي، سواء كان عادياً، أم رسمياً.

382 - لكن المبدأ هو عدم اعتبار الكتابة ركناً من أركان عقد تحويل الفاتورة، و بالتالي لا تعتبر شرط صحة لقيامه من الناحية القانونية.

383 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 44.

384 - Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I-, A-B, p.5, n 36.

385 -Gautier Bourdeaux : Autres Moyens de Paiement et de Recouvrement-Affacturation International - Edition du Juris-Classeur, 1998, F.530-10, p.6, n.18.

386 - بموجب نص المادة 543 مكرر 15 من المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993.

حقوق الديون التجارية إلى الوسيط، بل أن المشرع الجزائري حدد حتى وسيلة التبليغ، والتي تتمثل في رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام³⁸⁷.

ونظرا للطبيعة الخاصة لعقد تحويل الفاتورة، و بغض النظر عن الشروط الموضوعية و الشكلية، لنشأة و تكوين عقود تحويل الفاتورة، فقد درجت مؤسسات تحويل الفاتورة، على صياغة عقود تحويل الفاتورة في نموذج متفق حوله مسبقا؛ يشير هذا النموذج صراحة إلى طبيعة العقد و شروطه، وحقوق والتزامات كل طرف فيه.

وضمنت شركات تحويل الفاتورة العقود التي تبرمها مع عملائها طالبي الائتمان، بمجموعة من الشروط العامة والخاصة، التي تنسجم والآليات الخاصة لهذا العقد. وهي على العموم بحسب العرف التجاري المعمول به نوعين من الشروط، شروط عامة تتفق بحسب العادة حولها هذه المؤسسات، وشروط خاصة تخضع للاتفاق والمناقشة بين شركة تحويل الفاتورة و عميلها- المنتمي-، بحسب ظروف الطرفين وطبيعة الدين، وبحسب اعتبارات أخرى متعددة ومتنوعة، ومختلفة من مؤسسة أو شركة إلى أخرى، ومن عميل لآخر. ويجب أن تتوفر في عقد تحويل الفاتورة، الأركان الأساسية العامة الواجب توافرها في سائر العقود، من أجل اعتباره ناجزا وصحيحا؛ فيجب أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية، وهي: التراضي والمحل والسبب، وهي الشروط الموضوعية للعقد(الفرع الأول).

رغم أن المشرع الجزائري، وغيره من المشرعين في القوانين المقارنة، لا يشترطون شروط شكلية، لنشأة وانعقاد عقد تحويل الفاتورة، إلا أن المشرع الجزائري اشترط التبليغ لنهاذ العقد في حق المدين، بالإضافة إلى بعض الشروط الشكلية التي ترتبط بالأساس القانوني لانتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة؛ وهي ما يمثل الشروط الشكلية لعقد تحويل الفاتورة. (الفرع الثاني).

ولأننا نتحدث عن مرحلة نشأة وتكوين العقد، فسننتظر كذلك للشروط العامة والخاصة لصياغة عقد تحويل الفاتورة، التي جاء بها العرف التجاري والممارسات العملية، خاصة في الدول التي عرفت تطبيق واسع لهذا العقد.

وعليه، سنتناول الشروط القانونية لتكوين عقد تحويل الفاتورة، من خلال التقسيم التالي:

387 - حيث تنص المادة 543 مكرر 15 " يجب أن يبلغ المدين فورا بنقل حقوق الديون التجارية، إلى الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام".

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لعقد تحويل الفاتورة.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لعقد تحويل الفاتورة.

الفرع الثالث: الشروط العامة و الخاصة لصياغة عقد تحويل الفاتورة.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لعقد تحويل الفاتورة.

يجب أن تتوفر في عقد تحويل الفاتورة، الأركان الأساسية العامة الواجب توافرها في سائر العقود، من أجل اعتباره صحيحا وناجزا في حق أطرافه.، وهي التراضي - م 59 قانون مدني جزائري- والمحل - م 92 قانون مدني جزائري- والسبب - م 97 قانون مدني جزائري.

أولا: التراضي في عقد تحويل الفاتورة:

التراضي في عقد تحويل الفاتورة هو أساس العقد، إذا يجب أن تتجه صراحة إرادة الشخص لإجراء مثل هذا التصرف؛ وإن كانت هناك بعض الحالات، التي تكون فيها إرادة المنتمي حرة فقط في إنشاء العقد، لكنها مقيدة ومكبلة بشروط إذعان مسبقة، يفرضها الوسيط في نموذج خاص يقدم لكل طالب للتعاقد، وما على هذا الأخير إلا القبول أو الرفض، وإن كان غالبا ما يقبل طالب الائتمان بهذه الشروط المسبقة، نظرا لحاجته الماسة إلى المساعدات المالية، لتجنب ما يتعرض له مركزه المالي من عجز ونقص³⁸⁸.

عقد تحويل الفاتورة، لا يخرج عن نطاق عقود الإذعان، ولكن هذا الإذعان لا يعدم بطبيعة الحال إرادة المنتمي، وإنما يجعلها مقيدة في الحدود التي رسمها لها الوسيط. ويحصل قبول المنتمي، بمجرد تسليمه بالشروط المقررة التي وضعها الوسيط، والتي لا يقبل مناقشة فيها³⁸⁹.

ويفترض لصحة التراضي في عقد تحويل الفاتورة، أن يكون خاليا من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه، وإن كان من المستبعد عمليا وقوع المنتمي في الغلط، ذلك أن أساس الحق محل العقد والوثائق المثبتة له، تكون من تقديمه؛ فمن غير المعقول أن يقع في غلط في وثائق وسندات وفواتير من تقديمه³⁹⁰.

388 - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 147.

389 - طبقا للأحكام الواردة في نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري.

390 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 55.

إلا أنه من الممكن، وقوع الوسيط (الشركة محولة الفواتير) بالغلط، إما في تقدير حجم المخاطر التي تشكلها الحقوق المحولة، إذا بنت الشركة تقديراتها على معلومات خاطئة؛ أو أن يكون الغلط في صفة المتعاقد نفسه، كأن تتعامل مع المنتمي ضانة أنه شخصا آخر اعتادت التعامل معه، أو له من السمعة التجارية ما يشجع التعامل معه.

كما يمكن طلب إبطال العقد، إذ كان الخطأ بسبب تدليس من المنتمي، أي أن هذا الأخير استعمل طرق احتيالية لدفع الوسيط للتعاقد معه، وذلك نتيجة المناورات الاحتيالية التي مارسها المنتمي، كأن يخفي عمدا عن الشركة المحولة للفواتير، معلومات أو وقائع أو ملبسات، لو علمت بها ما كانت لتبرم العقد³⁹¹.

ثانياً: المحل في عقد تحويل الفاتورة:

يقول الفقيه الألماني أودت، إن محل العقد هو إجابتنا على سؤال: بماذا التزم المتعاقد؟، وبموجب عقد تحويل الفاتورة، فإن المنتمي يلتزم بنقل ملكية الحقوق الثابتة في الفواتير للوسيط ودفع عمولة له، ويلتزم هذا الأخير مقابل ذلك، بتعجيل قيمة هذه الفواتير للمنتمي.

وعليه، فإن محل عقد تحويل الفاتورة بالنسبة للمنتمي، يتمثل في الحق الثابت في الفاتورة³⁹²، أي نقل ملكية هذا الحق من المنتمي إلى الوسيط؛ كما أن محل العقد بالنسبة للوسيط، هو التزامه بتعجيل قيمة الحق الثابت في الفاتورة، وغيرها من الالتزامات الأخرى.

في العقود الملزمة للطرفين، فإن محل التزام الطرف الأول هو سبب التزام الطرف الثاني والعكس صحيح؛ و بالتالي فإن حوالة الحق يعتبر محل التزام المنتمي، وهو في نفس الوقت سبب التزام الوسيط، وتعجيل قيمة الحق الثابت في الفاتورة، يعتبر محل التزام الوسيط، وهو في نفس الوقت سبب التزام المنتمي.

وبما أن محل التزام الطرفين، يدور حول الدين الثابت في الفاتورة، فإنه يشترط لصحة التزامات الطرفين، أن يكون هذا الدين موجودا ومحددا وتجاريا.

³⁹¹ - نفس المرجع، ص 56.

³⁹² - تورية توفيق، المرجع السابق، ص. 40

1- أن يكون الدين موجودا عند إبرام العقد:

إن صحة عقد الائتمان المبرم بين الوسيط والمنتمي، يستلزم وجود الحق محل العقد³⁹³؛ فإن كان الحق غير موجود أصلا، أو زال أو انقضى بالمقاصة، أعتبر التحويل باطلا؛ والإشكال لا يطرح في الحالات المذكورة أعلاه، إنما يطرح في حالة ما إذا كان الحق موجودا فعلا، لكن هناك شخصا من الغير نازع الوسيط فيه أو زاحمه.

وحفاظا على حق مؤسسة تحويل الفاتورة في استرداد ائتمانها، يتعين مراعاة الوسائل الكفيلة بتجنب هذا التزاحم؛ و هي على العموم وسائل إدارية ووسائل فنية، والوسائل الإدارية، تتمثل في التحريات المسبقة التي تقوم بها مؤسسة الشراء، والتي من شأنها التقليل من مخاطر استرداد الائتمان³⁹⁴.

أما الوسيلة الفنية، فتستند إلى دور الالتزام الشخصي والمستقل للمدين، في تقليل مخاطر استرداد الائتمان³⁹⁵. و مرجع هذه الوسيلة، ما قرره محكمة النقض الفرنسية من أن قبول المدين للكبيالة أو لفاتورة دايلي، يفض إلى انتفاء شرط من شروط تطبيق دعوى الاسترداد، وهو ألا يكون قد تم الوفاء بالقيمة³⁹⁶؛ ويترتب على ذلك، سريان حق مؤسسة الشراء في مواجهة البائع الأصلي، وتقدمه في المزاحمة³⁹⁷. وهنا تكمن أهمية الإخطار، في سد الطريق أمام قبول الورقة التجارية، وأمام الوفاء لغير مؤسسة شراء الحقوق.

ويتعين على المنتمي، تقديم جميع الوثائق والمستندات التي تؤكد وجود الحق؛ ومع ذلك يحصل أن يقدم المنتمي للوسيط فواتير وهمية، قصد الحصول على ثمنها، وعندما يتقدم الوسيط لتحصيلها من المدين، يتبين له عدم وجود الحق محل العقد؛ فيكون هنا الوسيط، ضحية نصب من المنتمي³⁹⁸، ويجوز له الرجوع عليه وفق دعوى رد غير المستحق.

والعبرة في اعتبار الدين موجودا، هو أن يكون كذلك عند إبرام العقد، فلو تلف هذا الدين أو استحال الوفاء به لسبب أجنبي عن المنتمي، فلا مسؤولية لهذا الأخير، ويعتبر قد وفى

³⁹³ - Cass. Com., 16 juin 1979, Dalloz, 1981, n.224, Note Mestre.

- Dominique Legeais : Affacturation, juris-classeur, 2002, fas.361, n 10. P.4.

³⁹⁴ - وهي التي سبق عرضها بالتفصيل، في المبحث السابق.

³⁹⁵ - لأن عقد تحويل الفاتورة، يقوم على مبدأ الاعتبار الشخصي.

³⁹⁶ - règlement valeur.

³⁹⁷ - Cass., com. 9 janvier 1990, revue banque 1990, p 428, Obs. rives lange.

³⁹⁸ - لمزيد من التفصيل ارجع للفصل الثاني، من الباب الثاني، من بحثنا.

بالتزامه؛ ولو قام المدين بعد إبرام العقد وقبل تبليغه به، بالوفاء به عن حسن نية للمنتمي، فإن هذا الأخير ملزم بتحويل الحق إلى الوسيط، وفق أحكام رد غير المستحق³⁹⁹. أما إذا كان وفاء المدين للمنتمي بعد تبليغه، فإن هذا الوفاء لا يبرأ ذمة المدين، الذي يتعين عليه الوفاء للوسيط. كما أنه، يجوز أن ينصب عقد تحويل الفاتورة على حوالة الحقوق المستقبلية، إذا كان يمكن تحديدها بعد نشوءها⁴⁰⁰؛ غير أنه يشترط الاتفاق على مواصفات هذا الشيء. وهي تنتقل إلى الوسيط بمجرد نشوئها، دون الحاجة إلى أي إجراء آخر لاحق.

وينبغي التنبيه إلى أن محل عقد تحويل الفاتورة، لا ينصب على حق أو دين واحد، وإنما يشمل جميع ديون أو حقوق المنتمي، وفقا لمبدأ الجماعية⁴⁰¹؛ و عليه فإن بطلان أحد هذه الحقوق لا ينجر عليه بطلان العقد، إنما يبقى هذا الأخير ساري المفعول بالنسبة لباقي الحقوق.

2- أن يكون الدين محددًا أو معينًا بدقة:

بما أن محل عقد تحويل الفاتورة، هو الدين الثابت في هذه الأخيرة والذي يقوم البائع أو المنتمي، بحوالبته للوسيط أو الشركة محولة الفواتير؛ فإن المحل في عقدنا هذا، تنطبق عليه أحكام الالتزام بدفع مبلغ من النقود⁴⁰²؛ ففي هذه الحالة يبقى الالتزام قائمًا في حق المدين، وإنما تنتقل صفة الدائن به، من المنتمي إلى الوسيط بعد إبرام العقد.

تبعًا لذلك، ينبغي أن يكون الحق محل الحوالة محددًا بدقة، ويجب على المدين أداء ذات المبلغ الثابت في الفاتورة، بصرف النظر عما قد يطرأ من تغيير في قيمة العملة عند حلول أجل الوفاء⁴⁰³. سوء كان بارتفاع قيمتها كما يحصل في فترات انخفاض الأسعار، و زيادة القوة الشرائية للنقود، أو بانخفاض هذه القيمة في فترات التضخم⁴⁰⁴.

399 - وفقا لنص المادة 143، و ما بعدها من القانون المدني الجزائري. و قد اعتبر بعد الفقهاء الفرنسيين أن السند القانوني لذلك، هو فكرة دفع غير المستحق، كأحد تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب.

- CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J.C.P; G., 1966-I-2044-61.

400- حيث نص المشرع الجزائري، بمقتضى نص المادة 92 من القانون المدني، على جواز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً و محققًا.

401- Christian Gavalda: Affacturage, Juris-Classeur, 2002, fas.361, n.33, p.8

402 - طبقا لنص المادة 95 من القانون المدني الجزائري.

403 - حيث تنص المادة 95 من القانون المدني الجزائري: " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير ".

404 - توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، توزيع مكتبة مكاي، بيروت، لبنان، 1975، ص. 539

في عقد تحويل الفاتورة، يتعين أن يكون الدين موضوع العقد معيناً دقيقاً، فلا يجوز أن يقع العقد على دين غير محدد، كأن ينص العقد على أنه ينصب على حوالة حقوق المنتمي لدى تاجر أو مؤسسة معينة، دون تحديد مقدار ونوع هذه الحقوق؛ فيقع العقد هنا باطلاً لأنه لم يحدد بدقة الدين محله⁴⁰⁵.

3- أن يكون الدين مباحاً؛

يجب أن يكون الدين محل عقد تحويل الفاتورة مشروعاً، فإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً. فإذا كان الدين الثابت في الفاتورة، هو نتاج معاملة تجارية غير مشروعة قام بها المنتمي، فلا يجوز حوالة هذا الحق لأنه أصلاً باطلاً، وما بني على باطل فهو باطل.

ولم يحدد المشرع الجزائري، ضمن الأحكام الخاصة بعقد تحويل الفاتورة، التي جاء بها المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، الأموال التي يشترط أن تكون محلاً لهذا العقد، سوى أن تكون ديوناً تجارية⁴⁰⁶. وعليه، إذا كانت هذه الديون نتيجة معاملة غير مشروعة، كأن تكون ديوناً تجارية محصلة من تجارة المخدرات أو الأسلحة أو مواد إباحية وغيرها، كان العقد محلها باطلاً، وغير منجز لآثاره.

وبالتالي يقع باطلاً، عقد تحويل الفاتورة الواقع على ديون أو حقوق ناتجة عن معاملة غير مشروعة. وإن كانت القاعدة العامة السامية، أنه لا يجوز لأحد أن يتذرع بخساسته⁴⁰⁷، وهي القاعدة التي تمنع المطالبة باسترداد ما دفع، إذا كان العقد مخالفاً للنظام العام والآداب العامة⁴⁰⁸؛ فإنه في عقد تحويل الفاتورة، القائم على حقوق أو ديون غير مشروعة، يمكن لأطرافه المطالبة باسترداد ما دفع، بغية إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد⁴⁰⁹.

405 - حيث تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري، " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً، و مقداره، و إلا كان العقد باطلاً.

406 - و قد ورد ذكر عبارة الديون التجارية، في كل من المادتين 543 مكرر 15، و 543 مكرر 16.

407 - Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

408 - و هذا ما نصت عليه المادة 103 ف 3، من القانون المدني الجزائري: «.....يجرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد، من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به." "

409 - مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون، بيروت، 1995، ص 473.

4- أن يكون الدين تجارياً:

لقد سبق وأن أشرنا، إلى الطابع التجاري لعقد تحويل الفاتورة، الأمر الذي يجعله ينصب فقط على الديون أو الحقوق ذات الطابع التجاري، ويخرج عن نطاقه باقي أنواع الحقوق أو الديون الأخرى⁴¹⁰.

وقد حددت المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية بحسب الموضوع

في:

- كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعد شغلها و تحويلها؛
 - كل شراء للعقارات لإعادة بيعها؛
 - كل مقاوله لتأجير المنقولات أو العقارات؛
 - كل مقاوله للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح؛
 - كل مقاوله للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض؛
 - كل مقاوله للتوريد أو الخدمات؛
 - كل مقاوله لاستغلال المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى؛
 - كل مقاوله لاستغلال النقل أو الانتقال؛
 - كل مقاوله لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري؛
 - كل مقاوله للتأمينات؛
 - كل مقاوله لاستغلال المخازن العمومية؛
 - كل مقاوله لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة؛
 - كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة؛
 - كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم المنقولة.
- كما أن المرسوم التشريعي 93-03، المؤرخ في 01/03/1993، أضاف ثلاثة أنواع أخرى من الأنشطة، التي تعتبر أعمالاً تجارية بحسب الموضوع، وهي:
- كل نشاطات الاقتناء و التهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها؛
 - كل النشاطات التوسيطية في الميدان العقاري لاسيما بيع الأملاك العقارية، أو تأجيرها؛
 - كل نشاطات الإدارة و التسيير العقاري لحساب الغير.

⁴¹⁰- CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J.C.P; G., 1966-I-2044-67.

أما الأمر 96-27 المؤرخ في 09/12/1996، فقد أضاف ستة أنواع أخرى من الأنشطة، التي تعتبر أعمالا تجارية بحسب الموضوع، وهي:

- كل مقاوله لصنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية؛
- كل شراء وبيع لعتاد أو مؤن للسفن؛
- كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة؛
- كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية؛
- كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإبحارهم.

كما يعد عملا تجاريا بالتبعية⁴¹¹، الأعمال التي يقوم بها التجار، والمتعلقة بممارسة تجارتهم وحاجات متاجرهم، وكل الالتزامات الناتجة بين التجار بمناسبة نشاطهم التجاري، حتى وإن كانت لا تدخل ضمن الطوائف المذكورة أعلاه.

فإذا كان الدين الثابت في الفاتورة، خلاصة أحد الأعمال أو الأنشطة المذكورة أعلاه، جاز أن يكون محلا لعقد تحويل الفاتورة، وجاز بالتالي حوالة من المنتمي إلى الوسيط. وهو نفس ما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا لعام 1988، التي حصرت تطبيق أحكامها، على عقود تحويل الفاتورة المهنية التي لا تتعلق بديون شخصية، كالديون العائلية أو الديون المنزلية⁴¹².

أما إذا لم يكن الدين تجاريا، فلا تطبق عليه القواعد الخاصة بعقد تحويل الفاتورة، بل تطبق عليه القواعد المتعلقة بحوالة الدين أو حوالة الحق، المنصوص عليها في المادة 239 و ما يليها من القانون المدني الجزائري؛ لأن الدين موضوع عقد تحويل الفاتورة، يجب أن يكون تجاريا لا مدنيا⁴¹³.

411 - حسب نص المادة 04، من القانون التجاري الجزائري.

412 - حيث تنص المادة الأولى فقرة أ من الاتفاقية:

« Le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées des contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique..... »

413 - نادر عبد العزيز شاني، المرجع السابق، ص 106.

يحصل في بعض الأحيان، أن يكون الدين التجاري المراد حوالتة بموجب عقد تحويل الفاتورة، واردا على ورقة تجارية، كأن تكون سفتجة مثلا⁴¹⁴؛ وفي هذه الحالة يقع إشكال، في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المعاملة.

إذا رجعنا إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي⁴¹⁵، نجد في مرجعياته القضائية وقوع إشكالية من هذا النوع، تتمثل في قيام شركة لتحويل الفواتير بشراء حقوق تجارية من زبونها، ثابتة في كميالية مسحوب على المدين لفائدة الشركة؛ وعند حلول أجل الوفاء، رفض المدين الوفاء للوسيط، على أساس أنه سبق و أن أوفى للدائن الأصلي أي المنتمي؛ فاستعمل الوسيط حق الرجوع على المنتمي، طبقا لأحكام قواعد الصرف، فاعترض هذا الأخير مستندا على مبدأ الضمان في عقد تحويل الفاتورة، التي تمنع الوسيط من الرجوع على المنتمي، في حالة عدم وفاء المدين.

وقد قضى القضاء الفرنسي، بجواز تمسك الوسيط بصفته كحامل للورقة التجارية، للرجوع على المنتمي؛ مما يعني أن أحكام عقد تحويل الفاتورة لا تطبق، إذا تعارضت مع أحكام قانون الصرف، لأن هذا القانون يتضمن أحكاما إلزامية لا يجوز مخالفتها⁴¹⁶.

ثالثا: السبب في عقد تحويل الفاتورة.

السبب هو الهدف الذي من أجله التزم كل من المنتمي والوسيط، أو هو ما ينظر إليه كل طرف من وراء العقد، أو المصلحة التي يسعى كل طرف الحصول عليها من العقد، أو هو الغرض الذي يقصد الوصول إليه عن طريق العقد⁴¹⁷.

وقد فرق الفقه، بين سبب الالتزام وسبب العقد، والسبب بالمعنى الأول هو الهدف المباشر أو السبب القصدي، وهو لا يختلف في النوع الواحد من العقود، فسبب التزام المنتمي والوسيط، هو نفس سبب الالتزام في جميع أنواع عقود تحويل الفاتورة.

وحيث أن عقد تحويل الفاتورة هو من العقود التبادلية، فإنه يولد التزامات متبادلة على عاتق الطرفين، بحيث يكون سبب التزام المنتمي هو محل التزام الوسيط، و لعكس صحيح. فإذا

⁴¹⁴ - Ferronniere et Dechillaz: Opération bancaire, éd VI, Dalloz, 1980, p. 604

⁴¹⁵ Paris, 3 em ch.2 mars 1982 ; Dalloz 1982, n° 407, Note Vasseur.

⁴¹⁶ - نادر عبد العزيز الشافعي، المرجع السابق، ص. 109

⁴¹⁷ - توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، المرجع السابق، ص 546

تخلف التزام أحد الطرفين، اختل توازن العقد فلا يقوم، أي أن تخلف التزام أحد الطرفين، يؤدي إلى تخلف سبب التزام المتعاقد الآخر.

وعليه، إذا تخلف مثلا التزام الوسيط بتعجيل ثمن الفاتورة، فإن هذا يؤدي إلى تخلف سبب التزام المنتمي بنقل الحقوق للوسيط، وبالتالي لا ينعقد العقد لعدم وجود السبب، والجزاء هنا هو البطلان المطلق. وفي غالب الأحيان، فإن تخلف سبب التزام أحد الطرفين، يقابله تخلف محل التزام الطرف الآخر، مما يدعو إلى القول بأن البطلان لتخلف السبب، يصاحبه أيضا البطلان لتخلف المحل⁴¹⁸.

ويشترط لبطلان العقد بتخلف السبب، أن يكون هذا التخلف واقع أثناء إبرام العقد، أما إذا كان لاحق عليه فلا يترتب عليه البطلان، وإنما يكون للطرف الثاني الامتناع عن تنفيذ التزامه، وله أن يطلب فسخ العقد مع التعويض⁴¹⁹.

فإذا امتنع المنتمي مثلا، عن نقل حقوقه للوسيط أثناء إبرام العقد، فإن الوسيط لا يمكنه الالتزام بتعجيل قيمة الفاتورة أو الضمان؛ فيقع العقد باطلا بطلانا مطلقا، لتخلف سبب التزام الوسيط، ومحل التزام المنتمي أثناء إبرام العقد.

أما إذا تم انعقاد العقد، بجميع حقوق وموجبات كل طرف، ثم أخل بعد ذلك أحد الأطراف بأحد أو بعض أو كل التزاماته، فللطرف الآخر الحق في الامتناع عن الوفاء بالتزاماته، ويكون العقد هنا قابلا للإبطال عن طريق الفسخ، أي أن البطلان هنا نسبيا وليس مطلقا، كما في الحالة الأولى.

أما سبب العقد فهو الباعث أو الدافع إلى التعاقد، وهو يختلف من عقد إلى آخر على عكس سبب الالتزام، ويلزم أن يكون مشروعا، فإذا كان سبب العقد غير مشروعا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا⁴²⁰.

الباعث على التعاقد في عقد تحويل الفاتورة، هو استثمار الأموال لتحقيق الربح بالنسبة للوسيط، عن طريق الحلول محل المنتمي في حقوق مدينه، أما بالنسبة للمنتمي فهو الحصول

418 - توفيق حسن فرج، نظرية العقد في القانون اللبناني، ص 183.

419 - طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

420 - حيث ينص المشرع الجزائري في المادة 97 من القانون المدني: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو

للآداب كان العقد باطلا".

على قيمة ديونه المعجلة بصفة آجلة، وضمان مخاطر عدم وفاء المدينين أو إفلاسهم أو إفسارهم.

وعلى كل فإنه يشترط لصحة السبب، أن يكون موجودا وحقيقيا (غير صوريا)، وأخيرا أن يكون مشروعاً، أي لا يتعلق بحقوق محصلة من ممارسات تجارية محظورة قانوناً⁴²¹.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لعقد تحويل الفاتورة.

لا يوجد في القانون الجزائري أو في القوانين المقارنة، نصوص قانونية تحدد شكلية معينة يتعين أن يبرم عقد تحويل الفاتورة وفقها؛ مما يجعلنا نكيف هذا العقد كما جاء توضيحه أعلاه، ضمن العقود الرضائية التي تقوم أساساً على التراضي.

رغم الطابع الرضائي لعقد تحويل الفاتورة، إلا أن العرف والممارسات التجارية استقرت على ضرورة كتابة هذا العقد، لحماية وإثبات الحقوق والالتزامات الثابتة فيه؛ والكتابة هنا لا تعدو إلا أن تكون وسيلة للإثبات وليس شكلية للانعقاد، ومن ثمة لا يترتب أي جزاء مدني على تخلف الكتابة، في عقود تحويل الفاتورة⁴²².

وبما أن الكتابة هي أحد وسائل الإثبات طبقاً للقواعد العامة، فهي تعتبر استثناءً للقواعد العامة للإثبات، التي جاءت بها نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري؛ والتي تنص على أن الإثبات يكون بكافة الطرق، إذا كانت قيمة الدين لا تتجاوز 100 ألف دينار جزائري، أما في الحالات التي يأخذ فيها عقد تحويل الفاتورة الصفة التجارية- وهو الأساس في هذا النوع من العقود-، فإن الإثبات يكون بكافة الطرق مهما كانت قيمة الدين التجاري.

المشرع الجزائري، وبمقتضى نص المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري، اشترط أن يتم تبليغ المدين فوراً بنقل حقوق الديون التجارية إلى الوسيط، بواسطة رسالة موصى عليها مع

⁴²¹- Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I-, A-B, p.4-8, n.26-64.

- Cass.Crim. 3 juin 1985, Bull. Crim., 1986, n. 211, RTD.com, 1986, 134, n.20.

- Cass.Com. 15 mars 1978, Bull. Civ., 1979, II, n.86.

- M. Cabrillac et B. Teysié, D. 1986, IR, 405.

⁴²² - نادر عبد العزيز شاني، المرجع السابق، ص 45.

وصل الاستلام⁴²³؛ وعلى كل فإن هذه الشكالية، تستلزم لنفاذ العقد في حق المدين وليس لنشأة العقد في حد ذاته.

غير أن ما نعييه على هذا النص، هو الغموض في مصطلح "فورا" التي جاء بها المشرع الجزائري، والتي تضفي الكثير من اللبس. ذلك أن العبرة من تبليغ المدين بحوالة الحقوق، هو وضعه في الصورة الجديدة التي جعلته مدينا للوسيط عوض الدائن الأصلي - المنتمي -، وهذا حتى لا يفي بقيمة الحقوق عند استحقاقها لهذا الأخير وإنما للوسيط. ومن ثمة، فإن التبليغ يكون محققا للغاية منه في أي مرحلة لاحقة قبل حلول أجل استحقاق الدين، وإنما فقط من مصلحة الوسيط التعجيل بتبليغ المدين، حتى ينفذ العقد في حقه، تحسبا لإمكانية وقوعه في التزاحم لاحقا.

إذا كان عقد تحويل الفاتورة، لا يخضع لشروط شكالية معينة بصفة عامة، إلا أنه يخضع للشروط الشكالية التي تفرضها عملية حوالة الحقوق. فإذا كان موضوع العقد سندات تجارية، كالسفتجة أو السند لأمر، فهو يخضع للشروط الشكالية التي تخضع لها عملية انتقال هذه السندات⁴²⁴.

كما أن المشرع الفرنسي، وبمقتضى قانون دايلي (La loi de Dailly)، الصادر في 1981/01/02، أشار لبعض الشكليات التي يجب توافرها في حوالة الحق، حتى تنشأ صحيحة وناجزة. وفرق قانون 1981/01/02، بين نوعين من الشكليات أو البيانات، يترتب على غياب بعضها بطلان العقد بطلانا مطلقا، بينما يترتب على غياب البعض الآخر عدم سريان العقد في مواجهة الغير.

فحسب قانون دايلي، فإن غياب التوقيع الخطي من العميل المتلقي الائتمان، وغياب تأريخ الفاتورة بمعرفة المؤسسة مانحة الائتمان، هما من البيانات الجوهرية التي يترتب على تخلفها، بطلان العقد بطلانا مطلقا. أما باقي البيانات الأخرى، كتكليف العملية وتحديد اسم

⁴²³ - أنظر نص المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري.

⁴²⁴ - نادر عبد العزيز الشافعي، المرجع السابق، ص 47

المؤسسة المستفيدة من الائتمان وتعيين الحقوق المنقولة وغيرها من البيانات، فيترتب على تخلفها عدم سريان العقد في مواجهة الغير وليس بطلانه⁴²⁵.

ولعل السبب الرئيس، في امتناع المشرع الجزائري وغيره من المشرعين، عن فرض شكليات معينة يتعين أن يبرم وفقها عقد تحويل الفاتورة، هي الطبيعة التجارية للعقد، التي تتطلب السرعة والإتقان. غير أن هذا لا يمنع من الحفاظ على الشروط الشكلية العامة، التي تفرضها القواعد القانونية العامة، ومنها أن يذيل العقد في نهايته وجوبا بتوقيع طرفيه وهما الوسيط و المنتمي؛ و هو الإجراء الذي يعتبر بيانا جوهريا في هذا العقد، كما في جميع العقود وفقا للقواعد العامة⁴²⁶.

الفرع الثالث: الشروط العامة والخاصة لصياغة عقد تحويل الفاتورة:

نظرا لأن عقد تحويل الفاتورة هو عقد شامل، يتضمن كافة حقوق والتزامات طرفيه الوسيط والمنتمي؛ فقد درجت شركات تحويل الفاتورة، على صياغة عقود تحويل الفاتورة في نموذج واضح ومحدد، يشير صراحة إلى طبيعة العقد وشروطه وحقوق والتزامات كل طرف فيه⁴²⁷. تكون صياغة عقود تحويل الفاتورة، بعبارات واضحة وصريحة لا تدعو للالتباس، تحدد بدقة موضوع هذا العقد، وتتضمن ما يفيد انتقال الحق من المنتمي للوسيط، وفق آلية شراء الحق. كما يجب أن تشمل هذه الصياغة، كافة شروط العقد ومجال تطبيقه ومدته والتزامات أطرافه وأساليب تنفيذه، وغيرها من الشروط التي استلزمها التشريعات أو الأعراف التجارية. على كل، فإن عقد تحويل الفاتورة يشمل نوعين من الشروط، شروط عامة وهي شروط غير متغيرة وفيها يتبين أساس العقد⁴²⁸، وشروط خاصة قابلة للمناقشة بين الوسيط والمنتمي، وهي شروط مرنة تتفق وخصوصيات كل مؤسسة اقتصادية⁴²⁹.

425 - لمزيد من التفصيل، حول الشروط الشكلية، التي جاء بها قانون 1981/01/02، ارجع للمطلب الثاني، من المبحث الثاني، من الفصل الأول من هذا المطلب.

426 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 51.

427 - مروان الكوكبي، المرجع السابق، ص 370.

428 - Jude (P), technique et pratique du factoring, clé, éd banque, 1984, p23.

429 - و إذا أخذنا كمثال على ذلك العقد النموذجي لمؤسسة "FINAGIOS": فهو يحتوي على نوعين من الشروط:

" Les principales conditions générales sont:

ينبغي التنبيه، إلى أن الشروط العامة مثلها مثل الشروط الخاصة، لا تستوي ولا تتفق بين جميع المؤسسات المالية، التي تشتري الحقوق التجارية للمؤسسات الاقتصادية. فقد يكون مما تعتبره بعض المؤسسات المالية شروط لا يجوز التناقص فيها، نجد مؤسسات أخرى تفتحها للنقاش مع عملائها، ومن الأمثلة على ذلك عمولة التحصيل ومدة العقد⁴³⁰. وبالرجوع إلى ما جرى عليه العرف التجاري، فإن صياغة عقد تحويل الفاتورة، يجب أن تتضمن الإشارة إلى نوعين من الشروط:

أولاً- الشروط العامة لعقد تحويل الفاتورة:

Conditions générales du contrat d'affacturage

وهي شروط ثابتة وغير متغيرة، يتعين النص عليها في العقد، وتمثل القواعد الأساسية للعقد، وتتمثل أساساً في⁴³¹:

- 1- موضوع العقد (عقد تحويل فاتورة)؛
- 2- شرط الجماعية؛
- 3- مجال التطبيق (نوعية الحقوق المحولة، أي أن تكون تجارية)؛
- 4- حصول الضمان المسبق على كل زبون؛

- condition d'exclusivité par laquelle l'adhérent s'engage à ne conclure aucun contrat de même type avec autre factors, sauf accord de ce dernier.

- durée indéterminée (résiliable à tout moment par l'une ou l'autre des parties après un préavis généralement fixé à trois mois).

Les conditions particulières propres à chaque adhérent:

- définition des opérations commerciales concernées (activités principales de l'entreprise).

- périodicité des remises de facture.

- possibilité d'exclure certaines entreprises (faisant l'objet de procédures collectives, sociétés apparentées et relations clients- fournisseurs).

- durée des crédits accordés (120 jours pour les contrats domestiques).

- rémunération du factors (commission d'affacturage et commissions de financement).

- Taux négociés.

- Garanties et cautions éventuelles".

-Sous <http://A/: www.finagios.fr>.

⁴³⁰—كمثال على ذلك، نجد البند 16، من العقد النموذجي لمؤسسة (Factofrance Heller)، الذي ينص على إمكانية مراجعة و تعديل، بعض الشروط العامة و الخاصة للعقد، و هذا باتفاق طرفي العقد.

-Pierre Jude, Technique et Pratique du FACTORING, op.cit., p.28

⁴³¹ - Pierre Jude, Technique et Pratique Du Factoring, op.cit., p. 25-28.

- 5- تقديم كل الفواتير والوثائق المثبتة للدين؛
- 6- تحويل هذه الديون من المنتمي للوسيط؛
- 7- إخطار المدين من قبل المنتمي بحصول الحوالة؛
- 8- اتفاقية الحساب الجاري الذي يحدد مقدار الاعتماد الممنوح؛
- 9- تقديم رأس مال على حساب الضمان - يمثل عادة 10 % من قيمة الفاتورة؛
- 10- تحصيل الحقوق (و هو الذي يتم بسعي من الوسيط، غير أنه في حالة وفاء المدين للمنتمي فإن هذا الأخير يلتزم بتحويلها للوسيط، كما أن هذا الأخير يمكنه حوالة هذه الحقوق لجهات أخرى)؛
- 11- تقديم المنتمي لضمان بوجود الحقوق المحولة، وعدم وجود أي اعتراضات من طبيعة تجارية أو تقنية حول هذه الحقوق، وفي حالة وجود مثل هذه الاعتراضات، فإن الوسيط يمنح المنتمي أجل 20 يوما لإزالتها، وبعد مرور هذه المدة وبقاء هذه الاعتراضات، فإن الدين يعتبر كأنه غير موجود أصلا؛
- 12- عمولة الوسيط - وهي تختلف بحسب طبيعة التزامات الشركة محولة الفواتير؛
- 13- فحص حسابات المنتمي: يلتزم المنتمي بالسماح للوسيط بفحص حساباته وكل مستنداته المحاسبية، متى أراد ذلك؛
- 14- مدة العقد: القاعدة أن العقد المبرم بين المنتمي و الوسيط، يكون لمدة غير محددة، غير أنه في حالة رغبة أحد الأطراف في فسخ العقد، فإنه يتعين عليه إخطار الطرف الثاني برسالة مضمنة الوصول مع وصل الاستلام، قبل ثلاثة أشهر من نفاذ هذا الفسخ.

ثانياً: الشروط الخاصة لعقد تحويل الفاتورة؛

Conditions particulières du contrat d'affacturage

- وهي الشروط التي يضعها المنتمي والوسيط بالاتفاق بينهما، مراعاة لخصوصيات بعض المؤسسات التي تريد تحويل حقوقها للوسيط، وهذه الشروط الخاصة تسمى عادة⁴³²:
- 1- مجال التطبيق - كأن يتم الاتفاق على حصر العقد في نوع محدد من الديون فقط؛
 - 2- إجراءات دفع الفواتير والوثائق المثبتة لها؛

⁴³² - Pierre Jude, Technique et Pratique Du Factoring, op.cit., p.29

- 3- أسلوب معالجة الفواتير، والإعفاء من تقديم نسبة الضمان - أي أن يقع الاتفاق على تمكين المنتمي من كامل قيمة الفاتورة دون خصم نسبة 10 % كضمان؛
- 4- عمولة الوسيط - كأن يتم الاتفاق على رفع أو خفض هذه العمولة -؛
- 5- مدة العقد - كأن يتم الاتفاق على تحديد مدة سريان العقد.

وسوف نقوم فيما يلي، بدراسة القواعد القانونية الخاصة بعقد تحويل الفاتورة، من خلال دراسة أطراف الاتفاق الإطار (Convention Cadre)، أي طرفي العقد: المنتمي والوسيط، والطرف الثالث الذي لا يدخل في العقد وإنما يدخل في الاتفاق الإطار له، ونقصد به المدين.

المطلب الثاني: أطراف عقد تحويل الفاتورة.

إنّ طرفي عقد تحويل الفاتورة، هما: المؤسسة المالية التي تشتري الديون، وتسمى الشركة محولة الفواتير (Factorizer)⁴³³، والطرف الثاني: وهو المنتمي الدائن بائع الديون، ويسمى الفاكوريزي (Factorizee)⁴³⁴؛ أما المدين للدائن بالديون، التي ستصبح موضوعاً لعقد تحويل الفاتورة، فلا يعتبر طرفاً في هذا العقد. غير أننا سنأتي على ذكره ضمن أطراف العقد، نظراً لامتداد آثار هذا الأخير إليه ضمن ما يعرف بالاتفاق الإطار؛ وبذلك يتبين أن عقد تحويل الفاتورة هو عقد ثنائي الأطراف، في عملية التحويل الثلاثية الأطراف⁴³⁵.

وعليه، سنتطرق لأطراف عقد تحويل الفاتورة، وفق التسميات التي جاء بها المشرع الجزائري، ووفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: الوسيط أو الشركة محولة الفواتير.

الفرع الثاني: المنتمي أو بائع الديون.

الفرع الثالث: المدين.

⁴³³ - وهي تسمية الوسيط باللغة الإنجليزية.

⁴³⁴ - وهي تسمية المنتمي باللغة الإنجليزية.

⁴³⁵ - Gautier Bourdeaux : Autres Moyens de Paiement et de Recouvrement-Affacturage International, Edition du Juris-Classeur, 1998, f.530-10, p. 9, n.32.

- CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J.C.P; G., 1966-I-2044, n°11.

الفرع الأول: الوسيط أو الشركة محولة الفواتير.

يلعب الوسيط، دوراً أساسياً في عملية تحويل الفاتورة؛ إذ يعتبر الطرف الممول في هذه العملية، لقيامه بشراء الديون غير المستحقة، وتعجيل ثمنها فوراً للمنتمي الدائن. ولا يستطيع القيام بمهمة ودور الوسيط، سوى المؤسسات المالية الضخمة، التي تتخذ عادة شكل المؤسسات المالية أو الشركات التجارية المساهمة⁴³⁶.

وقد قصر المشرع الفرنسي ممارسة نشاط تحويل الفاتورة، على الشركات والمؤسسات المصرفية الخاضعة للقانون الصادر في 24 جانفي 1984 تحت رقم 64/84⁴³⁷؛ المتعلق بالنشاط والرقابة على المؤسسات المصرفية.

بالرجوع لنص المادة الأولى من هذا القانون، فإنه يقصد بالمؤسسات المصرفية، الأشخاص المعنوية التي تمارس بصفة مهنية واحترافية العمليات المصرفية، من تلقي للودائع ومختلف العمليات الائتمانية⁴³⁸.

كما حددت المادة الثالثة من قانون 64/84 مفهوم العمليات الائتمانية، بأنها كل عمل يقوم به أحد الأشخاص، ويضع بموجبه أموالاً تحت تصرف ولفائدة شخص آخر - مؤسسة مصرفية- أو يعد بذلك؛ أو أن يفوض لمصلحة هذا الأخير توقيعه على سبيل الكفالة أو الضمان⁴³⁹.

⁴³⁶ - ناذر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 62.

⁴³⁷ - LOI N°84-46, DU 24 JANVIER 1984 Modifiée, Relative à L'activité, et au Contrôle des Établissements de Crédit.

⁴³⁸ - حيث تنص المادة الأولى من قانون 46-84:

-Article 1er. -« Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque.

-Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de Paiement »

⁴³⁹ - حيث تنص المادة الثالثة من قانون 46-84:

Article 3. - Constitue une opération de crédit pour l'application de la présente loi tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie.

ضمن الشروط المتعلقة بتأهيل وترخيص شراء الحقوق التجارية، يتعين على مؤسسات تحويل الفاتورة في فرنسا، وقبل البدء بممارسة نشاطها، الحصول على موافقة لجنة مؤسسات الائتمان⁴⁴⁰، وفقا للمادتين 15 و 29 من ذات القانون⁴⁴¹. وتقوم هذه اللجنة، بمراقبة صحة تأسيس مؤسسات الائتمان، والترخيص لها بالتأسيس، ومدى قدرتها وكفاءتها في تحقيق التنمية الاقتصادية والمالية، مع الحفاظ على مصالح العملاء⁴⁴².

ورغم أن المشرع الفرنسي، لم يشر صراحة إلى خضوع الوسيط أو شركات تحويل الفاتورة، للقانون المتعلق بالنشاط و الرقابة على المؤسسات المصرفية؛ إلا أن الفقه الفرنسي أكد أن عملية شراء الديون، محصور القيام بها من قبل المصارف والمؤسسات المالية، الخاضعة لقانون النقد و القرض. و تخضع هذه المؤسسات، لشروط شكلية خاصة لتأسيسها، ولشروط خاصة بممارسة أعمالها⁴⁴³.

وعلى خطى المشرع الفرنسي، حاول المشرع الجزائري بدوره تحديد شروط تأهيل المؤسسات التي تمارس تحويل الفاتورة في الجزائر. إذ بعد ظهور هذا العقد لأول مرة في أحكام القانون التجاري، بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08؛ لم يتأخر المشرع الجزائري كثيرا، في

⁴⁴⁰ - Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

⁴⁴¹ - Article 15 p/ 1- « Avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir l'agrément délivré par le «Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement...» visé à l'article 29.

- Article 29 – Il est institué un « Comité de la réglementation bancaire et financière » et un « Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement », dont les membres titulaires sont choisis au sein du « Conseil national du crédit et du titre » et qui font annuellement rapport à cette assemblée.

⁴⁴² - Article 15. /2 « Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement » vérifient si l'entreprise demanderesse satisfait aux obligations prévues aux articles 16 et 17 de la présente loi et l'adéquation de la forme juridique de l'entreprise à l'activité d'établissement de crédit. Il prend en compte le programme d'activités de cette entreprise, les moyens techniques et financiers qu'elle prévoit de mettre en œuvre ainsi que la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants.

Le comité apprécie également l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du système bancaire et qui assurent à la clientèle une sécurité satisfaisante.

⁴⁴³ - Christian Gavaldà: Affacturage, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I-, A-B, p.3, n. 14.

اتخاذ المرسوم التنفيذي رقم 331-95 المتعلق بشروط تأهيل الشركات، التي تمارس تحويل الفاتورة.

الشروط الشكلية لتأهيل الشركة محولة الفواتير في الجزائر:

حدد المرسوم التنفيذي رقم 331/95، المؤرخ في 25 أكتوبر 1995⁴⁴⁴، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة في الجزائر؛ الشروط المطلوب توفرها، لتأهيل الشركات المتخصصة في عمليات تحويل الفواتير، والتي تدعى " محولة الفواتير "، والمتمثلة في الشروط الشكلية التالية:

- 1- أن تتخذ الشركة محولة الفواتير، شكل شركة مساهمة أو شكل شركة ذات مسؤولية محدودة، وتخضع للتشريع والتنظيم المطبقين على الشركات التجارية؛
- 2- أن تتقدم الشركة بطلب كتابي للحصول على التأهيل، من الوزير المكلف بالمالية⁴⁴⁵؛
- 3- يجب أن يصحب طلب التأهيل، بالمستندات التالية:
 - أ- القانون الأساسي للشركة؛
 - ب- حصيلة الافتتاح، تستخلص منها الأصول الصافية الفعلية للشركة، المتوفرة أو القابلة للتحقيق، و المخصصة لعمليات تحويل الفاتورة؛
 - ج- وصل التسجيل في السجل التجاري؛
 - 4 - ينشر التأهيل الذي يمنحه الوزير المكلف بالمالية بقرار، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- 5 - يتعين على الشركة محولة الفواتير بعد حصولها على التأهيل، أن تلتزم بما يلي:
 - أ- أن تحافظ دائما على الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية⁴⁴⁶؛
 - ب- أن ترسل الحصيلة الختامية إلى الوزارة المكلفة بالمالية كل سنة، مصحوبة بالمعلومات التفصيلية عن الوضعية المالية، التي تسمح بإثبات أن الشركة تملك الحد الأدنى من الأصول الصافية المطلوبة فعلا؛

444 - الجريدة الرسمية، العدد رقم 64 المؤرخ في 29 أكتوبر 1995.

445 - المادة 02 من المرسوم التنفيذي 331/95.

446 - يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار، مبلغ الأصول الصافية.

ج- تمكين الأعوان الذين يعينهم الوزير المكلف بالمالية، من الإطلاع على العقود المبرمة مع المنخرطين، وعلى كل الوثائق التي لها صلة بهذه العقود، والتي يكون تبليغها ضروريا للقيام بمهمتهم.

غير أن أهم الملاحظات التي يمكن تسجيلها حول مجمل الشروط والإجراءات، التي جاء بها المشرع الجزائري لتأهيل الشركات محولة الفاتورة، وفق أحكام المرسوم التنفيذي 331/95، يمكن حصرها فيما يلي:

1- يطرح التساؤل، حول المغزى من تجاوز المشرع الجزائري لصلاحيات مجلس النقد والقرض؛ المؤهل الوحيد قانونا باتخاذ جميع القرارات، المتعلقة بالترخيص بفتح البنوك والمؤسسات المالية، وتعديل قوانينها الأساسية، وسحب اعتمادها. وبما أن الشركات محولة الفاتورة تقوم بأعمال مصرفية بحتة، فكان يتعين إخضاعها لسلطة مجلس النقد والقرض، في منح التأهيل أو سحبه، وليس للوزارة.

2- أن المرسوم التنفيذي 331/95، أغفل التطرق للأحكام والشروط الشكلية، الواجب توافرها في شركات تحويل الفاتورة الأجنبية، والتي ترغب في فتح فروع لها في الجزائر، خاصة فيما يتعلق بالهيكلية الإدارية لهذا الفرع، ومدا ارتباط هذا الفرع بالمؤسسة الأم، وأسس تنظيم الرقابة، والضوابط الداخلية المعتمدة في الفرع المزمع إنشاؤه.

3- نصت المادة 08 من المرسوم المذكور أعلاه، أن طلب الحصول على التأهيل، يمكن أن يكون محل قرار مسبب بالرفض من طرف وزارة المالية، غير أنها لم تحدد المدة الزمنية اللازمة، لصدور القرار بقبول منح التأهيل أو رفضه، كما لم تحدد إجراءات الطعن في قرار منح التأهيل، في حالة صدوره بالرفض.

الفرع الثاني: المنتمي أو بائع الدين.

إذا كان الوسيط (مشتري الديون)، يلعب دوراً أساسياً في عقد تحويل الفاتورة، فإن المنتمي (بائع الديون) هو الطرف الأساسي في هذا العقد؛ لأنه هو الذي يسعى لإبرام العقد، لحاجته إلى بيع ديونه التجارية المترتبة على مدينه⁴⁴⁷.

447 - نادر عبد العزيز شاني، المرجع السابق، ص 88.

بموجب قانون دايلي، المنظم لأحكام عقد تحويل الفاتورة في فرنسا، لم يضع القانون الفرنسي شروطاً خاصة للمنتمي، إذا كان شخصاً معنوياً أم شخصاً طبيعياً، لكنه اشترط أن يتعلق موضوع عقد تحويل الفاتورة بنشاطه المهني، من دون تفرقة بين تاجر وغير تاجر⁴⁴⁸.

ويرى بعض الفقه الفرنسي⁴⁴⁹، أن المنتمي يكون عادة من المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة الحجم، لأن هذا النوع من العقود يتلاءم مع الأعمال المتوسطة الحجم، ويلبي حاجاتها في التمويل. كما أن هذه الأخيرة - عكس المؤسسات الكبيرة - ليس لها في الغالب، إدارات متخصصة في متابعة المدينين وتحصيل حقوقها منهم، مما يضطرهم إلى طلب التمويل، من خلال تحويل ملكية هذه الحقوق إلى الوسيط⁴⁵⁰.

أما في الجزائر، فلم يحدد المرسوم التشريعي رقم 93-08 صفة المنتمي، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً؛ تاجراً أو غير تاجر. وحدد المشرع الجزائري شرطاً واحداً، بموجب نص المادة 543 مكرر 15 والمادة 543 مكرر 16 من القانون التجاري، وهو الشرط المتعلق بطبيعة الديون أو الحقوق المحولة، والتي يشترط فيها أن تكون ديوناً تجارية. مما يقتضي معه، تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقود بصفة عامة، والقائمة على حرية التعاقد.

لأن الأصل في الأمور الإباحة؛ وما لم يوجد نص قانوني يمنع الأشخاص، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، تاجر أو غير تاجر، من حوالة حقوقهم التجارية؛ فإنه يجوز لكل دائن بدين تجاري ثابت في فاتورة، أن يلجأ لمؤسسة تحويل الفاتورة، بغية تحويل ملكية هذا الدين لها، مقابل حلول هذه المؤسسة محله في دينه في مواجهة مدينه.

الفرع الثالث: المدين.

كما جاء التنويه به سابقاً، فإن المدين لا يعتبر طرفاً في عقد تحويل الفاتورة، فهو شخص أجنبي عن هذا العقد، إلا أنه يعتبر طرفاً في الاتفاق الإطار؛ أي أن آثار العقد تنصرف إليه، باعتبار المدين بالحقوق محل التحويل⁴⁵¹.

⁴⁴⁸- Turcas Philippe (M), l'application de la loi dailly par les établissements de crédit thèse, paris 2, 1983, p.18.

⁴⁴⁹-Christian Gavalda: AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I-, A-B, p.2, n°7.

⁴⁵⁰ - عبد الرحمان ملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق ص 43.

⁴⁵¹-Pierre Jude, Technique et Pratique Du Factoring, op.cit., p.22.

بمجرد إبرام عقد تحويل الفاتورة بين المنتمي والوسيط، تتحول علاقة هذا الأخير، إلى علاقة مباشرة بمدين الأول؛ الأمر الذي يتعين معه على المنتمي أن يحيط الوسيط، بكافة المعلومات المادية والفنية المتعلقة بالمدين، قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة؛ كما يتعين عليه، سواء بعد إبرام العقد أو أثناءه، أن يقوم بإخطار المدين بحوالة دينه إلى الوسيط⁴⁵². ويترتب على ذلك، أنه إذا قام المدين بالوفاء للمنتمي، فإن هذا الوفاء غير مبرئ لدمته، ويتعين على المنتمي الاحتفاظ بالمبلغ على سبيل الأمانة لمصلحة الوسيط⁴⁵³.

ويمكن للمدين، أن يتمسك بجميع الدفع المتعلقة بالدين، التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي - المنتمي -، كالدفع بعدم التنفيذ، أو الدفع بسوء تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد الأصلي. ولهذا سميت هذه الدفع، بالدفع للصيقة بالحق، وللمدين التمسك بها حتى ولو ظهرت بعد حصول الإخطار، بمعنى آخر فالحق ينتقل إلى الوسيط بعبوبه ولو ظهرت لاحقاً⁴⁵⁴.

وعند رجوع الوسيط على المدين، يمكن لهذا الأخير الدفع بعدم وجود الحق محل التحويل أصلاً، وذلك عندما يصطنع المنتمي لنفسه، فواتير مزورة ووهمية على المدين، بغية الحصول على التمويل من الوسيط⁴⁵⁵.

بما أن العقد الأصلي محل الحق موضوع الحوالة، يجمع بين المدين والمنتمي - الدائن الأصلي-، فإن هذا الأخير يكون ملزماً بالوفاء، بجميع التزاماته المادية والقانونية المرتبطة بالعقد. و عليه، يحق للمدين الدفع بفسخ العقد الأساسي، عندما يتعلق الأمر ببيع سلع لوجود عيب خفي⁴⁵⁶، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، في جعل دعوى الفسخ التي يرفعها المدين، ضد الوسيط وليس ضد المنتمي⁴⁵⁷.

452- المشرع الجزائري، أشار إلى إلزامية تبليغ المدين أو إخطاره بالحوالة، بموجب المادة 543 مكرر 15، إلا أنه لم يحدد على من يقع عبء هذا الالتزام.

453- عبد الرحمان ملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق ص 51.

454- محمودي بشير، المرجع السابق، ص 123.

455- Merlaud (J.F), Op.cit., p.294.

456- وفقاً لمبدأ ضمان العيوب الخفية، المنصوص عليه بالمادة 379 من القانون المدني الجزائري.

457- Cass.Com. 9 mai 1977 : D.S. 1978, I.R.209, obs. M. Vasseur ; legeais (D), Affacturage, n.23.

والأمر سيان، لو كان فسخ العقد من قبل الدائن، لعدم وفاء المدين بالتزاماته؛ فدعوى الفسخ في مواجهة المدين، يمكن للوسيط التصدي لها، بشرط أن يتحمل الآثار المترتبة على الفسخ؛ و من بينها التزامه بأن يرد للمدين، ما سبق دفعه إلى البائع من ثمن الشيء المبيع. إذا كان للمدين، التمسك في مواجهة مؤسسة تحويل الفاتورة، بكافة الدفع المتعلقة بالحق أو الدين محل الحوالة؛ فإنه لا يجوز له بأي حال من الأحوال، أن يلزم أو يسعى إلى إلزام الوسيط، بالوفاء بالتزامات المترتبة على العقد المنشئ لهذه الديون؛ فالوسيط يخلف المنتمي في حقوقه دون التزاماته⁴⁵⁸.

458 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 194.

المبحث الثالث: مرحلة تنفيذ العقد:

عقد تحويل الفاتورة، هو من العقود الملزمة للطرفين، وبالتالي وما دام يرتب التزامات على عاتق المنتمي، فإنه وفي نفس الوقت يرتب التزامات مقابلة على عاتق الوسيط. فنتمتع شركة تحويل الفاتورة، ببعض الحقوق التي تحقق لها أهدافها المالية، من شراء الديون التجارية من المنتمي، وفي مقابل ذلك يلتزم الوسيط ببعض الالتزامات التي تساهم في انجاح عملية شراء الحقوق التجارية⁴⁵⁹.

وفي الجهة المقابلة، يؤمن عقد تحويل الفاتورة للمنتمي، بعض الحقوق التي تحقق له الهدف الأساسي من بيع ديونه التجارية للوسيط، وحصوله على السيولة المالية التي تسمح له بانعاش مؤسسته الاقتصادية، إضافة إلى بعض الحقوق المرتبطة بالغاية الرئيسة لهذا العقد، وفي مقابل تلك الحقوق يلتزم المنتمي، ببعض الالتزامات التي تساهم في انجاح عملية تحويل الفاتورة⁴⁶⁰.

وعليه سندرس تنفيذ عقد تحويل الفاتورة، من خلال إلتزامات طرفيه وهما المنتمي - بائع الحق - والوسيط-مشتري الحق، وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: تنفيذ العقد من جانب المنتمي.

المطلب الثاني: تنفيذ العقد من جانب الوسيط.

⁴⁵⁹ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 253.

⁴⁶⁰ - نفس المرجع، ص 347.

المطلب الأول: تنفيذ العقد من جانب المنتمي:

بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، يلتزم المنتمي أثناء تنفيذ العقد، بمجموعة من الالتزامات تقع على عاتقه، يتعين عليه أداءها، وهي التي تشكل محل التزام المنتمي وسبب التزام الوسيط. ويدور جوهر التزامات المنتمي، حول تحرير الفاتورة المتضمنة للحقوق محل الحوالة، بالإضافة إلى التزامه بمبدأ الجماعية، وإخطار المدين، ودفع عمولة الوسيط، وأخيرا التزامه بالإعلام بمخاطر التحصيل.

وعليه، سنتناول الالتزامات الجوهرية والأساسية للمنتمي، في عقد تحويل الفاتورة أثناء تنفيذه لهذا العقد، من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: تحرير الفاتورة.

الفرع الثاني: تقديم جميع الفواتير للوسيط - مبدأ الجماعية أو القصر -.

الفرع الثالث: التزام المنتمي بإخطار المدين.

الفرع الرابع: التزام المنتمي بدفع عمولة الوسيط.

الفرع الأول: تحرير الفاتورة:

ينصب عقد تحويل الفاتورة، على نقل ملكية الحقوق الثابتة في الفواتير من الدائن الأصلي، إلى الوسيط أو الشركة محولة الفواتير، التي تأخذ صفة الدائن الجديد للمدين. وبما أن عقد تحويل الفاتورة، ينصب عادة على المعاملات التجارية، فإنه يخضع لأحكام والتزامات القانون التجاري، التي تلزم جميع الأعوان الاقتصاديين والتجار، فوترت جميع تعاملاتهم التجارية والخدماتية.

بما أن المنتمي في عقد تحويل الفاتورة، هو الدائن الأصلي في العلاقة الأصلية التي نتج عنها الحق محل التحويل؛ وهو في الأساس عبارة عن بائع أو مورد لسلع أو خدمات؛ فإنه يخضع للأحكام المذكورة بالقانون 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴⁶¹.

⁴⁶¹ - ج ر العدد رقم 41 المؤرخ في 27/06/2004.

بالرجوع إلى نص المادة 10 من هذا القانون، نجد أنها تنص على إلزامية أن يكون كل بيع سلع أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين، مصحوبا بفاتورة يلزم البائع بتسليمها ويلزم المشتري بطلبها. وأنه يتعين على البائع - الذي هو نفسه المنتمي في عقد تحويل الفاتورة -، أن يتقيد في تحرير الفاتورة، بالشروط والكيفيات التي جاء بها، المرسوم التنفيذي 05-468 المؤرخ في 10/12/2005، المحدد لشروط تحرير الفاتورة، ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية⁴⁶².

ويشترط المرسوم التنفيذي 05-468، تضمن الفاتورة لمجموعة من البيانات المتعلقة بالبائع - المنتمي - والمشتري - المدين -، وغيرها من الشروط، التي يمكن حصر أهمها فيما يلي:

1- البيانات المتعلقة بالبائع (المنتمي):

وهو الذي سيتحول إلى المنتمي، في عقد تحويل الفاتورة؛ ويشترط في الفاتورة التي يحررها البائع، لإثبات المعاملة مع المشتري، والتي ستكون لاحقا موضوع الحق محل التحويل، أن تتضمن وافر المعلومات حول بيانات البائع، لاسيما البيانات التي حددتها المادة 03 من المرسوم التنفيذي أعلاه على سبيل الإلزام؛ و المتمثلة في:

- اسم الشخص الطبيعي ولقبه؛
- تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري؛
- العنوان ورقم الهاتف والفاكس، وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء؛
- الشكل القانوني للعون الاقتصادي وطبيعة النشاط؛
- رأسمال الشركة عند الاقتضاء؛
- رقم السجل التجاري؛
- رقم التعريف الإحصائي؛
- طريقة الدفع وتاريخ تسديد الفاتورة؛
- تاريخ الفاتورة ورقم تسلسلها؛
- تسمية السلع المباعة وكمياتها و/ أو تأدية الخدمات المنجزة؛

⁴⁶² - ج ر العدد رقم 80 المؤرخ في 11/12/2005.

- سعر الوحدة دون الرسوم للسلع المباعة و/ أو تأدية الخدمات المنجزة؛
- السعر الإجمالي دون احتساب الرسوم للسلع المباعة و/ أو تأدية الخدمات المنجزة؛
- طبيعة الرسوم و / أو الحقوق و / أو المساهمات، ونسبها المستحقة حسب طبيعة السلع و/ أو تأدية الخدمات المنجزة، ولا يذكر الرسم على القيمة المضافة، إذا كان المشتري معفى منه؛
- السعر الإجمالي، مع احتساب كافة الرسوم محررا بالأرقام والأحرف.

2 - البيانات المتعلقة بالمشتري (المدين):

- كما تتضمن الفاتورة التي يحررها البائع أو المنتمي، بعض البيانات الإلزامية المتعلقة بالمشتري أو المدين، تتمثل في:
- اسم الشخص الطبيعي و لقبه؛
- تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري؛
- الشكل القانوني و طبيعة النشاط؛
- العنوان ورقما الهاتف و الفاكس، وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء؛
- رقم السجل التجاري؛
- رقم التعريف الإحصائي.

الفرع الثاني: تقديم جميع الفواتير للوسيط - مبدأ الجماعية أو القصر:-

هذا المبدأ، هو الذي يعرف اختصارا "بمبدأ الجماعية أو القصر"، وهو روح العقد وبدونه يخلل توازن الآداءات، لمصلحة المنتمي⁴⁶³. ويلتزم المنتمي بمقتضى مبدأ الجماعية، بأن يقدم للمؤسسة جميع فواتيره على مدينيه، على أن يلتزم الوسيط بتعجيل قيمة حقوق العميل على مدينيه من جهة، والالتزام بضمان عدم الرجوع من جهة ثانية.

والسبب المباشر، في إلزام المنتمي بأن يعهد إلى الوسيط بجميع فواتيره الخاصة لدى مدينيه المشترين، هو سد الطريق أمام تحايل المنتمي، حتى لا يعهد إلى الوسيط بديونه الضعيفة أي التي يرى صعوبة في تحصيلها، ويحتفظ لنفسه بالحقوق الأخرى التي يضمن سهولة تحصيلها، فيحرم الوسيط بذلك من عمولته عن هذه الأخيرة.

⁴⁶³ - Lemoine (Laurent)- Deschant (Jean Pierre), affacturage, Juris-Classeur com. ; Banc et Crédit, 1994, n° 22.

إذ من المفروض، أن تتوازن كافة الحقوق على اختلاف ظروف تحصيلها فيما بينها، وهذا التوازن يبرر إلى حد ما، حرمان الوسيط من فرصة الرجوع على المنتمي بالديون التي يفشل في تحصيلها، وبالتالي توزيع مخاطر عدم التحصيل التي تتحملها مؤسسة الشراء، بين أكبر عدد من الفواتير⁴⁶⁴.

غير أن مبدأ العمومية هذا، يمكن أن ندخل عليه مبدأ التجريد؛ وبمقتضى هذا المبدأ الأخير، يمكن أن يقع اتفاق بين المنتمي والوسيط، على اقتصار تحويل الحقوق على نوع معين من الفواتير، أو على الفواتير المتعلقة ببيع معينة، أو ببلد معين، أو متعاملين معينين⁴⁶⁵. ولكن في حدود نطاق هذا التجريد، لا يمكن لأي طرف من أن يتصل من التزامه.

وعادة ما يتم الاتفاق في العقد، على حد أقصى للمبلغ الذي يقبل الوسيط الفواتير في حدوده. فشرط العمومية إذن، يلزم المنتمي بأن يعهد إلى الوسيط، بجميع فواتيره الخاصة بحقوقه لدى مدينه المشتريين؛ فمماذا نقصد بشرط القصر "Clause de l'exclusivité".

للإجابة على هذا السؤال، نقول أن هذا الشرط يقصد به التزام المنتمي بعدم التعامل مع أي مؤسسة أخرى لشراء الحقوق؛ وإذا أراد عكس ذلك فيجب أن يكون التعامل بخصوص إحدى قطاعات نشاطه، التي لا تغطيها مؤسسة الشراء، سواء كان قطاعا نوعيا أو جغرافيا. و أن يتقيد قبل إبرام هذا العقد، بضرورة إعلام المؤسسة برغبته، ويتأكد من رفضها تغطية مخاطر هذا النشاط⁴⁶⁶. وبالتالي شرط القصر لا يمكن تفاعله، إلا بحدوث شرط التجريد، أما إذا كانت العمومية مطلقة، فلا مجال للتحدث عن مثل هذا الشرط.

الفرع الثالث: التزام المنتمي بإخطار المدين.

حتى وإن كان من الثابت من نص المادة 543 مكرر 15، أن المشرع الجزائري لم يحدد ولم ينص على من يقع عبئ الإخطار، غير أنه بالرجوع إلى ما جرى عليه الفقه والتشريع

⁴⁶⁴ - علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 648. وأنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 153.

⁴⁶⁵ -Le principe de globalité peut être aménagé, en visant par exemple seulement certains types de clients ou une certaine situation géographique. La limite à cet aménagement conventionnel est posée par le principe d'unicité selon lequel l'affactureur doit accepter les créances d'un débiteur qu'il a préalablement approuvé.

- Romulus-Andrei Bena, l'affacturage, thèse D.E.A. de Droit privé, 4 janvier 2005, p 36.

⁴⁶⁶ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 156.

المقارن، فإن الإخطار يقع على عاتق المنتمي، دون أن يمنع ذلك الوسيط من أن يقوم بنفسه بهذا العبء.

فالمنتمي، هو الذي يتعين عليه بالرجوع إلى بنود الاتفاق، إخطار المدين بأنه يتعين عليه الوفاء مباشرة إلى الشركة الوسيط، وفي حالة تخلفه عن ذلك، تترتب عليه أحكام المسؤولية العقدية. والإخطار بحوالة الحق، يمنع المدين حسن النية من الوفاء لغير الوسيط، وفي غيابه لا يكون المدين ملزماً بالوفاء لغير الدائن الأصلي، حتى وإن تم عقد شراء الحقوق فعلاً⁴⁶⁷.

ذهبت اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق، نفس مذهب الفقه والتشريع الفرنسي، من اشتراط أن يتم الإخطار من طرف المنتمي، وليس الوسيط؛ وإن كان الإخطار بالحلول، لا يشترط فيه أي صيغة معينة، فإنه ولتفادي أي إشكال، يتعين على الأطراف إظهار بوضوح مصطلح "الحلول"، في الصيغة الواردة على الفاتورة المرسلة إلى المدين⁴⁶⁸.

وبالتالي، فالقانون لم يشترط صياغة محددة للإخطار بالحلول، وإنما يتعين على المنتمي وهو الملزم بالإخطار، أن يبين ويظهر بوضوح على الفاتورة المقبولة مصطلح الحلول، بحيث يمكن للمدين ملاحظته بسهولة وتبينه بجلاء، وهذا تفادياً لوفائه للدائن الأصلي.

في إحدى القضايا المعروضة على القضاء الفرنسي، أرسلت الفاتورة إلى الشركة المشتريّة، ولم يلحظ الموظف المختص بوفاء الثمن، العبارة المدونة على الفاتورة التي تفيد أن دفعها يكون إلى الوسيط أو الشركة محولة الفواتير؛ فقامت الشركة المدينة بالوفاء للبائع أو الدائن الأصلي، عوض الدائن الجديد أو مؤسسة تحويل الفاتورة. قاضت شركة تحويل الفاتورة المشتري، غير أن المحكمة رفضت دعواها، على أساس أنه في قضية الحال، لم يثبت أن الإخطار بحلول الوسيط كان واضحاً بحيث يحيط به المدين علماً⁴⁶⁹.

وقد أسست محكمة استئناف باريس قرارها، على أساس أن الإخطار بحلول الوسيط محل البائع، لم يبين بشكل واضح ووضوحاً كافياً، يلفت نظر الموظفين المكلفين بوفاء الفواتير. فإن

⁴⁶⁷ - Rodière (René), Reves lange (Jean louis), droit bancaire 2^e édition, précis Dalloz, 1975, p369.

⁴⁶⁸ - Paris 23 janvier 1970, 21 janvier 1970, notes Rodière (René), et Rives lange (Jean louis), op.cit p 369.

⁴⁶⁹ - هشام فضلي، المرجع السابق، 228.

المحكمة وتبعاً لذلك، وبمقتضى سلطتها التقديرية، وطبقاً للأدلة المقدمة أمامها، قضت بصحة وفاء الفاتورة الذي قامت به الشركة المشتريّة المدينة للشركة الدائنة الأصليّة، ورفضت دعوى شركة تحويل الفاتورة، في مطالبتها المباشرة لقيمة الفاتورة من هذه الشركة⁴⁷⁰.

تنص عقود تحويل الفاتورة عادة، على التزام المنتمي بإخطار مدينه بحلول المؤسسة محله في حقوقه، بعبارات تدون على الفاتورة ذاتها؛ وتكون صيغتها كالآتي، " لكي يكون الوفاء مبرئاً لذمتكم، يتعين أن يتم لمؤسسة... للشراء، والتي حلت محلنا Subrogé في حقوقنا اتجاهكم". ولا تكفي المؤسسة بهذا الإخطار، وإنما تقوم من جانبها بإجراء تكميلي، بإخطار المدين بحلولها محل الدائن الأصلي، في حقوقه تجاهه⁴⁷¹.

يمكن إعلان المدين بالحلول في أي وقت، بعد إبرام عقد تحويل الفاتورة، ولا يكون هذا الإخطار متأخراً، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً⁴⁷²؛ ومثال ذلك توقيع حجز من دائن المنتمي تحت يد المدين، فمن يوم توقيع هذا الحجز، لم يعد الإخطار بالحلول إلا بمثابة حجز جديد، ويأتي في مرتبة ثانية بعد الحجز الأول.

ومثال ذلك أيضاً، شهر إفلاس العميل أو شهر إعساره، فعندها لا يكون للإخطار بحصول الحلول، حتى وإن تم إبرام عقد تحويل الفاتورة قبل شهر الإفلاس أو الإعسار، أي فائدة⁴⁷³.

فالعبارة كما أردفنا سالفاً، ليس بتاريخ إبرام العقد وإنما بتاريخ نفاذه، والنفاذ كما أشرنا، لا يكون إلا بإخطار المدين بحصول الحلول. ومن ثمة، إذا وقع حجز من دائني المنتمي على أمواله لدى الغير، أو في حالة شهر إفلاس أو إعسار المنتمي، في الفترة ما بين إبرام عقد تحويل الفاتورة وبين نفاذه، فإن تصرف الحجز وإعلان التقلية، ينفذان قبل تصرف الحلول.

⁴⁷⁰ - Cass.com. 14 octobre 1975: J.C.P. 1976, éd G, II, 18269 et éd C.J. 12077, note Gavalda.

- علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 654.

⁴⁷¹ - Deschant et Lemoine, op.cit., n° 63.

⁴⁷² - غير أن المشرع الجزائري، و بمقتضى نص المادة 543 مكرر 15، خالف هذا المبدأ، بنصه على ضرورة، التبليغ الفوري، للمدين بنقل ديونه التجارية. من المنتمي للوسيط.

⁴⁷³ - وهي الحالات التي سنتطرق لها بالتفصيل في الفصل الأول من الباب الثاني.

وهذا هو السبب المباشر، في عدم اعتماد الوسيط في إخطار المدين، اعتمادا كليا ومطلقا على المنتمي؛ وإنما يتعين عليه ومن مصلحته، التعجيل بإعلان الحلول إلى المدين، حتى لا يسبق الإخطار إجراء مماثل كما أشرنا إليه أعلاه، يعطل حقه.

الفرع الرابع: التزام المنتمي بدفع عمولة الوسيط.

العمولة، هي المقابل الذي يتقاضاه الوسيط من المنتمي، نظير الخدمات التي يؤديها له⁴⁷⁴؛ وهي على كل نوعين، خدمات الائتمانية⁴⁷⁵، وخدمات إدارية⁴⁷⁶. فأما الخدمات الائتمانية، فهي التي تتمثل في تعجيل الوفاء بقيمة حقوق المنتمي على مدينه؛ أي إلزام مؤسسة الائتمان بتمكين المنتمي من هذه الحقوق، قبل حلول أجل استحقاقها؛ ولهذا سميت العمولة، التي يتقاضها الوسيط نظير هذه الخدمات، بعمولة التعجيل⁴⁷⁷ أو عمولة التمويل⁴⁷⁸.

وتحسب هذه العمولة، عن المدة الفاصلة من تاريخ سحب المنتمي لمبالغ الائتمان من الحساب الجاري، وتاريخ استحقاق الفواتير؛ وتتغير نسبة الفائدة حسب الشروط العامة للسوق⁴⁷⁹، أو حسب متوسط معدل سعر الفائدة الشهري في السوق النقدية⁴⁸⁰. وعلى كل، تسمى العمولة التي تتقاضها مؤسسة الائتمان، نظير خدماتها الائتمانية بالعمولة الخاصة.

⁴⁷⁴ - L'adhérent a surtout l'obligation de rémunérer l'affactureur. L'affactureur percevra sa commission proportionnellement au volume d'affaires traitées, et en fonction des services qu'il fournit et des risques qu'il assume.

- Stoulling (A), 25 ans d'affacturation en France, Revue banque 1990, p 593.

⁴⁷⁵ - S'il prend en charge le financement des créances, en remboursant à l'adhérent le montant de la créance avant son échéance, il percevra une commission de financement ou d'anticipation, qui correspond au crédit consenti. En raison des services de gestion, de financement et notamment de garantie rendus par l'affactureur, ce dernier a légitimement droit à une commission forfaitaire, qui peut, le cas échéant, dépasser le montant des commissions d'affacturation récoltées.

⁴⁷⁶ - S'il ne prend en charge que la gestion des comptes et le recouvrement des créances, ce sera une commission d'affacturation simple, calculée sur un pourcentage des chiffres d'affaires mobilisés (1.5% à 2.5%).

- Ripert (G.) et Roblot (R), Traité élémentaire de droit commercial, Tome I, L.G.D.J., 1990.

⁴⁷⁷ - Commission d'anticipation.

⁴⁷⁸ - Commission de financement

⁴⁷⁹ - Condition générale du marché monétaire.

وبالإضافة إلى الخدمات الائتمانية، والتي قد لا تختلف في شيء عن عملية خصم الأوراق التجارية، فإن مؤسسات الشراء، تلتزم بتقديم خدمات إضافية، لا تعرفها عمليات الخصم التقليدية، و هي تتمثل بالخصوص في خدمتي الإدارة- La Gestion -، وعدم الرجوع - .Ducroire-

تسمى العمولة، التي تتقاضها مؤسسة الائتمان نظير هاتين الخدمتين، بالعمولة العامة أو عمولة عقد الشراء -Commission d'affacturage-؛ و يعتمد تحديد سعر هذه العمولة على العديد من العوامل⁴⁸¹؛

أولاً: حالة منشأة المنتمي المالية والإدارية والحسابية، وعدد فواتيره على مدينيه؛
ثانياً: مراكز مديني المنتمي المالية، و سمعتهم التجارية، وعدد مرات تخلفهم عن الوفاء؛
ثالثاً: مدى تطور نظام شراء الحقوق في البلد الذي يمارس فيه.

المطلب الثاني: تنفيذ العقد من جانب الوسيط:

عقد تحويل الفاتورة، هو من العقود الملزمة للطرفين؛ وبالتالي وما دام يرتب التزامات على عاتق المنتمي، فإنه وفي نفس الوقت يرتب التزامات مقابلة على عاتق الوسيط⁴⁸²؛ يمكن حصر أهمها، في التزام الوسيط بالإدلاء بالمعلومات والاستشارات التجارية، وتحصيل ديون المنتمي، والالتزام الجوهري في عقد تحويل الفاتورة وهو الالتزام لعدم الرجوع. وعليه، سنتناول أهم التزامات الوسيط من خلال التقسيم التالي:

⁴⁸⁰ - Deschanel Jean Pierre, Lemoine Laurent, Taux moyen mensuel du marché monétaire. Affacturage, Juris Classeurs commercial (banque et crédit) 1994, n° 31.

⁴⁸¹ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 72.

⁴⁸²-Les services proposés par l'affactureur « Prévention, Garantie, gestion, recouvrement, financement, autant de questions que résout globalement d'affacturage".

-La gestion, c'est le recouvrement des créances par l'affactureur, à la place de son adhérent, auprès du débiteur cédé. L'affactureur gère le compte clients de son adhérent, enregistre les factures, surveille les encaissements, relance les débiteurs retardataires, etc.

-Le financement, c'est l'hypothèse (la plus fréquente), où l'affactureur règle à son adhérent le montant de la créance, avant son échéance.

-La garantie, c'est l'endossement par l'affactureur du risque de non paiement de la créance par le client de l'adhérent.

- A. Stoulling, 25 ans d'affacturage en France, Banque, n°506, juin1990.593

الفرع الأول: التزام الوسيط بالإدلاء بالمعلومات والاستشارات التجارية.

الفرع الثاني: التزام الوسيط بالوفاء وبتحصيل ديون المنتمي.

الفرع الثالث: التزام الوسيط بعدم الرجوع.

الفرع الأول: التزام الوسيط بالإدلاء بالمعلومات والاستشارات التجارية.

لا يقتصر دور الشركة الوسيط، على أداء الحقوق وضمانيها، وهو الجانب المادي في عقد تحويل الفاتورة؛ وإنما يمتد دور الوسيط إلى الجانب التقني والفني، وهو الذي يتعلق بتقديم المعلومات والاستشارات للمنتمي، والتي تتعلق بالسوق و الزبائن، سواء كان ذلك داخليا أو خارجيا⁴⁸³.

ويقوم هذا الالتزام لاعتبارين اثنين، يتمثل الأول، في كون الشركة الوسيط أو مؤسسة الائتمان، توظف مجموعة كبيرة من الخبراء والمستشارين الماليين، الذين لا يكفون عن دراسة السوق الداخلي والخارجي⁴⁸⁴؛ وهذا يدخل طبعاً، في نطاق عمل مؤسسة الائتمان بصفة عامة، وليس فقط فيما يخص إبرام عقود تحويل الفاتورة. وبالتالي فإن مؤسسة الائتمان تكون على دراية دائمة، بكل صغيرة وكبيرة حول المؤشرات المالية والاقتصادية، التي تحكم السوق.

أما الاعتبار الثاني، فيتمثل في قرب شركة الوسيط من متعاملي أو مديني المنتمي، على عكس هذا الأخير الذي عادة ما يتواجد في بلد آخر⁴⁸⁵؛ هذا القرب يسمح للشركة محولة الفواتير، من مراقبة زبائن المنتمي ومتابعة وضعهم المالي عن قرب.

نظراً لهذين الاعتبارين، يصبح المنتمي يعتمد اعتماداً شبه كلي على التقارير التي يزوده بها الوسيط، حول الوضعية المالية للزبائن، قبل التعاقد معهم. وقد تسمح هذه المعلومات، بتجنب المنتمي عند إبرام عقد البيع، والوسيط عند إبرام عقد تحويل الفاتورة، المعاملات والفواتير والديون، التي تتطوي على نسبة مرتفعة من المخاطر⁴⁸⁶.

483 - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 150.

484 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 336.

485 - وهذا يدخل، ضمن خاصية الطبيعة الدولية، لعقد تحويل الفاتورة، التي سبق الإشارة إليها عند تطرقنا لخصائص عقد تحويل الفاتورة، في الباب التمهيدي من بحثنا هذا.

486 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 337.

ويعتبر التزام الوسيط بتقديم المعلومات، هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة⁴⁸⁷؛ فنكون مؤسسة تحويل الفاتورة قد أوفت بالتزامها، إذا بذلت العناية الكافية واللازمة، وأنها فعلت ما تستطيع لكي تكون هذه المعلومات صحيحة؛ وإن كان التزام شركات تحويل الفاتورة يفوق التزام البنوك، باعتبار أن الأولى يدخل ضمن اختصاصاتها الأصلية، الالتزام بتقديم المعلومات أو الاستشارات. وعليه تكون شركات تحويل الفاتورة، ملزمة بدرجة ومقدار عناية أكبر من تلك التي تلزم بها البنوك العادية، لاعتبارها تدخل ضمن ما يسميه الفقه، بالوكالات المتخصصة⁴⁸⁸.

وبالتالي، فإن التزام الوسيط لا يقتصر على مجرد تحصيل ديون المنتمي، وضمان عدم الرجوع على هذا الأخير؛ فالاتفاق وهو الإطار الذي يجمع بينهما، يجمع التزامات عديدة، منها الالتزام بتقديم الاستشارة التقنية والفنية.

الفرع الثاني: الالتزام بالوفاء وبتحصيل ديون المنتمي:

مشكلة صعوبة تحصيل الحقوق التجارية، أحد أهم العوامل التي ساهمت في تعثر المؤسسات التجارية، خاصة الصغيرة ومتوسطة الحجم منها؛ وهذا التعثر يعرضها لخطر الإفلاس والتصفية؛ وتبرز هذه المشكلة بشكل أكثر وضوحاً، في التزام تحصيل الحقوق التجارية في مجالات التصدير.

هذا السبب، هو الذي عجل بظهور عقود تحويل الفاتورة، والذي يحمل فكرة التزام أحد المؤسسات المتخصصة، بتعجيل قيمة فواتيرها على مديني المنتمي، مقابل انتقال ملكية هذه الحقوق لها⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ - علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 531.

⁴⁸⁸ - Jean Vassagne, Les agences de renseignements commerciaux. Thèse de doctorat, Poitiers 1942.

⁴⁸⁹ - Dans l'opération d'affacturage, l'affactureur règle à son adhérent, qui est industriel ou commerçant, les factures établies par ce dernier sur ses clients. La créance de l'adhérent sur son client est en même temps transférée à l'affactureur, par *subrogation personnelle* et ce dernier se charge de son recouvrement. Le règlement de l'affactureur à son adhérent peut avoir lieu à l'échéance de la créance ou de façon anticipée. Dans ce dernier cas, le service rendu par l'affactureur est une véritable opération de crédit fondée sur la mobilisation des créances.

- L'affacturage, Dominique Legeais, Juris-Classeur 2004. Vol 3.

وتبعاً لذلك، يلتزم المنتمي بأن يرسل للمؤسسة وفي مواعيد معينة متفق عليها، قائمة مفصلة مدونا عليها، إقرار موقعا منه بنقل ملكية الحقوق المقابلة إلى مؤسسة تحويل الفاتورة، وطلب الوفاء بقيمتها في حسابه الجاري المفتوح لديها، مقابل حلولها محله اتجاه مدينه، بموجب السند الحلولي المرفق؛ كما يلتزم كذلك بأن يقدم للمؤسسة، كافة المستندات المثبتة لشحن البضاعة أو تقديم الخدمات⁴⁹⁰.

وإن كان القيد في الحساب الجاري يعادل الوفاء⁴⁹¹، فإن الآراء قد اختلفت حول التاريخ الواجب أخذه في الاعتبار، لتحديد تاريخ استحقاق الضريبة على القيمة المضافة TVA على المنتمي؛ هل هو تاريخ الوفاء الحاصل من المؤسسة له، أم تاريخ تحصيل المؤسسة للحق؟. ففي حين يذهب معظم الفقه⁴⁹²، إلى أن التاريخ الواجب الأخذ به هو تاريخ الوفاء الحلولي، يأخذ مجلس الدولة الفرنسي⁴⁹³ بتاريخ تحصيل الحق؛ فعملية شراء الحقوق في نظره هي عملية ائتمان، ولا يمثل الحلول الاتفاقي إلا ضمان لاسترداد الائتمان⁴⁹⁴.

المهم في كل هذه العملية، هو حلول الوسيط محل المنتمي، بموجب السند الحلولي المرفق، وبالتالي يتخلص المنتمي من أهم الأعباء والالتزامات، التي كانت تثقل عاتقه؛ ويصبح هذا الالتزام مكرسا على عاتق الوسيط، الذي يلتزم تبعاً لذلك بتحصيل كافة ديون المنتمي، التي تدخل في نطاق عقد الإطار الذي يربط بينهما.

⁴⁹⁰ - Rive Langes (Jean Louis), Contamine – Raymond (Monique), op.cit, n° 554, p 719.

⁴⁹¹-Desgorces (Richard), Relecture de la Théorie du compte courant, R.T.D.com.1996.n.5.p.386.

-Mukoie(O), Le factoring technique de gestion et financement, une analyse, droit.écon. Thèse Montpellier 1975.

⁴⁹² -هشام فضلي، المرجع السابق، ص 69.

⁴⁹³ - Cons, d'état, 27 juillet. 1984: J.C.P. 84, éd E, I, 1339, D 1985; 204 note Gavalda; revue Banque 1985, 91 Obs., Rives - langes.

⁴⁹⁴ - وينص حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27 جويلية 1986:

« Les opérations d'affacturage par les-uelles le créancier originaire est réglé au comptant de créances non encore exigibles sans qu'aucune signification au débiteur soit nécessaire pour saisir le factor a l'égard des tiers,... Constituent des opérations de crédits retracées dans le compte courant du créancier originaire, pour les quelles, la subrogation de la société d'affacturage dans les droits du créancier assure seulement l'exécution et la garantie ».

- Voir : D 1985; 204 note Gavalda; revue Banque 1985, 91 Obs., Rives - langes.

وقد أشارت المادة الأولى من اتفاقية أوتواوا، إلى اعتبار هذا الالتزام بأنه الالتزام الرئيسي الملقى على عاتق الوسيط أو الشركة محولة الفواتير، التي تشتري ديون المنتمي، مقابل التزامها بتحصيل هذه الديون، بعد تسديد قيمتها مسبقاً للمنتمي⁴⁹⁵.

ويلتزم الوسيط، بالوفاء بقيمة الفواتير المحولة له، إما فور إبرام عقد تحويل الفاتورة، أو في موعد لاحق يحدده الطرفان؛ وإن كان هذا الموعد في غالب الأحيان، لا يمتد إلى غاية حلول أجل استحقاق هذه الفواتير؛ لأن أهم سبب لجوء المنتمي للوسيط، هو التعجيل بسداد ديونه لدى مدينه قبل حلول أجلها⁴⁹⁶.

الفرع الثالث: الالتزام بضمان عدم الرجوع:

عندما تقبل الشركة الوسيط بعض الفواتير، فهذا يعني أنها تضمن تحصيلها من المشتري؛ فإذا تعذر ذلك لإعسار أو إفلاس المدين، فلا يمكن للشركة الوسيط الرجوع على المنتمي، لأنها تضمن لهذا الأخير استيفاء حقه حالاً أو مستقبلاً، في حالة خاصة يحددها العقد⁴⁹⁷.

فالوسيط يتحمل ولوحده، عدم تسديد الفاتورة الناجم عن إفلاس المدين، ولا يمكن العودة على المنتمي، إلا في حالة ما إذا كان الحق المحول، غير موجود أصلاً أو باطل أو يعيبه عيب من العيوب⁴⁹⁸.

إذا عدنا، إلى أحكام القانون التجاري الفرنسي وكذا المصري والجزائري، لا نجد نصوصاً خاصة تعالج شرط ضمان عدم الرجوع، وتبين محتواه وماهيته⁴⁹⁹؛ الأمر الذي يجعلنا نلجأ إلى الفقه المقارن، الذي حاول منذ بداية نشأة هذا العقد، إزالة اللبس واللغظ الكبير الذي لازمه،

⁴⁹⁵ - Dominique Legeais, Affacturage, édition du Juris-classeur, 2002, Fascicule 361, p. 11, n.52.

⁴⁹⁶ - Christian Gavalda: Affacturage, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I-, A-B, p.5, n°38.
⁴⁹⁷ - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 151.

⁴⁹⁸ - Rodier (René), rives langes (Jean Louis), op.cit, p364.

⁴⁹⁹ - و إن كان المشرع الجزائري، أشار صراحة، إلا التزام الوسيط بتحمل تبعه عدم التسديد، و يفهم من هذه العبارة، تحمل التزام عدم الرجوع. إلا أنه لم يشير إلى شروط و أحكام هذا الالتزام.

خاصة فيما يتعلق بواحد من أهم العناصر المشكلة له، والتي لا يمكن تصور العقد، من دونها كما سبق وأن أشرنا.

فاتجه البعض، إلى تعريف الالتزام بضمان عدم الرجوع، على أنه التزام يضمن بمقتضاه الوسيط لموكله إعسار المشتري، نظير عمولة لقاء ما يتحملة من مخاطر⁵⁰⁰؛ وهو تعريف نراه قاصرا، لأنه جعل مجال هذا الالتزام، لا يتعدى ضمان إعسار المشتري أو المدين، وبالتالي لم يستغرق كامل التزامات المحال، الذي يشمل هذا الضمان، كما سنأتي على توضيح ذلك.

كما عرفه البعض الآخر، أن ضمان عدم الرجوع هو تأمين تجاري، يلتزم بمقتضاه الوسيط للمتعاقد معه، بضمان تنفيذ العملية محل الوساطة⁵⁰¹؛ وهو تعريف لا نراه كذلك موقفا، لأن الوسيط لا يلتزم بضمان تنفيذ العملية محل الوساطة، وإنما يلتزم بعدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم التنفيذ، الراجع إلى حالات سنأتي على ذكرها لاحقا.

بينما يتجه رأي آخر، إلى تعريف الالتزام بالضمان، بأنه الالتزام الواقع على عاتق الوسيط، والذي يلزمه بعدم الرجوع على المنتمي بقيمة الائتمان الذي منحه له، قبل أو وقت حلول أجل الحقوق الضامنة للاسترداد، إذا ما فشل في تحصيل هذه الحقوق من المدين، لتخلف هذا الأخير عن الوفاء⁵⁰². وإن كان هذا التعريف وفق نوعا ما في التحديد الدقيق لمفهوم الالتزام، إلا أنه أهمل الإشارة إلى الحالات التي تعفي الوسيط من الوفاء بالتزامه هذا، باعتبارها تدخل ضمن شروط وأحكام هذا الالتزام.

واعتبر بعض الفقهاء، أن الالتزام بعدم الرجوع، يشكل روح عقد تحويل الفاتورة، ويؤدي غيابه إلى عدم قيام العقد من أساسه، فهو جوهر هذا العقد وسبب وجوده⁵⁰³. وهذا الرأي بحسبنا فيه نوع من المبالغة، فإن كنا لا ننفي أهمية هذا الالتزام، باعتباره أهم التزام في عقد تحويل الفاتورة وجوهر وجود العقد، إلا أننا رأينا عند تطرقنا لأنواع عقد تحويل الفاتورة، وجود نوع ينتفي فيه هذا الالتزام، وهو "عقد الرجوع على المنتمي محول الحقوق التجارية"⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ - Nouveau dictionnaire de droit et de science économique, 1974

⁵⁰¹ - Merlaud (Jean - François), op.cit, p5.

⁵⁰² - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 101.

⁵⁰³ - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 330.

⁵⁰⁴ - في هذا النمط من عقود تحويل الفاتورة، يحتفظ الوسيط، بحق الرجوع على المنتمي، في حال تعذر استيفاء قيمة الحقوق المحولة إليه، من المدينين.

والالتزام بعدم الرجوع، لا يتطلب أي نوع من أنواع الشكليات، سوى إدراجه كتابة ضمن نصوص عقد تحويل الفاتورة⁵⁰⁵؛ وبالتالي فهو كقاعدة التزام اتفاقي، ومن ثمة لا يرتب ولا ينشئ آثاره، في حالة عدم الاتفاق عليه.

غير أن تطور هذا العقد، خاصة في أوروبا وأمريكا، وما صحب هذا التطور من تأكيد أهمية الالتزام بالضمان تبعاً لذلك، جعلت هذا الأخير ينتقل من مجرد التزام اتفاقي إلى التزام قانوني⁵⁰⁶؛ قد يتقرر عرفاً وهو القاعدة، أو قانوناً بالنسبة للدول التي خصصت له مساحة من تقنينها التجاري⁵⁰⁷، أو التشريعات الأخرى، التي أخذت باتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية⁵⁰⁸.

وهو التزام شخصي⁵⁰⁹ احتياطي غير مستقل؛ أي أن التزام المؤسسة ذو صفة احتياطية، بالنسبة لالتزام المدين⁵¹⁰. فانقضاء التزام المدين، يؤدي إلى انقضاء التزام المؤسسة بالضمان، غير أنه ليس التزاماً تابعاً له؛ فالوسيط يلتزم بصفة أصلية في مواجهة المدين مقابل عمولة، حتى ولو لم يكن التزام المدين، قد تولد في تاريخ الالتزام بالضمان؛ فقد ينشأ الضمان قبل نشأة المضمون، وهي من المميزات الغربية، التي ينفرد بها عقد تحويل الفاتورة.

لكن نشأة الالتزام بالضمان، حتى وإن كانت تتم عادة بصفة أصلية عن الالتزام الأصلي بين المدين والمنتمي، إلا أنها تنشأ مرتبطة بعملية الائتمان؛ وبالتالي فإن نشأة الالتزام بالضمان لا تكون من تاريخ إبرام العقد الأصلي بين المدين والمنتمي، وإنما من تاريخ إبرام عقد الائتمان بين هذا الأخير والوسيط.

⁵⁰⁵ - Merlaud (Jean - François), op.cit, p17.

⁵⁰⁶ - Vivant (Michel), op.cit, n° 17.

⁵⁰⁷ - و من بين هذه التشريعات، التشريع الجزائري الذي نص على هذا المبدأ في المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري الجزائري.

⁵⁰⁸ - فقد أشارت اتفاقية، أوتاوا لعام 1988، إلى اعتبار هذا الالتزام، التزاماً رئيساً يقع على عاتق الوسيط، لحماية المنتمي من تقاعس المدينين عن تسديد ديونهم.

- Dominique Legeais, Affacturage, édition du Juris-classeur, 2002, Fas 361, n.52, p.11.

⁵⁰⁹ - فالذي يضمن الائتمان، هو المؤسسة محولة الفاتورة، بصفة شخصية.

⁵¹⁰ - Vivant (Michel), op.cit, n° 23.

ومن ثمة، فإن الضمان يعمل أثره قبل حلول الخطر، فلسنا في حاجة إلى انتظار وقوع خطر إخفاق المؤسسة في تحصيل الحق، نتيجة عجز المدين عن الوفاء، حتى يعمل الالتزام أثره، بقيام المؤسسة بالوفاء بقيمة الحقوق⁵¹¹.

غير أن أهم ميزة ينبغي التوقف عندها، فيما يخص مميزات الالتزام بالضمان في عقد تحويل الفاتورة، هو أن ضمان عدم الرجوع هو ضمان يقوم به شخص ليس أجنبي عن العلاقة⁵¹². ففي عقد تحويل الفاتورة، الوسيط هو الذي يمنح الائتمان، وهو في نفس الوقت الذي يضمنه؛ فلا يكفي بأن يمنح الائتمان للمنتمي بدون ضمان، بل يزيد عليه الالتزام بضمان عدم الرجوع، في حالة عدم تمكنه من تحصيل قيمة الفاتورة.

والعملية الائتمانية في الأصل، لا تكتمل عناصرها إلا باسترداد الائتمان، ومن هنا تظهر أهمية الضمان، الذي يغطي تخلف المدين عن الوفاء الناتج عن عجزه المالي، أو القوة القاهرة؛ بينما لا يمتد هذا الضمان إلى الحالات المستبعدة من نطاقه، على أن يسري حكمها على الحالات المشابهة، فهي حالة وردت على سبيل المثال وليس الحصر.

و يمكن حصر أهم الحالات التي يشملها ضمان الشركة محولة الفواتير، والتي لا يشملها، فيما يلي:

أولاً: حالات التزام الشركة محولة الفواتير بالضمان.

ينصرف التزام المؤسسة بالضمان أساساً، إلى حالتين إحداهما إفلاس المدين أو إفلاسه، أو إلى تخلفه عن الوفاء الناتج عن القوة القاهرة.

1: ضمان عدم الرجوع في حالة إفلاس أو إعسار المدين:

الإفلاس، هو الوضعية القانونية لتاجر توقف عن الوفاء بديونه، يعلن عنه بمقتضى حكم؛ والتاجر المفلس تغل يده عن إدارة ذمته، وتنزع عنه بعض الحقوق، فالإفلاس إجراء تنفيذي، يؤدي إلى الموت التجاري للمفلس وتصفية مؤسسته، ويبيع كل أمواله الأخرى⁵¹³؛

⁵¹¹ - Merlaud (Jean-François) op.cit, p 323.

⁵¹² - على عكس ما هو معروف في عقود الائتمان، التي تقوم عادة بين شخصين أصليين في عملية الائتمان، وهما مانح الائتمان والمستفيد من الائتمان وشخص ثالث أجنبي، هو الضامن، سواء كان شخصياً أو عينياً، أي يضمن التزام المستفيد برد قيمة الائتمان.

⁵¹³ - راشد راشد، المرجع السابق، ص 127.

وبالتالي وبسبب استغراق خصوم المدين لجميع أصوله، يصبح في حالة من العجز عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، ومن بينها التزامه بالوفاء لمؤسسة الشراء أو الوسيط.

أما الإعسار الذي يقابل في المسائل المدنية، نظام الإفلاس في المواد التجارية، فإن القانون المدني الجزائري أغفل ذكره؛ رغم أنه جعله شرطا لرفع الدعوى غير المباشرة (المادة 189 م ج). وكشروط لرفع الدعوى البولصية، (المواد 191-196 م ج)، دون التعرض لتعريف الإعسار نفسه.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية، نظام الإعسار وقررت في نفس الحالة التي قررتها قوانين وضعية عربية أخرى، كالقانون المدني المصري (249-264) أي ست عشر مادة، وكذلك فعل القانونين السوري والليبي⁵¹⁴.

ويقصد بالإعسار، استغراق ديون الدائنين أموال المدين، بحيث يتعذر عليه سداد ما عليه؛ ولا يشترط صدور حكم قضائي بالإفلاس أو الإعسار، حتى يستفيد المنتمي من هذا الضمان، فالضمان يغطي كل حال، تخلف المدين عن الوفاء، عند حلول مواعيد استحقاق الفاتورة⁵¹⁵.

المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي، لم يأخذ بنظرية الإفلاس الواقعي (الفعلي) *Théorie de la faillite de fait*؛ فنص في المادة 1/225 من القانون التجاري الجزائري، على عدم ترتب الإفلاس أو التسوية القضائية، بمجرد التوقف عن الدفع، واستلزم صدور حكم مقرر لذلك.

كما يجب التمييز، ما بين التوقف عن الدفع والإعسار عن الدفع، فالمعسر هو المدين الذي لا يفي بديونه لأن الجانب السلبي من ذمته المالية، يتجاوز الجانب الإيجابي. وعلى النقيض من ذلك، فإن التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه، يمكن أن يكون مليئا (قادرا على الوفاء)، وفي بعض الأحيان تكفي تصفية أمواله، للوفاء بجميع ديونه⁵¹⁶.

فالقانون التجاري الجزائري، يقتضي تسديد التاجر لديونه عند حلول آجال استحقاقها، والتاجر الذي لا يفي بديونه رغم قدرته على الوفاء، يمكن شهر إفلاسه بمقتضى الحكم

⁵¹⁴ - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 92، ص 28.

⁵¹⁵ - Bancal (Louis), Lagelee- Charrette (Christine), DuCroire Du Banque, juris-Classeurs, Commercial (Banque et crédit), 1993 n° 56.

⁵¹⁶ - راشد راشد، المرجع السابق، ص 227.

القضائي، الذي يعين في منطوقه أحد كتاب ضبط المحكمة، كوكيل للتقليسة⁵¹⁷. أما بعد صدور الأمر 23/96، أصبح الحكم الصادر بالإفلاس، يعين الوكيل المتصرف القضائي من بين الأشخاص المسجلين في القائمة التي تعدها اللجنة الوطنية⁵¹⁸.

فدائني المدين، مرتبطون قانوناً ضمن تجمع يدعى بالجماعة، وهذه الأخيرة ممثلة من طرف الوكيل المتصرف القضائي في دعويها، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها؛ ونشوء هذه الجماعة، يوقف كل الإجراءات الفردية من جانبي الدائنين، الذين لا يضمن ديونهم امتياز خاص، أو رهن حيازي أو رسمي، على تلك الأموال⁵¹⁹.

وبالتالي، فإن ضمان عدم الرجوع يجعل من غير حق الوسيط الرجوع على المنتمي، في حالة إعلان إفلاس المدين المتعثر؛ و يتعين عليه تبعا لما جاء ذكره أعلاه، أن ينظم إلى التقليسة، ويصبح بالتالي عضوا في جماعة الدائنين⁵²⁰.

هذا الانضمام، هو الذي يسحب عن الوسيط حق القيام بأي إجراءات فردية في حق المدين المفلس، باعتبار أنه أصبح ممثلاً مثله مثل باقي الدائنين، من طرف الوكيل المتصرف القضائي؛ إلا إذا كان الحق أو الدين محل عقد شراء الحقوق، يقوم على امتياز خاص للدائن،

⁵¹⁷ - تم استبدال وكيل التقليسة بالوكيل المتصرف القضائي بموجب الأمر رقم 23/96 المؤرخ في 09 جويلية 1996، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادر في 10 جويلية 1996.

⁵¹⁸ - بموجب المادة الرابعة من الأمر 96-23 تتكون اللجنة الوطنية مما يلي: - قاضي من المحكمة العليا رئيساً - عضو من المفتشية العامة للمالية، - أستاذ في الحقوق أو العلوم القانونية أو التسيير، خبيرين في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، - ثلاثة وكلاء متصرفين قضائيين ويتولى أمانة اللجنة ممثل عن وزير العدل. وبموجب المادة الخامسة من الأمر 96-23، يحدد وزير العدل بقرار قائمة الوكلاء المتصرفين القضائيين التي تعدها اللجنة الوطنية المذكورة، ولا يمكن أن يسجل في قائمة الوكلاء المتصرفين القضائيين إلا محافظو الحسابات والخبراء المحاسبون، والخبراء المتخصصون في الميادين العقارية و الفلاحية والتجارية والبحرية والصناعية، الذين لهم 5 سنوات تجرية على الأقل بهذه الصفات وبموجب المادة السابعة من الأمر نفسه يمكن للمحاكم بصفة استثنائية وبأمر مسبب، تعيين الوكلاء المتصرفين القضائيين من بين الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بتأهيل خاص ولو كانوا غير مسجلين في قائمة الوكلاء المتصرفين القضائيين، وبموجب المادة 16 من نفس الأمر يؤدي الوكلاء المتصرفون القضائيين بمجرد تسجيلهم في القائمة الوطنية، اليمين أمام المجلس القضائي الذي يتبع له محل إقامتهم المهنية، كما يؤدي اليمين الأشخاص المعينون من طرف القاضي أمام هذا الأخير، هذا ويمثل الوكيل المتصرف القضائي، المفلس وجماعة الدائنين في آن واحد فهو يمثل المفلس لأن يد هذا الأخير قد غلت عن جميع أمواله، فلا يمكنه بعد ذلك أن يبرم أي تصرف قانوني قابل للتمسك به تجاه الدائنين، وهو يمثل الدائنين المتحدين في جماعة واحدة وتكون لهم مصالح مشتركة.

⁵¹⁹ - راشد راشد، المرجع السابق، ص 264.

⁵²⁰ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 153.

أو مثقل برهن حيازي أو رسمي. أو إذا كانت رفعت دعوى بشأنه، وصدر حكم نهائي حائز قوة الشيء المقضي فيه ومنتج لأثره القانوني، قبل إعلان الإفلاس أو التسوية القضائية. كما لا تطبق قاعدة وقف الإجراءات الفردية، في الدعاوى ضد الغير؛ فيمكن للوسيط أن يرفع دعوى ضد شريك المدين المتضامن معه أو ضد كفيله، كما يمكنه أن يقيم دعوى المسؤولية ضد الغير، الذي بتصرفاته خدعه شخصيا، من ناحية ملاءة المدين، الذي هو في حالة تصفية أموال⁵²¹.

و بالتالي، يمكن للوسيط أن يعود على المنتمي الذي خدعه، وجعله يبرم عقد انتمان بضمان عدم الرجوع، بمقتضى دعوى المسؤولية؛ وهي مسؤولية عقدية إذا نص عليها عقد الائتمان، ومسؤولية تقصيرية إذا لم ينص عليها العقد، بالإضافة إلى الرجوع عليه بقيمة الائتمان.

وقد يثور، تزامم بين الوسيط والوكيل المتصرف القضائي؛ في حالة إبرام عقد تحويل الفاتورة خلال فترة الريبة. وإن كان المشرع الجزائري⁵²²، والمشرع المصري⁵²³، اكتفيا بعدم نفاذ التصرفات الواقعة في فترة الريبة، في مواجهة جماعة الدائنين، مع بقائها صحيحة في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه، بحيث يمكن إلزامه بتنفيذها بعد انتهاء التقلية.

المشرع الفرنسي، وعلى خلاف المشرعين الجزائري والمصري، قضى في قانون الإفلاس القديم (قانون 13 جويلية 1967)⁵²⁴، ببطلان التصرفات التي يبرمها المفلس في الفترة الواقعة بين تاريخ توقفه عن الدفع، وتاريخ صدور حكم شهر الإفلاس؛ وهو نوعين، بطلان جوازي و بطلان وجوبي.

والبطلان الجوازي، ينسحب على التصرفات التي يبرمها المتعاقد مع المفلس، وهو عالم باختلال شئونه المالية؛ أما البطلان الوجوبي، فينصرف إلى أعمال التبرعات وعقود المعاوضة مختلة التوازن، والوفاء بالديون مستحقة الأداء بوسائل غير مقبولة عادة في علاقات الأعمال، والوفاء بالديون غير المستحقة، والإيداعات المنفذة بمقتضى المادة 2075 من القانون المدني

521 - راشد راشد، المرجع السابق، ص 256.

522 - في المواد 247، وما بعدها، من القانون التجاري الجزائري.

523 - في أحكام المواد 227-231، من القانون التجاري المصري.

524 - Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes. Art. 29 et 31.

الفرنسي، المتعلقة بالرهن الحيازي والرهن الرسمي والرهن القضائي، على أموال المدين ضمانا لديون سابقة⁵²⁵.

غير أن نفس التصرفات، أصبحت إلزامية أو جوازيه بمقتضى قانون الإفلاس الجديد، (قانون 25 جانفي 1985)⁵²⁶؛ وهذا التغيير في موقف المشرع الفرنسي، كان الغرض منه بالإضافة إلى حماية جماعة الدائنين، تقويم المؤسسة المتعثرة وإعادة بعثها للنشاط⁵²⁷. ومن التطبيقات القضائية على ذلك، أنه خلال فترة الريبة حلت مؤسسة الشراء محل عملها، مقابل تعجيل قيمة فواتيره على مدينه، وعند رجوعها على هذا الأخير، رفض الوفاء لغير وكيل تفليسية المنتمي، باعتبار أن الوفاء الحلولي قد تم في فترة الريبة، ولا يسري بالتالي في مواجهته.

وقد أيد قضاء الاستئناف الفرنسي مزاعم المدين⁵²⁸، مؤكدا أن الوفاء الحاصل من المؤسسة بتعجيل قيمة الفواتير، يدخل في نطاق الوفاء بالديون غير مستحقة الأداء، ويعد غير ساري في مواجهة المدين إذا أبرم في فترة الريبة.

غير أن محكمة النقض الفرنسية، وفي قرار لاحق لها ألغت حكم الاستئناف، بقولها إن الوفاء الممنوع في نص المادة 29 من قانون الإفلاس القديم، هو الوفاء الحاصل من المدين، وليس الوفاء الحاصل من الوسيط⁵²⁹. وهو رأي نراه صائب، فمدين المنتمي هو الذي كان في حالة توقف عن الوفاء؛ ومن ثمة فإن أي تصرف من قبله بعد ذلك، يعتبر من قبيل التصرفات غير النافذة.

وبالتالي لا يجوز لدائني المدين، أن يدفعوا بعدم نفاذ الحلول الواقع من المنتمي للوسيط، لأنهم أطراف أجنبية عن هذه العلاقة؛ ومن جهة ثانية أن وفاء الوسيط للمنتمي، لا يضر ولا

⁵²⁵ - وتنص المادة 2075 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

" Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage"

⁵²⁶ - Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Art. 107.

⁵²⁷ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 153.

⁵²⁸ - Pari 16 novembre, 1978, R.T.P, com. 1979, p 139, n° 12 obs., Cabrillac et Teysie.

⁵²⁹ - Cass., com. 17 juin 1980, Bull Civ., 1980, n° 259, DS 1980, J.R, p 475, obs. Honorat (A).

يمس بالذمة المالية للمدين؛ وبمقتضى عملية الحلول، ينظم الوسيط إلى جماعة الدائنين، في حالة ثبوت إفلاس وإعسار المدين.

وقد استقرت الآراء الفقهية⁵³⁰، على أن التزام الضامن لا يقتصر فقط على حالة إعسار المدين، بل يمتد كذلك ليغطي مجرد عدم الوفاء في مواعيد الاستحقاق، ما لم يتم استبعاد ذلك صراحة اتفاقاً أو قانوناً.

وهذا توسع مفيد، في علاقة الضمان بين الوسيط والمنتمي ينبغي إبرازه؛ فالوسيط يضمن عدم الرجوع على المنتمي، حتى ولو كان المدين رغم ملاءته رفض الوفاء بالدين المستحق تعسفاً؛ أي أن الوسيط يضمن بالإضافة إلى إفلاس أو إعسار المدين، تعسف هذا الأخير. ينبغي الإشارة في الأخير، أنه يشترط لتمسك المنتمي بمزية الضمان، في حالة الإفلاس أو الإعسار، وقوع هذا الأخير عقب إتمام عملية الائتمان بمظهرها الإيجابي، أي وقوعه بعد انتقال الحق بمقتضى الحلول أو الحوالة إلى المؤسسة.

2: الضمان والقوة القاهرة.

القوة القاهرة، حادث لا يمكن توقعه ولا دفعه، ومن أمثلتها الحوادث الطبيعية المفاجئة كالبراكين والزلازل والفيضانات والعواصف. والقوة القاهرة تعفي المدين من المسؤولية وفقاً للمادة 178 من القانون المدني الجزائري، ويقابلها المادة 165 مدني مصري، والمادة 1148 من القانون المدني الفرنسي⁵³¹.

ومعنى القوة القاهرة، أن التنفيذ أصبح مستحيلاً، ولا يكفي أن يكون التنفيذ مرهقاً⁵³². فالاستحالة المقصود بها هنا، هي الاستحالة المطلقة، أما الاستحالة النسبية فهي لا تشكل سوى إرهاقاً للمدين، لا يمكن معه أن يتصل عن واجبه بالوفاء.

⁵³⁰ - Vivant (Michel), op.cit, n° 35.

-Bancal (Louis)- Lagelee – charrette (Christine) op.cit n° 54.

⁵³¹ - وتنص المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي على:

" Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui est interdit".

⁵³² - CIV, 4 août 1915, DP 1916. 1. 22- Paris 21 décembre 1916 D.P. 1917 2.33, note de M. Capitant – CIV 17 novembre 1925, D.H 1926.

وإذا كانت القوة القاهرة تمنع المدين من التنفيذ، فإن هذا المنع هو منع مؤقت، ينته بزوالها⁵³³؛ ويحق عندها للوسيط مباشرة إجراءات التنفيذ من جديد، والتي توقفت بسبب القوة القاهرة، التي جعلت التنفيذ مستحيلا، بعد أن تزول هذه الاستحالة. ومن ثمة لا يجوز للوسيط، طبقا للالتزام ضمان عدم الرجوع العوده على المنتمي، وإنما عليه انتظار زوال الاستحالة لمباشرة حقه من جديد على المدين.

غير أنه من المهم بمكان، تحديد نطاق القوة القاهرة، فليس كل حادث يجعل التنفيذ مستحيلا، ندخله في نطاق القوة القاهرة.

وإذا رجعنا إلى التطبيقات القضائية الفرنسية، نجدنا نصت على بعض الحالات التي لا يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة، كما نصت على حالات أخرى تدخل في نطاق هذه القوة. فلا يمكن اعتبار الحرب قوة القاهرة، وإن كان يمكن تكيفها كذلك في بعض الحالات⁵³⁴؛ كما لا يمكن كذلك اعتبار الإفلاس قوة القاهرة⁵³⁵. ولا يمكن للمدين التذرع بالخطأ المرفقي، للتخلص من دفع الدين باعتبار هذا الخطأ بمثابة قوة القاهرة جعلت وفاءه مستحيلا. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها، إلى أن تخلف الإدارة عن تسليم رخصة، لا يمكن اعتبارها قوة القاهرة⁵³⁶.

35- CIV, sect. com. 18 janvier 1950, D 1950. 227 – Comp. Cons, d'état, 30 mars 1916, D.P 1916 .3.25, 18 mai 1925 et 27 mars 1926, D.P 1925. 3. 17 et 1927. 3. 17 sur la notion de force majeure. V note de M. Tune. D 1947. 387.

⁵³³ - Civ., 15 février 1988, DP 88. 1. 233- Req. 12 décembre 1922, DP. 1924. 1. 186.

⁵³⁴ - la guerre ne constitue pas, en elle-même un cas de force majeure, mais ce caractère peut lui être reconnu selon les circonstances- req 25 janvier 1922, DP 1922.1.71.

-En se sens que l'état de guerre n'a qu'un effet suspensif de l'exécution du contrat. V. req 24 octobre 1922, D P 1924.1.8.

⁵³⁵ - la faillite n'est pas un cas de force majeure mettant fin aux engagements nés des contrats passés par le débiteur avant la cessation de ses paiements.

- Paris, 17 février 1892, DP 94. 21 note de M. Boistel: il en est de même de la liquidation judiciaire CIV. 2 février 1927, DP.1927.1.164.

⁵³⁶ - Civ., sect. com., 27 Août 1954, DP 1955, 213, note de M Radouane.

أما من الحالات التي اعتبرتھا التطبيقات القضائية الفرنسية، من قبيل القوة القاهرة التي يستحيل معها التنفيذ، ويترتب عليها وقف التنفيذ؛ نجد حالة الاستيلاء العسكري " la requisition militaire" حتى وإن كان غير مشروع⁵³⁷.

وقد جرت الأعراف التجارية التي تحكم شرط الضمان، على امتداد التزام الوسيط بالضمان، إلى حالات عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدی بسبب القوة القاهرة، ما لم يتم استبعاد ذلك إلزامياً أو اختيارياً⁵³⁸.

وبالتالي، يجوز للوسيط أن يتفق مسبقاً مع المنتمي، بأنه لا يضمن عدم الرجوع في حالة ما إذا كان توقف المدين عن الوفاء، ناجماً عن قوة القاهرة؛ أما في حالة سكوتها عن الاتفاق، فإن شرط الضمان يعتبر قائماً، ومن تم يمتنع عن الوسيط الرجوع على المنتمي.

ثانياً: حالات إعفاء المؤسسة محولة الفواتير من الضمان .

عادة ما تشدد مؤسسات تحويل الفاتورة، على بيان حالات الإعفاء من الضمان، تفادياً لتمسك المنتمي بضمان عدم الرجوع، في حالة تحقق إحدى هذه الحالات؛ وحالات الإعفاء من الضمان لا يمكن حصرها، وإنما ترد عادة على سبيل المثال؛ وإن كان من الممكن إجمالها في قسمين رئيسيين، وهما: أولاً امتناع المدين عن الوفاء الراجع لسلوك المنتمي، وثانياً الامتناع عن الوفاء الراجع إلى الحق ذاته.

1: امتناع المدين عن الوفاء الراجع إلى سلوك المنتمي:

سلوك المنتمي هنا، نقصد به بطبيعة الحال السلوك المنحرف، إما بخطأ جسيم في التقدير أو غش مقصود⁵³⁹.

أ: الامتناع الراجع إلى خطأ المنتمي "الدائن الأصلي".

⁵³⁷ - CIV. Juin 1923, DP 1923.1. 94 – Soc, 28 février 1947, D 1947. 212. Comp, Rep .12 décembre 1922, DP 1924.1.1.86 - à moins qu'a ce moment le débiteur ne fut en faute ou en demeure, CIV, 1^e sect., CIV, 7 avril 1954, D 1954. 385.

⁵³⁸ - والاستبعاد الإلزامي يؤخذ به في بالوكالة بالعمولة، فالوكيل بالعمولة لا يكون ملزماً عن تلف البضائع أو التأخير في الوصول أو الفقد الراجع إلى القوة القاهرة، أما الاستبعاد الاختياري فهو ما يتفق عليه طرفاً عقد الضمان من أن التزام الوسيط الضامن لا يمتد ليشمل تخلف المدين عن الوفاء الناجم عن القوة القاهرة وهو ما يرد عادة في عقود شراء الحقوق.

⁵³⁹ - L'adhérent qui propose de fausses factures ou des factures correspondant à des créances déjà cédées se rend coupable d'escroquerie.

- Bouraoui Darghout (F), Le Factoring en Droit Interne, et International, op.cit., p. 345.

الخطأ، هو الانحراف غير المقصود عن التقدير السليم للوقائع، من شأنه إلحاق الضرر بالمدين، مما يدفع بهذا الأخير إلى الامتناع عن الوفاء. فيضمن المنتمي للوسيط جميع الأفعال التي تصدر منه بعد إبرام عقد الائتمان، ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله⁵⁴⁰.

ويسقط حق الضمان، إذا عمد أحد دائني المنتمي بعد إبرام عقد الائتمان، وقبل صيرورة هذا الأخير نافذاً في حق المدين والغير أي قبل حصول الإخطار، إلى توقيع حجز تحفظي على الحق المحال به، وصار هذا الحجز نافذاً في حق الوسيط. فإنه في هذه الحالة يرجع الوسيط بالضمان على المنتمي، بسبب أن الحجز التحفظي، وإن لم يكن عملاً شخصياً صادراً من المحيل نفسه، فهو عمل صادر من جهته وبسبب الدين الذي في ذمته للدائن الحاجز، وتعفي المؤسسة من الضمان على النحو المتقدم، حتى ولو اشترط المنتمي عكس ذلك.

وإذا حبس المشتري الثمن، نظراً لعدم وفاء البائع أو المنتمي لبعض التزاماته، كالتزامه بتسليم المبيع أو التزامه بضمان العيوب الخفية، فلا يتصور تحمل الوسيط وزر خطأ المنتمي؛ فلا يجوز لهذا الأخير أن يستفيد من خطئه، وإلا أصبح عقد الضمان أداة للإثراء بلا سبب، أي إثراء المنتمي على حساب الوسيط، وليس لحماية المنتمي من مخاطر تخلف المدين عن الوفاء⁵⁴¹.

فالوسيط لا يضمن إلا المخاطر الاعتيادية، وهو ما يعرف في لغة التجار المخاطر المحسوبة، أما المخاطر غير الاعتيادية، فيتعين على المنتمي إخطار الوسيط بها قبل إبرام عقد الائتمان، وإلا سقط التزام مؤسسة تحويل الفاتورة بالضمان، إلا إذا تم الاتفاق على عكس ذلك.

في حالة المنازعة حول فاتورة معينة من طرف المدين (نزاع تجاري)، يترك الوسيط للمنتمي مهلة تمتد من 30 إلى 60 يوماً، لحل هذا النزاع مع المدين؛ وفي حالة انقضاء الأجل دون التوصل إلى حل النزاع، تقوم مؤسسة الائتمان بتجميد الحساب الجاري للمنتمي، أو تقوم

⁵⁴⁰ - Christian Gavalda: Affacturage, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I, A-B, p.4, n.27.

⁵⁴¹ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 109.

بقيد نفس قيمة الضمان الذي سبق وأن قيدته في الجانب الإيجابي للحساب، بإعادة قيده في الجانب السلبي، دون حذف العمولات التي تبقى من حقها⁵⁴².

وقد قررت محكمة استئناف باريس، أن اصطلاح المنازعة Litige يقصد به الدعوى التي يباشرها المدين ضد دائئه، أما مجرد الاحتجاج Contestation فلا ينهض مبرر لإفلات المؤسسة من ضمانها⁵⁴³.

بج: الامتناع عن الوفاء الراجح إلى الغش المنتمي.

الغش هنا يكون من المنتمي على الوسيط وليس المدين، وللغش أوجه عديدة؛ فقد يستغل المنتمي عقد الائتمان الذي يربطه بالوسيط ليقوم بخلق فواتير وهمية بالاتفاق مع المدينين أو من تلقاء نفسه، وقد يكون حتى المدينين وهميين أي غير موجودين فعلا، وإن وجدوا فلا علاقة لهم على الأقل بهذه العقود الوهمية المنسوبة إليهم⁵⁴⁴.

وقد تكون الفاتورة حقيقية والعقود موجودة فعلا والمدينين حقيقيين أي غير وهميين، لكن المنتمي وبعد إبرام عقد الائتمان وقبل صيرورته نافذا في حق المدين، أي قبل قيام الوكيل بالإخطار، يقوم باستيفاء الحق من المدين، سواء كان متواطئ معه أو غير متواطئ، وسواء كان المدين يعلم بصدور الحوالة أم لا؛ فإن فعل ذلك، رجع عليه الوسيط بالضمان.

نفس الأمر، لو أن المنتمي وبعد إبرام العقد وقبل صيرورته نافذا في حق الغير، تصرف في الحق المحال به تصرفا مناقضا لعقد الائتمان الذي أبرمه مع الوسيط؛ بأن باعه مرة أخرى أو وهبه أو رهنه أو أجرى عليه أي تصرف آخر⁵⁴⁵.

ففي جميع هذه الحالات المذكورة أعلاه، وفي جميع الحالات الأخرى المشابهة والقائمة على أساس الغش، لا ينتج الالتزام بالضمان أثره، وينقضي الالتزام بالائتمان بأثر رجعي وبعد كأن لم يكن.

2: امتناع المدين عن الوفاء الراجح إلى الحق ذاته.

⁵⁴² - Pierre Jude, Technique et Pratique du Factoring, op.cit., p.100.

⁵⁴³ - Paris XV^e Ch., sect. B du 18 mai 1984. Gavalda مشار إليه في مقال

- Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, J.C.P. 1989, éd. E., 15579, n° 4.

⁵⁴⁴ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 61.

⁵⁴⁵ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 146.

بمجرد أن يتم العقد، ينتقل الحق المحال به من المنتمي للوسيط، بكل قيمته وبما له من صفات وما عليه من دفع⁵⁴⁶؛ فيستطيع المدين تبعاً لذلك، أن يتمسك قبل الوسيط بنفس الدفع التي كان يصح له أن يتمسك بها قبل المنتمي.

ما دام الحق نفسه هو الذي ينتقل، فإنه ينتقل بالدفع التي عليه، كما انتقل بالصفات والضمانات التي له؛ فيستطيع المدين أن يتمسك إذن بهذه الدفع قبل الوسيط، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المنتمي⁵⁴⁷. و الدفع قد ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى إنفساخه، كما يمكن للمدين أن يرفض الوفاء للوسيط، لوجود أفضلية للغير عليه في تحصيل الحق.

أ. امتناع المدين عن الوفاء الراجع لانقضاء الحق.

إن ضمان المؤسسة المحولة للفاخرة عدم الرجوع على المنتمي، لا يكون إلا في الحالات المحددة قانوناً و اتفاقاً لأسباب الامتناع عن الوفاء؛ والتي تتمثل كما سبق وأن أوضحنا، إما في عجز عن الوفاء لإفلاس المدين أو إعساره، أو حدوث حالة من حالات القوة القاهرة، وإما رفض المدين الوفاء إذا كان هذا الرفض غير مشروع قانوناً، أي لا يستند إلى أي أساس قانوني؛ أما إذا كان الامتناع عن الوفاء مشروع ويجيزه القانون، فلا يقوم الضمان.

ومن بين حالات الامتناع المشروع عن الوفاء، التي يمكن للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن، حالة انقضاء الحق لسبق الوفاء به أو التقادم أو إتحاد الذمة أو المقاصة أو الإبراء، أو غير ذلك من أسباب الانقضاء؛ سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور العقد أو تالياً له، مادام الحق قد انقضى قبل إعلان أو إخطار المدين بانتقاله.

كما يحدث أن ينقضي الحق بتصرف المنتمي فيه لوسيط آخر، وقام هذا الأخير بإخطار المدين بانتقال الحق قبل الوسيط الأول؛ وبالتالي أصبح العقد نافذاً في حق الوسيط الثاني، وليس في حق الوسيط الأول.

546 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 284.

547 - وهذا ما نصت عليه المادة 248 من القانون المدني الجزائري: " يتمسك المدين قبل المحال له، بالدفع التي يعترض بها قبل المحيل، وقت

نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك، بالدفع المستمدة من عقد الحوالة."

ويجوز أن يكون أحد دائني المنتمي، قد وقع حجرا تحفظيا تحت يد المدين، قبل إخطاره بانتقال الحق؛ وعندئذ يكون للمدين أن يدفع مطالبة الوسيط بالحق كله، بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه⁵⁴⁸.

وإن كان المنتمي هو وارث المدين، وبعد صدور العقد ولكن قبل إخطار المدين به، توفى المنتمي فورثة المدين، وانقضى الحق المحال به بإتحاد الذمة⁵⁴⁹؛ فإن المدين الذي هو نفسه المنتمي⁵⁵⁰، لا يجوز له أن يتمسك بهذا السبب من أسباب الانقضاء؛ كما يستطيع المدين أن يتمسك بالمقاصة⁵⁵¹، إذا كان هناك حق للمدين في ذمة المنتمي، بحيث ينقضي الحق المحال به بالمقاصة⁵⁵².

كل هذه الدفوع ترجع إلى انقضاء الحق، كان المدين يستطيع أن يدفع بها مطالبة المنتمي، فيجوز له أن يتمسك بها قبل الوسيط أو الشركة محولة الفواتير. غير أن هذه الأخيرة يمكنها الرجوع على المنتمي، باعتبار عدم قيام التزام الضمان بعدم الرجوع في حالة انقضاء الحق، لأن عقود تحويل الفاتورة تنص على استبعاد انقضاء الحقوق، من حالات الضمان التي تغطيها المؤسسة⁵⁵³.

بج: امتناع المدين عن الوفاء الراجع إلى أخلية الغير.

يعطي القانون لبعض دائني المدين، الحق في رفع دعوى مباشرة ضد المدين⁵⁵⁴، كالبائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية⁵⁵⁵، والمقاول من الباطن⁵⁵⁶.

548 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 191.

549 - حيث تنص المادة 304/ ف 1، من القانون المدني الجزائري: " إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن و المدين، بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة... "

550 - بموجب اتحاد الذمة.

551 - طبقا لنص المادة 297 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري.

552 - Rodière (René), Reves lange (Jean louis), op.cit., p. 371.

553 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 111.

554 - وكيف بعض الفقه، الطبيعة القانونية لرجوع البائع الأصلي على المدين بضمن البضاعة المبيعة المحتفظ بملكيتها، بأنها دعوى مباشرة ناقصة. -Martin (D), Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété, D. 1986, Chr. P.233.

555 - و هذه الحالة، تفترض قيام المنتمي " المشتري الأول"، ببيع البضائع المحتفظ بملكيتها، قبل إيفاء ثمنها إلى البائع الأصلي، ثم نقله لحقه في الثمن، قبل "المشتري الثاني"، لمؤسسة تحويل الفاتورة.

فامتناع المدين عن الوفاء للوسيط، لوجود أولوية لدائنين ممتازين، يعطي الحق لمؤسسة تحويل الفاتورة بالرجوع بالضمان على المنتمي؛ ولا يمكن لهذا الأخير في هذه الفروض، التمسك بضمان عدم الرجوع عليه من قبل الوسيط، لأن امتناع المدين هنا ليس مرجعه مركز المدين المالي أو تعنته في الوفاء، وإنما لوجود أفضلية للغير على حق المنتمي⁵⁵⁷.

وقد يكون الوسيط أفضل مرتبة من الغير، لكن المدين يفي للغير لعدم علمه بانتقال حق المنتمي للوسيط، باعتبار أنه لم يتم إخطاره بعد؛ ومن ثمة لا يتصور وهو حسن النية، إجباره على الوفاء مرتين، وإنما يعود الوسيط على المنتمي، لعدم احترامه لالتزامه بإخطار المدين⁵⁵⁸.

3- امتناع المدين عن الوفاء الراجع إلى العقد.

يستطيع المدين، أن يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الائتمان المبرم بين المنتمي والوسيط؛ ومثال ذلك أن يكون العقد باطلا، وهو سند الوسيط في الرجوع على المدين، فيمكن لأطراف العقد، كما يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان⁵⁵⁹، والمدين من أصحاب المصلحة في بطلان العقد، وبالتالي يمكنه التمسك بهذا الدفع.

أما إذا كان عقد الائتمان قابلا للإبطال لمصلحة المنتمي، فإن هذا الأخير هو وحده الذي يستطيع التمسك بإبطال العقد ولا يستطيع المدين ذلك، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته. كما لا يستطيع أن يتمسك المدين بالإبطال باسم المنتمي، لأنه ليس دائنا له بل مدينا⁵⁶⁰؛ فلا يبقى أمامه إلا أن يدخل المنتمي خصما في الدعوى، التي يرفعها عليه الوسيط، ويطلب منه إما أن يتمسك بإبطال العقد، وإلا دفع المدين الحق محل العقد للوسيط، معتبرا سكوت المنتمي عن التمسك بإبطال العقد، إجازة ضمنية منه له.

556 - المقاول من الباطن، يتمتع بحماية خاصة يقرها القانون، تسمح له بالرجوع مباشرة، على المدين، في حالة تخلف المقاول الأصلي، عن الوفاء بالدين.

557 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 112.

558 - طبقا لنص المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري الجزائري.

559 - عاطف نقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، 1988، ص 355.

560 - كما أنه يعتبر من جهة أخرى، المدين ليس طرفا في عقد تحويل الفاتورة، رغم أن آثاره القانونية، تنسحب عليه، و فوق ما سبق شرحه، بالطبيعة الثنائية للعقد ضمن العملية ثلاثية الأطراف. و بما أنه طرفا غريبا عن العقد، فإنه لا يستطيع التمسك بالإبطال، المقرر فقط، لمصلحة من شرع الإبطال لمصلحتهم أو لحمايتهم، و هو المنتمي في هذا الفرض.

وهذا هو أيضا شأن ما إذا كان العقد قابلا للفسخ، لسبب رفض الوسيط الوفاء بالتزاماته المخولة قانونا بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، كأن يرفض مثلا قيد قيمة الفاتورة في الجانب الإيجابي للحساب الجاري، الذي فتحه خصيصا لصالح المنتمي، فيكون لهذا الأخير أن يفسخ العقد، تطبيقا للقواعد العامة للفسخ⁵⁶¹.

غير أنه ليس للمدين أن يتمسك بالفسخ، والذي يتمسك به هو المنتمي؛ وللمدين أن يدخل المنتمي خصما في الدعوى، ولهذا الأخير أن يطالب بفسخ العقد، وإلا كان المدين ملزما بدفع الحق محل العقد، ثم يطالب المنتمي الوسيط بثمن الفاتورة التي حصلها من المدين.

⁵⁶¹ - طبقا لنص المادة 119، من القانون المدني الجزائري.



الباب الثاني
الأثار القانونية لعقد تحويل
الفاخرة

بعد دراستنا للطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة في الباب الأول من بحثنا هذا، سنأتي على دراسة الآثار القانونية لهذا العقد، من خلال ثلاثة محاور أساسية تشكل جوهر تفرد وتميز هذا العقد.

نظرا لخصوصية عقد تحويل الفاتورة، التي وقفنا عليها في الفصل التمهيدي والباب الأول من بحثنا؛ فإن دراستنا للآثار القانونية لهذا العقد، سوف تجانب التوجه التقليدي المعتمد في دراسة الآثار القانونية للعقود الكلاسيكية، التي تكون عادة من خلال التطرق لحقوق والتزامات أطراف العقد.

ولأن هذا الجانب ارتأينا دمج وتناوله في الفصل الثاني من الباب الأول المتعلق بالشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة، فإن دراستنا للآثار القانونية لهذا العقد، سوف تكون من خلال تناولنا بالدراسة والتحليل، لثلاث مسائل رئيسة تشكل جوهر وأساس آثار انتقال الحق من المنتمي للوسيط، في عقود تحويل الفاتورة.

تتمثل الإشكالية الأولى، التي سنتعرض لها بالدراسة في الفصل الأول من هذا الباب، في الآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط، من خلال الحفاظ على حقوق وضمانات الوسيط، في مواجهة المنتمي والغير؛ كما أننا سنتطرق في هذا الفصل، لمجموعة الأساليب القانونية التي اعتمدها التشريعات المقارنة والفقهاء المقارن، لمعالجة إشكالية تزام الوسيط مع الغير، حول ملكية الحق محل الحوالة أو الحلول.

بعد أن تعرضنا لأهم التزامات وحقوق أطراف عقد تحويل الفاتورة، في الفصل الثاني من الباب الأول، نتعرض في الفصل الثاني من هذا الباب للمسؤولية الناشئة عن العقد بسبب خطأ الوسيط والمنتمي، الناجم عن عدم وفاء أحدهم لالتزاماته في مواجهة الطرف الآخر؛ أو عن تعمد أحد أطراف العقد الغش والنصب والتواطؤ الذي، من شأنه إلحاق الضرر بأحد أطراف العقد أو الغير الأجنبي عن هذا العقد.

في الفصل الثالث والأخير من هذا الباب، سنتناول بالدراسة إشكالية مدى ملائمة وقابلية الحقوق التجارية التي اشتراها الوسيط من المنتمي، في أن تتحول لأوراق مالية قابلة للتداول في البورصة أو أسواق الأموال؛ وهذا من خلال دراسة، مدى إمكانية تمتع مؤسسة

تحويل الفاتورة بالشروط القانونية، التي تسمح لها بالبداية في إجراءات التنازل، عن الحقوق المراد توريقها؛ ومدى ملائمة نظام التوريق، لطبيعة الحقوق التجارية التي تم تحويلها أو شراءها، بمقتضى عقد تحويل الفاتورة؛ كما سنتطرق إلى أهم الإجراءات التي ترافق عملية انتقال الحقوق التجارية، من السوق المصرفية إلى سوق الأموال أو البورصة.

وبناء عليه، فإننا سنتناول بالدراسة في هذا الجزء من بحثنا ثلاث إشكاليات رئيسة تدخل في الآثار المترتبة عن عقد تحويل الفاتورة، هذه الإشكاليات تتمثل في:

- ماهي الآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط، من خلال الحفاظ على حقوق و ضمانات الوسيط، في مواجهة المنتمي والغير؟

- ماهي عناصر وأركان قيام المسؤولية الناشئة عن العقد بسبب خطأ الوسيط والمنتمي، الناجم عن عدم وفاء أحدهم لالتزاماته في مواجهة الطرف الآخر، أو عن تعمد أحد أطراف العقد الغش والنصب والتواطؤ الذي، من شأنه إلحاق الضرر بأحد أطراف العقد أو الغير الأجنبي عن هذا العقد؟.

- ما مدى ملائمة وقابلية الحقوق التجارية التي اشتراها الوسيط من المنتمي، في أن تتحول لأوراق مالية قابلة للتداول في البورصة أو أسواق الأموال؟.

وعليه، فإن خطة هذا الباب ستكون على النحو التالي:

الفصل الأول: الآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط.

الفصل الثاني: المسؤولية الناجمة عن عقد تحويل الفاتورة.

الفصل الثالث: عقد تحويل الفاتورة و آلية توريق الديون.

الفصل الأول: الآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط.

عقد تحويل الفاتورة، هو عقد ثنائي في نشأته متعدد في نفاذه وآثاره، وإن هذا التعدد يجعل الوسيط في مواجهة المنتمي من جهة، وفي مواجهة المدين والغير من جهة ثانية؛ وضمانا لحقه المنتقل إليه بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، ثم وضع آليات قانونية مستمدة من الأساس القانوني للعقد، لضمان الحفاظ على حقوق وضمانات الوسيط في مواجهة المنتمي والغير.

ورغم هذه الضمانات، فإن الوسيط غالبا ما يجد نفسه في مواجهة تزامم من الغير حول ملكية الحق محل الحوالة أو الحلول؛ ولفض مثل هذا التزامم، تم اعتماد مجموعة من الأساليب القانونية مستمدة بدورها من أساس هذا العقد القانوني سنأتي على ذكرها بالتفصيل. وعليه سنفصل دراسة هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: الحفاظ على حقوق و ضمانات الشركة محولة الفواتير.

المبحث الثاني: الأولوية في استفاء الحق بين الوسيط و الغير.

المبحث الأول: الحفاظ على حقوق وضمانات الشركة محولة الفواتير.

ينتقل حق المنتمي إلى مؤسسة تحويل الفاتورة، سواء كان محالاً لها أو موفياً لها بما يرد عليه من دفع وما يلحقه من عيوب. وينص القانون المدني في الأحكام الخاصة بحوالة الحق، على حق المدين التمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل⁵⁶²؛ كما أن المحيل من جهة أخرى أو المنتمي، يلتزم بمبدأ عدم إضراره برجوع الوسيط على المدين، وأن يتمتع عن كل ما من شأنه أن يضر برجوعه على مدينه.

على عكس انتقال الحقوق في الأوراق التجارية، التي يحكمها الطابع التطهيري، فلا مجال لسريان هذا الطابع في انتقال الحقوق الثابتة في الفواتير محل عقد تحويل الفاتورة؛ ذلك أن الحقوق المنتقلة لشركة تحويل الفاتورة، تنتقل لهذه الأخيرة بما تتمتع به من ضمانات وتأمينات وبما يرد عليها من دفع.

كما أن هناك مبدأ آخر يحكم التزامات المنتمي، وهو مبدأ عدم إضرار الموفى له برجوع الموفى على المدين. ولتجنب أي نزاع مع المدين أو الغير، فإن الوسيط يسعى بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، وبموجب الأحكام العامة للضمان التي توفرها حوالة الحق باعتبارها آلية انتقال الحق في عقود تحويل الفاتورة، إلى إلزام المنتمي بأن يسهل له عملية تحصيل الحق، وهو الضمان الذي يقابل ضمان الوسيط بعدم الرجوع. فإذا كان الوسيط يضمن للمنتمي عدم الرجوع عليه في حالة عدم استفاء الحق، فإن المنتمي يضمن بالمقابل وجود هذا الحق، وعدم الإضرار بالوسيط في رجوعه على مدينه، وإخطاره بكافة الحوادث التي يمكن أن تعرض رجوعه للخطر. وعليه سنتطرق في هذا الجزء من بحثنا، لآليتين جوهريتين من آليات ضمان انتقال الحق في عقد تحويل الفاتورة؛ حيث نتناول في الجزء الأول منه الضمانات المتعلقة بالحق محل التحويل، وفي الجزء الثاني التزام المنتمي بضمان الدين المحال به للوسيط، وهذا وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: الضمانات المتعلقة بالحق محل التحويل.

المطلب الثاني: التزام المنتمي بضمان الدين المحال به إلى الوسيط.

⁵⁶² - حيث تنص المادة 248 من القانون المدني الجزائري " يتمسك المدين قبل المحال له بالدفع التي يعترض بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له التمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة."

المطلب الأول: الضمانات المتعلقة بالحق محل التحويل.

باعتبار عقد تحويل الفاتورة حوالة للحقوق، فإنه يتيح للمنتمي حق إثارة جميع الدفع، التي كان له إثارها في مواجهة الدائن الأصلي أي المنتمي⁵⁶³؛ ذلك أن الديون موضوع عقد تحويل الفاتورة، تنتقل للوسيط بما تتمتع به من ضمانات وتأمينات لضمان استيفائها، وكذلك بما يرد عليها من دفع، وبما يلحق بها من عيوب⁵⁶⁴.

سنتناول في دراستنا للضمانات المتعلقة بالحق محل التحويل، انتقال الدين أو الحق بصفاته ودفعه في الفرع الأول، وانتقال توابع الحق في الفرع الثاني؛ وهذا على النحو التالي:

الفرع الأول: انتقال الدين بصفاته و دفعه.

الفرع الثاني: انتقال توابع الدين المحال به.

الفرع الأول: انتقال الدين بصفاته و دفعه.

تنتقل ملكية الحق محل عقد تحويل الفاتورة، من المنتمي إلى الوسيط بمجرد إبرام العقد، ودونما الحاجة إلى أي إجراء آخر⁵⁶⁵. ذلك أن الحق محل العقد، وإن كان حقا شخصيا فإنه يعتبر منقولاً معينا بالذات، وبالتالي تنتقل ملكيته بمجرد إبرام عقد الائتمان، أي حتى قبل أن يكون نافذا في حق المدين وفي حق الغير بالإخطار.

ينتقل الحق بنفس صفاته ودفعه، فإن كان حقا مدنيا أو تجاريا، انتقل بصفته هذه إلى الوسيط⁵⁶⁶؛ وكذلك إذا كان الحق منتجا للفوائد، ينتقل إلى الوسيط بهذه الصفة، أو أن للحق مدة تقادم محددة، أو أن السند المثبت له واجب التنفيذ.

وكما ينتقل الحق بصفاته، فإنه ينتقل كذلك بدفعه، فيصح للمدين أن يتمسك قبل الوسيط بنفس الدفع، التي كان يصح له أن يتمسك بها قبل المنتمي، أو الدائن الأصلي، وبالتالي انعدام الطابع التطهيري للعقد⁵⁶⁷.

⁵⁶³ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 176.

⁵⁶⁴ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 284.

⁵⁶⁵ - لأن الإخطار أو التبليغ، الذي جاء به المشرع الجزائري، بموجب نص الادة 543 مكر 15 من القانون التجاري، هو لازم فقط لنفاذ العقد في حق المدين، و ليس لنشأته.

⁵⁶⁶ - وإن كان من غير الممكن، إصباغ صفة أخرى، غير الصفة التجارية، على الحقوق أو الديون، محل عقد تحويل الفاتورة.

يترتب على ذلك، أنه بعد انعقاد العقد و قبل صيرورته نافذا في حق المدين، يتمتع على المنتمي أن يطالب بالحق الثابت في الفاتورة، فإذا وفاه المدين وهو حسن النية لا علم له بالحوالة، فإن الوفاء يكون صحيحا ومبرئا للذمة من جانب المدين⁵⁶⁸، مع بقاء مسؤولية المنتمي بالضمان قائمة جهة الوسيط⁵⁶⁹.

والدفع التي يحتج بها المدين في مواجهة الوسيط، إما أن تكون مرتبطة بالحق محل المحول أو مستقلة عنه⁵⁷⁰، كما يمكن كذلك تقسيمها إلى ثلاثة أنواع:

1- الدفع المتعلقة بالتصرف القانوني المنشئ للحق.

2- الدفع المتعلقة بعمل لاحق على انتقال الحق للوسيط.

3- الدفع المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة.

أولاً: الدفع المتعلقة بالتصرف القانوني المنشئ للحق.

نقصد بالتصرف القانوني المنشئ للحق، علاقة الدين الأساسية التي تربط المدين بالدائن الأصلي -المنتمي-، والتي تولد عنها الحق الذي تمت حوالاته للوسيط بمقتضى عقد تحويل الفاتورة.

يدخل في إطار هذه الحقوق، الدعوى القضائية لملاحقة المدين، وبصفة عامة الدعاوى التي تؤكد الحق، والتي ترتبط ارتباطا مباشرا بصفة الدائن وليس بصفة المتعاقد⁵⁷¹.

الدعاوى البولصية والدعوى المباشرة، هي دعاوى يمارسها الدائن بالدين بغض النظر عن صفته، عند إبرام العقد الأصلي المنشئ للحق محل المطالبة، سواء كان طرفا أصيلا فيه أو طرفا أجنبيا. وكل من انتقل إليه هذا الحق وأصبح دائنا به، له أن يباشر هذه الدعاوى، لأنها تلتصق بصفة الدائن وليس بصفة المتعاقد⁵⁷².

567 - و يقصد بالطابع التطهيري للعقد، عدم الاحتجاج بالدفع أو تطهير الدفع، و هي تنتج عادة عن عملية تطهير الأوراق التجارية.

568 - و بحسب الاجتهاد القضائي الفرنسي، فإن وفاء المدين حسن النية للمنتمي أو الدائن الأصلي صحيحا، إذا تم قبل تبليغه بحصول حوالة الحق، أي انتقال الحق للوسيط.

- Cass.com., 4 oct. 1982, J.C.P., 1982-IV-367.

569 - CH. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J.C.P; G., 1966-I-2044-61.

570 - Rodière(R).Rives Lange (J-L), droit bancaire, Op.cit. p.361.

571 - حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، 1996، ص 331.

572 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 277.

عندما نقول المتعاقد، فإننا نقصد بطبيعة الحال المتعاقد الذي أبرم العقد الأصلي الذي ينشئ الحق محل المطالبة، ونقصد به في عقد تحويل الفاتورة المنتمي، وهذا الأخير هو المتعاقد وهو الدائن الأصلي بالحق؛ وبعد إبرام عقد الحلول، يحتفظ المنتمي بصفة المتعاقد بما يترتب على هذه الصفة من حقوق ودعاوى و امتيازات، بينما تنتقل صفة الدائن إلى الوسيط، بما يرتبط بهذه الصفة من دعاوى وحقوق.

فإذا كان عقد البيع الذي يربط المنتمي بالمدين باطلا، فإن حوالة الحق الناجم عن هذا العقد لا يظهر العقد المنشئ له، و بالتالي يجوز للمدين أن يتمسك بهذا البطلان في مواجهة الوسيط⁵⁷³؛ وهو الموقف التي تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 9 ماي 1977، بجواز تمسك المدين بالدفع المتعلق ببطلان العقد الأساسي الذي يربطه بالدائن الأصلي، في مواجهة الدائن الجديد، لأن هذا الدفع يتعلق بالعقد المنشئ للحق محل المطالبة من المحال له⁵⁷⁴.

فانتقال ملكية الحق، من المنتمي للوسيط بموجب عقد تحويل الفاتورة، لا يؤدي إلى تطهير الحق من العيوب العالقة به، سواء كانت هذه العيوب مبطللة للعقد الأساسي بطلانا مطلقا أو تجعله قابلا للإبطال؛ فالذي ينتقل من المحيل إلى المحال له هو ذات الحق الذي كان ثابتا للأول⁵⁷⁵، وهو ينتقل مهدد بنفس الدفع التي كانت تهدده من قبل⁵⁷⁶.

⁵⁷³ - فهو حق كما قدمنا، مكرس للمدين باعتباره طرفا في العقد الأساسي المنشئ للحق.

⁵⁷⁴ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 287.

- Cass.com., 9 mai 1977, J.C.P., 1977-II-18744, Note A.S.

⁵⁷⁵ - نقض مدني مصري، 1967/11/23، و فيه: (حوالة الحق لا تنشئ التزاما جديدا في ذمة المدين، بل تنقل الالتزام الثابت أصلا في ذمته من دائن إلى دائن آخر).

- مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة 18، رقم 263، ص 1744.

- و أيضا نقض مدني مصري، 1977/03/22، مجموعة أحكام النقض، السنة 28، رقم 133، ص 732.

⁵⁷⁶ - نقض مدني مصري، 1990/06/11، و قد جاء فيه: (ينتقل الحق بجميع مقوماته و خصائصه و توابعه، ومنها الدعاوى التي تؤكد إلى المحال عليه و كذلك ما عليه من دفع كان للمحال عليه مجاهمة الخيل بها، وقت إعلان الحوالة أو قبولها، و من ذلك الدفع بانقضاء الحق المحال به).

- مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة 41، رقم 221، ص 283، العدد الثاني.

ثانياً: الدفع المتعلقة بالتصرفات اللاحقة عن نشأة العقد الأصلي.

يقصد بهذا النوع، الدفع التي تظهر بعد نشأة العقد الأساسي المبرم بين المنتمي والمدين، والذي أنشأ الحق أو الحقوق التي تمت حوالتها للوسيط، بمقتضى عقد تحويل الفاتورة⁵⁷⁷؛ فالمدين كان له التمسك في مواجهة الدائن الأصلي، بانقضاء الدين بسبب الوفاء أو المقاصة، أو الدفع بعدم تنفيذ العقد أو فسخه.

واعتبر الفقه الفرنسي⁵⁷⁸، أنه يجوز للمدين التمسك بهذه الدفع، حتى ولو ظهرت بعد إبرام عقد تحويل بين المنتمي والوسيط، وانتقال ملكية الحقوق من الأول للثاني.

1- الدفع المتعلقة بانقضاء الحق.

إذا كان الحق محل عقد تحويل الفاتورة، قد انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء القانونية، فإنه يمكن للمدين التمسك بهذا الدفع في مواجهة الوسيط.

فإذا أوفى المدين للمنتمي أو الدائن الأصلي، بقيمة الدين الذي في عاتقه عليه، انقضى الدين بالنسبة للمدين بسبب هذا الوفاء، إذا كان هذا الأخير - أي المدين - حسن النية لا يعلم بحالة هذا الحق للوسيط. وحسن نية المدين يفترض، أن الوفاء تم قبل حصول التبليغ بالحالة، طبقاً لنص المادة 543 مكرر من القانون التجاري.

أما إذا علم المدين بالحالة بالتبليغ أو بأي طريق آخر، فإن وفاءه في هذه الحالة بالدين للمنتمي رغم علمه بحالته للوسيط، لا يبرأ ذمته في مواجهة الوسيط⁵⁷⁹، ويمكن تبعا لذلك إجباره بالوفاء مرة ثانية للوسيط بنفس الدين⁵⁸⁰.

كما يمكن للمدين، التمسك بالمقاصة بين حقه وحق المنتمي أو أن يطلب إجراءها بين الحقين، إذا نشأت شروط هذه المقاصة قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة. وتكون هذه المقاصة نافذة

⁵⁷⁷ - نادر عبد العزيز شافى، المرجع السابق، ص 290.

⁵⁷⁸ - Le toux (Janine), le contrat de factoring, thèse, Rennes, 1977. P. 267.

⁵⁷⁹ - وهذا ما قرره الغرفة التجارية لحكمة النقض الفرنسية، في قرارها الصادر في 15 أكتوبر 1996:

- « Les paiements au créancier originaire, postérieurement au transfert des créances ayant fait l'objet d'un contrat de factoring, ne sont pas libératoires à l'égard du débiteur, dès lors que celui-ci connaissait l'existence dudit contrat lorsqu'ils sont intervenus. »

- Cass.com, 15 octobre 1996, RJDA.1/1997, n 91.

⁵⁸⁰ - نادر عبد العزيز شافى، المرجع السابق، ص 291.

في حق الوسيط، لأن الحق الذي انتقل لهذا الأخير، انقضى قبل انتقاله بسبب المقاصة، و لا يبقى للوسيط سوى الرجوع على المنتمي، لوقوع عقد تحويل الفاتورة على حق غير موجود⁵⁸¹.

2- الدفع بعد تنفيذ العقد أو فسخه.

إذا امتنع الدائن الأصلي-المنتمي- عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الأصلي، أو اكتشف المدين عيوباً خفية في الشيء المبيع، فإنه يجوز للمدين الدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ⁵⁸².

وهناك صعوبة كبيرة تثور عند تكييف دعوى الفسخ، فهل هي من الدعاوى المرتبطة بصفة الدائن كما يرى الفقيه "لارومييه" وكما يرى الفقيه السنهوري، وبالتالي تنتقل مع الحق إلى الوسيط؛ أم هي من الدعاوى المرتبطة بصفة المتعاقد، كما يرى الفقيه "كابريك" وريوند" وجانب من الفقه، وبالتالي لا تنتقل مع الحق إلى الوسيط.

فأما الأستاذ السنهوري، فيرى أن دعوى الفسخ هي بمثابة ضمان للبائع لاستيفاء حقه من المشتري، وتعديل حق الامتياز على المبيع، ومن تم تنتقل دعوى الفسخ بالحوالة من المحيل إلى المحال له⁵⁸³، وهو نفس ما ذهب إليه الفقيه "لارومييه"⁵⁸⁴. أما أصحاب الاتجاه الثاني، وعلى رأسهم "كابريك" و"ريوند"، فيرون أن دعوى الفسخ تنتمي إلى صفة المتعاقد، فالمحال له يطلب الفسخ بصفته متعاقداً في عقد ملزم للجانبين⁵⁸⁵.

الصعوبة تكمن في كوننا أمام عقدين، وأمام ثلاثة مراكز قانونية، ففي العقود الكلاسيكية هناك عقد وهناك مركزان قانونيان، هما مركزا المتعاقدين. بينما في عقد تحويل الفاتورة نكون أمام عقدين، العقد الأول هو العقد الرابط بين المنتمي والمدين، وهو عقد بسيط عادة ما يكون عقد بيع أو توريد للبضائع، وعقد ثاني وهو الرابط بين الوسيط والمنتمي، وهو عقد ائتمان.

⁵⁸¹ - Raynaud (Pierre), Les Contrats Ayant Objet une Obligation, Cours, D.E.A., Paris II, 1978,1989, Les Cours de Droit. P.99.

⁵⁸² - Cass.com., 9 mai 1977, Dalloz et sirey, 1978, I.R., n.209, Obs. M. Vasseur.

⁵⁸³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 498.

⁵⁸⁴ - Larroumet (Christian), les opérations juridiques à trois personnes, p. 142 et s.

⁵⁸⁵ - Raynand (Pierre), les contrats ayants pour objet un obligatoire, les cours de droit, 1978- 1979, p133.

- Cabrillac (M), Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance, D.1990. p.118, n 28.

الملاحظ أن المنتمي طرفا في العقدين معا، بينما المدين طرفا في العقد الأول فقط، والوسيط طرفا في العقد الثاني، وبالتالي فهما أجنبيان عن بعضهما البعض؛ فكيف لطرف أجنبي عن عقد أن يطالب بفسخه أو إبطاله؟، خاصة إذا علمنا أن الحق الذي ينتقل إلى الوسيط هو ذات الحق محل العقد، الذي يربط بين المنتمي والمدين.

فانتقال هذا الحق إلى الوسيط بمقتضى عقد الحوالة، يخول لهذا الأخير التمسك باقتفائه في مواجهة المدين به، والتمسك بجميع الدعاوى التي تؤكد، غير أنه لا يخول له فسخ أو إبطال العقد المنشئ لهذا الحق، لأنه طرف أجنبي عنه. فهو يتمتع بصفة الدائن، وكل ما يرتبط بهذه الصفة من توابع و دعاوى وحقوق، بينما لا يتمتع بصفة المتعاقد، على عكس المدين الذي يتمتع بهذه الصفة الأخيرة. أما في عقد الائتمان، فيمكن للوسيط أن يتمسك بدعوى الفسخ أو الإبطال في مواجهة المنتمي، باعتبار أنه طرفا في العقد الائتماني.

الوحيد الذي له حق التمسك بدعوى الفسخ في مواجهة المدين هو المنتمي، كما للمدين حق التمسك بدعوى الفسخ في مواجهة هذا الأخير، وفي مواجهة الوسيط⁵⁸⁶؛ وبالتالي فإن المدين إذا رفض الوفاء بالدين للوسيط، فإنه يكون في مواجهة دعويان:

الدعوى الأولى: وهي دعوى التنفيذ الجبري، وهي التي يتمسك بها الوسيط في مواجهته باعتباره دائنا.

الدعوى الثانية: وهي دعوى الفسخ، وهي التي يتمسك بها المنتمي في مواجهته باعتباره متعاقدا، أو باعتبار توافر شروط الفسخ؛ أي أن المنتمي وفي جميع التزاماته أو مستعد للوفاء بها، وأن المدين يرفض الوفاء.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن هذه الدعوى الأخيرة، لا يمكن للوسيط أن يلزم المنتمي بها، باعتبار شرط ضمان عدم الرجوع، إلا إذا رضي المنتمي من تلقاء نفسه التمسك بها، أو إذا سقط هذا الشرط كما سبق وأن أوضحناه.

كما أن المنتمي من جهة أخرى، يلتزم بمبدأ عدم إضراره برجوع الوسيط على المدين، وأن يتمتع عن كل ما من شأنه أن يضر برجوعه على مدينه، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني من بحثنا هذا.

⁵⁸⁶ - Cass.com., 9 mai 1977, Dalloz et Sirey, 1978, I.R., n.209, obs. M. Vasseur.

أما المدين، فيجوز له الدفع بسوء أو عدم تنفيذ العقد من جانب الوسيط، باعتباره أصبح مالكا للحقوق التي في ذمة المدين؛ وهو الحق الذي كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي في معظم قراراته الصادرة في هذا المجال، ومنها القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1974/11/5، والذي جاء فيه أن المدين يمكنه الدفع بعدم تنفيذ العقد أمام الوسيط، الذي حل محل المنتمي في حقوقه على المدين⁵⁸⁷.

وبما أن الحق ينتقل في عقد تحويل الفاتورة، بما فيه من عيوب كما قدمنا، فإنه يدخل ضمن هذه العيوب، العيوب الخفية التي تظهر عادة بعد مدة من استلام الشيء المبيع؛ ومن ثم يمكن للمدين الدفع أمام الوسيط بوجود العيوب الخفية، ما دام هناك ارتباط بين حق المنتمي في الثمن، وحق المدين في فسخ العقد أو إنقاص الثمن لوجود هذه العيوب الخفية، وهو الحكم الذي قرره محكمة النقض الفرنسية، في قرارها الصادر في 1977/5/9⁵⁸⁸.

إذا كان للمدين الحق في التمسك بالدفع المتعلقة بالتصرف القانوني المنشأ للحق، والدفع المتعلقة بانقضاء الحق أو عدم تنفيذه، باعتباره طرفا أصيلا إلى جانب المنتمي في العقد الأصلي المنشأ للحق؛ فهل يجوز للمدين التمسك بالدفع المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة، الذي لا يعتبر طرفا مباشرا فيه، وإن كانت آثاره تسري عليه؛ هذا ما سنحاول معرفته، بتطرقنا للدفع المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة.

ثالثا: الدفع المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة.

يقصد بهذا النوع؛ الدفع الناشئة عن عقد تحويل الفاتورة المبرم بين المنتمي (بائع الديون) والوسيط (مشتري الديون)، كالدفع الناشئة عن عيوب لحقت بهذا العقد⁵⁸⁹.

وبما أن المدين ليس طرفا في عقد تحويل الفاتورة، وإن كانت آثار هذا الأخير تتصرف إليه، بإنشائه التزاما في ذمته لمصلحة الوسيط⁵⁹⁰؛ فلا يجوز للمدين بحسب الأصل أن يدفع في مواجهة الوسيط، بالعيوب أو الشروط المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة.

587 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 182.

588 - نفس المرجع، ص 185.

589 - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 296.

590 - و إن كانت القاعدة العامة التي جاءت بها نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري، تمنع أو تحرم أن يرتب العقد التزاما في ذمة الغير. و لأن الخاص يقيد العام، فإن النصوص القانونية التي تحكم عقد تحويل الفاتورة تبيح الخروج عن هذه القاعدة العامة.

فإذا كان عقد تحويل الفاتورة قابلاً للإبطال، فالقاعدة العامة أنه لا يجوز التمسك بهذا البطلان النسبي، إلا من قبل أطراف العقد وهما المنتمي أو الوسيط؛ أو بتعبير أدق إلا من قبل من شرع له أو لمصلحته هذا البطلان⁵⁹¹. أما إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فطبقاً لنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان. ولأن المدين تتسحب عليه آثار عقد تحويل الفاتورة، بإلزامه بالوفاء بالدين للوسيط عوض المنتمي؛ فإنه يدخل لا محالة ضمن طائفة أصحاب المصلحة المشروعة، الذين يحق لهم التمسك ببطلان العقد، كالبطلان الناشئ عن مخالفة النظام العام والآداب العامة.

الفرع الثاني: انتقال توابع الدين المحال به.

من العناصر الرئيسية، التي يعتمد عليها الوسيط ويحرص على توافرها عند انتقال الحق إليه، التوابع "les accessoires"، التي تضمن وفاء مدين المنتمي بقيمة الحق الأصلي، الذي ينتقل إليه مع ذات الحق. فضمانات الحق هي من توابعه، ومن شأنها أن تؤكد وتقويه؛ وإن لم يكن هناك اتفاق خاص بين المنتمي و الوسيط، على عدم انتقال هذه الضمانات أو بعضها، فإنها تنتقل من غير حاجة إلى ذلك⁵⁹².

واكتفت اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق في مجال التجارة الدولية، بالنص على صحة شروط العقد، التي تقضي بانتقال امتيازات و ضمانات المنتمي المتولدة عن عقد البيع المبرم مع مدينيه، ومن بينها الملكية المحتفظ بها إلى المؤسسة؛ غير أنها لم تتضمن نصاً، يقرر النقل التلقائي لتوابع الحق إلى الوسيط مع الحق الأصلي⁵⁹³.

591 - طبقاً لنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري.

592 - أي أنها تنتقل بقوة القانون.

593 - و تنص المادة 07 من اتفاقية أوتاوا على:

" Dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturation, le contrat peut valablement prévoir le transfert, directement ou par un nouvel acte, de tout ou partie des droits du fournisseur provenant de la vente de marchandises, y compris le bénéfice de toute disposition du contrat de vente de marchandises réserve au fournisseur la propriété des marchandises ou lui conférant toute autre garantie.

- Sous <http://A: www.conventiond'unidroit.org>

ولتحديد توابع الحق، ينبغي التمييز بين ثلاثة مراكز قانونية مختلفة، تتمثل في الدائن والحق محل الحوالة والمتعاقد. فهناك الدعاوى والحقوق التي تلتصق بالحق نفسه وتعتبر تابعة له، كما أنه هناك الحقوق والدعاوى التي تلتصق بصفة الدائن؛ وأخيرا الحقوق والدعاوى المتعلقة بصفة المتعاقد؛ وهذا الاتجاه هو الذي أخذ به جانب من الفقه⁵⁹⁴.

أما جانب آخر من الفقه⁵⁹⁵، فيرى أن التابع هو مزية تتبع الحق وتلتصق بالذمة المالية لأصحابه المتعاقدين، إما باتفاق الأطراف أو بنص القانون، ويكون الغرض منه تقوية الحق وتيسير سبل تحصيله؛ وكما يرى أنصار هذا التوجه، وعلى رأسهم الفقيه كابريراك، فإن هذا التابع الذي يأخذ شكل حق Droit، أو دعوى Action، أو تأميننا بالمعنى التقليدي Sûreté، يؤمن خدمة إستثنائية للحق Service exclusif⁵⁹⁶.

وتطبيق الاتجاهين يفضي إلى نتائج متماثلة إلى حد بعيد، يمكن حصرها فيما يلي:

1- انتقال التوابع المتعلقة بالحق ذاته.

وهي الحقوق والدعاوى التي تلتصق بالحق نفسه وتعتبر تابعة له، مثل حق المطالبة بالتنفيذ، وحق الحصول على الفوائد والكفالة والرهن، والامتيازات التي تضمن الحق، وهذه التوابع تلازم الحق في انتقاله⁵⁹⁷.

2- انتقال حق المطالبة بالتنفيذ.

انتقال الحق إلى الشركة محولة الفواتير، يقتضي إلزام المنتمي بتسليم الأول سند هذا الحق، والوسائل التي تؤدي إلى إثباته؛ وبما أن الفاتورة المتضمنة الدين محل العقد، هي سند الحق في عقد تحويل الفاتورة، فيقع عادة أن يدون انتقال الحق على نفس الفاتورة، ويسلمه المنتمي إلى الوسيط كسند لانتقال الحق من جهة، وكسند لوجوده من جهة أخرى.

ويقصد بانتقال حق المطالبة بالتنفيذ، انتقال السند التنفيذي للحق إلى الوسيط⁵⁹⁸، ويمكن لهذا الأخير أن يستعمله في التنفيذ الجبري execution forcée؛ وبالتالي يلتزم المنتمي

⁵⁹⁴ - لتفصيل أكثر حول تقييم لاروميه لتوزيع الحق يمكن الوصول إلى مؤلفه:

- Larroumet (CH), les opérations juridiques à trois personnes, en droit Privé, p. 125 et s.

⁵⁹⁵ - Cabrillac (Michel), les accessoires de la Créance, p. 115.

⁵⁹⁶ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 83.

⁵⁹⁷ - A.Waill, La relativité des conventions en droit privé français, thèse Strasbourg, 1938.

⁵⁹⁸ - وهذا الالتزام وإن لم يرد النص عليه في التشريع الجزائري، إلا أنه تقتضيه طبيعة الأشياء.

بتمكين الوسيط من جميع السندات التي تضمن وجود الحق من جهة، وتلك التي تضمن تنفيذه من جهة أخرى⁵⁹⁹.

3- انتقال حق الحصول على الفوائد والأقساط.

هذا ما سبق وأن أشرنا إليه، من أن الحق ينتقل بصفاته من المنتمي إلى الوسيط؛ فلو كان حقا مقسطا أو كان حق ينتج فوائد، انتقل على هذه الصفة، ويكون للوسيط الحق في قبض الفوائد والأقساط التي لم تحل، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على العقد؛ بل أن الوسيط يستحق ما حل فعلا، وقت صدور عقد تحويل الفاتورة من فوائد وأقساط، مادام المنتمي لم يقبضها، ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به⁶⁰⁰، ما لم يحتفظ المنتمي بها صراحة أو ضمنا.

4- انتقال ضمانات الحق.

ضمانات الحق هي من توابعه، بل أنها هي الأساس الذي يعتمد عليه الوسيط، عند قياس حجم المخاطرة المترتبة على إبرامه لعقد تحويل الفاتورة؛ وتتمثل عادة في الكفالة والرهن والامتياز.

تنتقل جميع الضمانات التي تتبع الحق إلى الوسيط، سواء كانت هذه الضمانات عينية، كالرهن الرسمي وحق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز؛ أو كانت شخصية، كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام⁶⁰¹. وهذه الضمانات تنتقل مع الحق من غير الحاجة إلى ذكر ذلك، ما لم يكن هناك اتفاق خاص، بين المنتمي والوسيط يقضي بخلاف ذلك.

فضمان عدم انقسام الدين، ينتقل مع الحق من الدائن الفعلي به إلى الدائن الجديد أي الوسيط؛ فلو تعدد المدينون وجب تضامنهم في الوفاء بالدين. ويستطيع الوسيط بموجب قواعد التضامن، أن يرجع على جميع الدائنين، أو أن يرجع على المدين الأكثر ملاءة بكامل الدين، حتى وإن كان يأتي في مرتبة أدنى من مرتبة باقي المدينين. ويكون للوسيط نفس المزية في ضمان عدم تجزئة الدين، حتى وإن كان المدينين المتعددين غير متضامنين⁶⁰².

⁵⁹⁹ - Raynaud (Pierre), Op.cit., p. 135.

⁶⁰⁰ - وهذا ما نصت عليه المادة 243، من القانون التجاري الجزائري، باعتبار أقساط الحق، من مشتقات حوالة الحق.

⁶⁰¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 496.

⁶⁰² - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 84.

كما ينتقل إلى الوسيط حق امتياز البائع الذي هنا هو المنتمي؛ وهو الامتياز الذي يكفل للبائع حق حبس الشيء المبيع⁶⁰³، حتى يتمكن من إجبار المدين على الوفاء بالدين⁶⁰⁴.

المطلب الثاني: التزام المنتمي بضمان الدين المحال به إلى الوسيط.

رأينا كيف أن مخاطرة عدم استيفاء الدين محل العقد من طرف الوسيط، تشكل أساس التزامه في مواجهة المنتمي، ومن ثمة لا يمكنه الرجوع على هذا الأخير في حالة إخفاقه في تحصيل الدين، وهذا ما عرفناه بضمان عدم الرجوع. لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو هل أن مبدأ عدم الرجوع هو مبدأ مطلق، يجعل من المنتمي في منأى من أي ضمان في مواجهة الشركة محولة الفاتورة؟.

للإجابة على هذا السؤال، نقول أن هناك مبدأ آخر يحكم التزامات المنتمي، وهو مبدأ عدم إضرار الموفى له برجوع الموفى على المدين. وتحتاط مؤسسة تحويل الفاتورة تجنباً لأي نزاع، يمكن أن يثار حول مدى تطبيق هذا المبدأ، فتتص على التزام المنتمي بأن يسهل لها عملية تحصيل الحق، وأن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يضر برجوعها على مدينيه، وبأن يعلمها بكافة الحوادث التي يمكن أن تعرض رجوعها للخطر⁶⁰⁵.

الفرع الأول: الضمان بحكم القانون: Garantie de Droit.

يلتزم المنتمي بحكم القانون، بضمان وجود الحق المحال به وقت إبرام العقد؛ فيجب عليه الضمان بحكم القانون في الحالات التالية:

1- الضمان المستمد من حجة مصدر الحق.

يقصد بمصدر الحق، التصرف أو العمل القانوني المنشئ للحق، كعقد البيع أو تقديم الخدمات مثلاً؛ فإذا كان العقد باطلاً، فإنه يجوز للمدين أن يدفع ببطلانه في مواجهة مؤسسة

⁶⁰³ - طبقاً لنص المادة 200 و ما بعدها، من القانون المدني الجزائري.

⁶⁰⁴ - V. sur la clause de réserve de propriété, la thèse de F. Pérochon, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Paris 1980, sous la direction de W.Garcin et J. Thieffry Lib.

⁶⁰⁵ - Raynaud (Pierre), Op.Cit, p214.

تحويل الفاتورة⁶⁰⁶ كما قدمنا؛ وعليه يقع على المنتمي ضمان صحة التصرف أو العمل القانوني، المنشأ للحق محل عقد تحويل الفاتورة.

2- الضمان المستمد من عدم حوالة نفس الحق للغير.

كثيرا ما تفرض الشركات الكبيرة على صغار الموردين شروطا تقليدية للشراء، من بينها تحريم نقل الحقوق الناتجة عن التوريدات المنفذة للغير، بغية تجنب مخاطر الوفاء المزدوج وتنازع الغير لديها⁶⁰⁷.

غير أنه وحرصا على تطور قواعد شراء الحقوق في مجالات التجارة الدولية، فقد نصت المادة 1/6 من اتفاقية أوتاوا، على وقوع الحوالة بالرغم من الشرط المانع لها في العقد الأساسي⁶⁰⁸؛ بيد أن الاتفاقية لم تقرر بطلان الشرط، فاقترصر الجزاء فيها على عدم سريان الشرط في مواجهة مؤسسة تحويل الفاتورة، مع بقاءه صحيحا بين طرفيه. فالنص القانوني المذكور أعلاه، لا يقف حائلا أمام تقرير مسؤولية المورد (المحيل) في مواجهة المدين، عن مخالفة شرط منح الحوالة بالمخالفة لنص عقد البيع⁶⁰⁹.

وعليه، يقع على المنتمي ضمان عدم حوالة نفس الحق لأي جهة أخرى، بمجرد حوالاته للوسيط.

3- الضمان المستمد من وجود الحق عند استحقاقه.

إذا كان مصدر الحق عقدا قابلا للإبطال، وقام المدين بممارسة حقه في الإبطال، فيصير هذا الحق غير موجود فعلا؛ عندها يجب الضمان على المنتمي، حتى ولو كان الحكم

⁶⁰⁶ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 286.

⁶⁰⁷ - Le toux (Janine), le contrat de factoring, thèse, Rennes, 1977. P 274.

⁶⁰⁸ - حيث تنص المادة 6(1) من اتفاقية أوتاوا على:

" La cession de la créance par le fournisseur peut être réalisé nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant un telle cession "

-Sous <http://A\www.conventiond'undroit.org>.

⁶⁰⁹ - كما تنص المادة 6(3) من اتفاقية أوتاوا على:

" Les dispositions du paragraphe 1 ne portent pas atteinte a toute obligation de bonne foi qui incombe au fournisseur envers le débiteur ou a toute responsabilité du fournisseur a l'égard du débiteur du chef d'une cession réalisée en contravention des termes du contrat de vente de marchandise".

بالإبطال قد صدر بعد صدور العقد، لأن الإبطال يكون بأثر رجعي، فيعتبر الحق كأن لم يوجد أصلا، ومن تم لا يكون موجودا وقت صدور العقد.

4- ضمان الدفع المستمدة من العقد المنشأ للحق.

نقصد بالدفع المستمدة من العقد، الدفع بعدم التنفيذ والدفع بالفسخ؛ وهي دفع تعيب تنفيذ العلاقة السابقة التي تربط المدين بالمنتمي، لذلك يجوز الدفع بها في مواجهة الوسيط حتى ولو تم اكتشافها عقب نقل الحق⁶¹⁰. فإذا أكتشف المدين عقب الحوالة عيوباً خفية في الشيء المبيع، جاز له أن يدفع في مواجهة المحال له بفسخ عقد البيع⁶¹¹، كما قدمنا في المطلب السابق من هذا البحث؛ عندها يمكن للوسيط، الرجوع على المحيل أو المنتمي بالضمان.

5- الضمان المستمد من الدفع المتعلقة بوسائل انقضاء الحق.

يجوز للمدين أن يدفع في مواجهة مؤسسة الشراء، بكافة الدفع المتعلقة بانقضاء الحق، ومن بينها الدفع بتقادم حق المحيل، وبإبرائه من دينه، وبالمقاصة التي كان يجوز له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل⁶¹².

ويمكن للوسيط الرجوع بدون شرط على المنتمي، إذا كان هذا الانقضاء قد وقع قبل صدور العقد؛ أما إذا كان الانقضاء بعد صدور العقد، فإن المنتمي يكون ملتزماً بالضمان، و لكن بسبب فعل شخصي قد صدر منه.

6- الضمان المستمد من تحقق شرط الفسخ في العقد المنشأ للحق.

إذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ، ولا يعلم الوسيط بهذا الشرط الذي تحقق لاحقا، فإن العقد سينقضي تبعا لذلك بأثر رجعي، وسينقضي معه الحق المحال به⁶¹³؛ غير أنه سيستبعد ضمان المنتمي، إذا كانت مؤسسة تحويل الفاتورة، تعلم بوجود الشرط الفاسخ عند إبرام عقد تحويل الفاتورة.

⁶¹⁰ - Duboc (Guy), la compensation et le droit de tiers, L.G.D.J 1989, p33.

-Mendergris (Roger), la nature juridique de la compensation, L.G.D.J, 1969, p49, n°29.

⁶¹¹ - Cass.com, 9 mai 1977, D.S, 1978, IR 209, obs., M. Vasseur, legeais D, Affacturage n°

23.

⁶¹² - Raynaud, op.cit, p.99.

⁶¹³ - طبقا لنص المادة 207 من القانون المدني الجزائري.

7- الضمان المستمد من وجود الحق.

إذا كان الحق موضوع عقد تحويل الفاتورة غير موجودا أصلا، بأن تصرف به المنتمي قبل العقد، بالبيع أو الهبة أو الرهن، أو حوالة سابقة نافذة في حق الغير؛ كان للوسيط حق الرجوع على المنتمي، لمطالبته بقيمة الحق والتعويض عما لحقه من ضرر. أما إذا كان التصرف صادرا بعد انعقاد العقد، ولكنه أصبح نافذا قبل نفاذ العقد، فإن المنتمي يكون ملتزما بضمان فعله الشخصي، على النحو الذي سنأتي على تفصيله.

الفرع الثاني: ضمان المنتمي لأفعاله الشخصية.

يكون المنتمي مسئولا عن أفعاله الشخصية، ولو اشترط عدم الضمان؛ ومن ثمة فهو يضمن جميع الأفعال التي تصدر عنه عند إبرام عقد تحويل الفاتورة، والتي يكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله⁶¹⁴.

وبما أن عقد تحويل الفاتورة، لا يكون نافذا في حق المدين إلا بعد إخطاره، فقد يقوم المنتمي باستيفاء الحق من المدين، سواء كان هذا الأخير متواطئ أو غير متواطئ - أي عالما بإبرام العقد أم لا -. ففي هذه الحالة يسقط مبدأ ضمان عدم الرجوع على المنتمي، أمام مبدأ عدم إضرار الموفي له برجوع الموفي على المدين؛ فقيام المنتمي باستيفاء الحق، فيه أكبر إضرار بالوسيط أو مؤسسة الشراء.

كما ينعقد أيضا التزام المنتمي بالضمان، إذا قام هذا الأخير بعد إبرام العقد وقبل صيرورته نافذا، بالتصرف في الحق تصرفا مضرا بمؤسسة تحويل الفاتورة، بأن باعه أو وهبه أو أجرى عليه أي تصرف⁶¹⁵.

ولا يشترط أن يكون العمل الملزم للضمان، صادرا من المنتمي نفسه، فيكفي أن يكون صادرا من جهته أو بسببه؛ فإذا وقع أحد مديني المنتمي بعد صدور العقد وقبل صيرورته نافذا،

614 - حيث تنص المادة 247 من القانون المدني الجزائري " يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية، و لو كانت الحوالة مجانية، أو بغير عوض." فإذا كان المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية و لو كانت الحوالة مجانية، فمن باب أولى أن يكون مسئولا كذلك إذا كانت الحوالة بمقابل، كما هو الحال بالنسبة لعقد تحويل الفاتورة.

615 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 500.

حجزاً تحفظياً على الحق المحال به، وصار هذا الحجز نافذاً في حق مؤسسة تحويل الفاتورة، فإن هذه الأخيرة ترجع بالضمان على المنتمي⁶¹⁶.

ومسؤولية المنتمي على أفعاله الشخصية، تتحقق ولو أشرط عدم الضمان، ذلك أنها ناشئة على خطأ تقصيري، ولا يجوز الاتفاق على استبعادها أو تعديلها.

الفرع الثالث: الضمان بحكم الاتفاق.

أساس التزام المنتمي القانوني، يتمثل في ضمان وجود الحق محل العقد وجوداً صحيحاً غير معيب من جهة، وضمن وجود توابع الحق التي تنتقل معه بمقتضى الحوالة من جهة أخرى⁶¹⁷.

غير أنه، قد يحدث وأن يحصل اتفاق بين المنتمي والوسيط، على التخفيف من هذا الضمان أو على تشديده؛ وهذا الاتفاق بين الطرفين ينبغي أن لا يضر بحق المنتمي في عدم الرجوع عليه، وحق الوسيط في عدم إضرار المنتمي برجوعه على المدين.

أولاً: الاتفاق على التخفيف من هذا الضمان.

الاتفاق على التخفيف من ضمان المنتمي لوجود الحق، يشمل عدم ضمان انتقال توابع الحق، أو على عدم ضمان وجود الحق ذاته.

1- الاتفاق على أن المنتمي لا يضمن توابع الحق.

إذا كان الحق محل الحوالة، ينتقل من المنتمي إلى الوسيط بأصله وتوابعه، فهل يستوي الأمر لو اشترط المنتمي على الوسيط، ضمان انتقال أصل الحق فقط دون ضمان انتقال توابعه.

إذا كان من الواضح، أن التابع المقرر اتفاقاً لتقوية الحق لا يطرح إشكالا، على اعتبار أنه لا ينشأ إلا باتفاق الأطراف الصريح، وبالتالي يكفي السكوت عليه لاستبعاده⁶¹⁸؛ أما التابع

⁶¹⁶ - وهذا الرجوع أساسه تقصير المنتمي في الوفاء بالتزامه بتبليغ المدين.

⁶¹⁷ - Bouraoui Darghout (fatma), Le Factoring en Droit Interne et International, op.cit, p.135.

⁶¹⁸ - طبقاً للقاعدة القانونية "العقد شريعة المتعاقدين".

المقرر قانونا، فيدق أمر تقرير ما إذا كان من الممكن الاتفاق على إعفاء المنتمي من ضمانه أم لا، وهل يتعين التمييز بين التوابع المتعلقة بالحق ذاته، وبين التوابع الملتصقة بصفة الدائن. وهل يجوز للمنتمي تبعا لذلك، أن يشترط على الوسيط عدم ضمان السندات التي تضمن وجود الحق، أو تلك التي تضمن تنفيذه؛ وهل يجوز عدم ضمان قبض الوسيط للأقساط المتبقية من الحق، أو الفوائد المتعلقة بها؛ وهل يجوز للمنتمي إذا كان الحق مضمونا برهن أو كفالة أو امتياز، اشتراط عدم ضمان وجود أو صحة هذه الأخيرة؛ و في الأخير هل يجوز الاتفاق على عدم ضمان المنتمي، لانتقال الحقوق والدعاوى الملتصقة بصفته كدائن، وهي الدعاوى المؤكدة للحق، والتي ترتبط ارتباطا مباشرا بصفة الدائن.

للإجابة على هذه التساؤلات، نقول بداية أنه لا يمكن تصور إعفاء المنتمي من ضمان صحة ووجود السندات التي تضمن وجود الحق، وهي في عقدنا هذا الفاتورة المثبتة للدين؛ وإن صحة عقد الائتمان المبرم بين الوسيط والمنتمي، يستلزم وجود الحق محل العقد، وإن وجود هذا الأخير يستلزم صحة الفاتورة المتضمنة به⁶¹⁹. ولو قبلنا بصحة مثل هذا الإعفاء، لفتحنا الباب واسعا أمام إنشاء فواتير وهمية من طرف العملاء، للحصول على اعتمادات مصرفية من مؤسسات تحويل الفاتورة.

أما فيما يتعلق بحق الحصول على الفوائد والأقساط، فلا يجوز الاتفاق كذلك على إعفاء المنتمي من ضمان وجودها، خاصة تلك التي تحل بعد العقد، ولو كان ذلك عن مدة سابقة عنه⁶²⁰؛ أما الأقساط والفوائد المترتبة على الحق، والمستحقة للمنتمي قبل إبرام عقد الحوالة، فإنها تعتبر من توابع الحق المحال به، وتنتقل للوسيط ما لم يقبضها المنتمي، وما لم يحتفظ بها صراحة أو ضمنا؛ أي أنه يجوز للمنتمي، اشتراط عدم انتقال هذه الحقوق إلى الوسيط⁶²¹.

ضمانات الحق، هي من توابعه كما سبق وأن وضحنا، وهي الأساس الذي يعتمد عليه الوسيط عند قياس حجم المخاطرة، المترتبة على إبرامه لعقد تحويل الفاتورة؛ وتتمثل عادة في

619 - لأن الفاتورة، هي موضوع الحق، و تحويلها هو محل التزام المنتمي، فغيابها يشكل غياب لأحد أركان العقد، و هو ركن المحل، مما يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا.

620 - لأنها الأقساط تعتبر من مشتقات حوالة الحق، طبقا لنص المادة 243 من القانون المدني الجزائري.

621 - و على هذا ففي حالة عدم قبض المنتمي، للأقساط و الفوائد المستحقة، قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة، و سكت عن اشتراط عدم تضمينها ضمن مشتقات الحق المحال للوسيط. فإن سكوتة هذا يفسر لمصلحة الوسيط في استحقاق هذه الأقساط و الفوائد.

الكفالة والرهن والامتياز؛ فهل يجوز إعفاء المنتمي من ضمان صحة ووجود هذه الأخيرة؟. نقول أن الفقه والقضاء، حتى وإن اختلف في مدى صحة إعفاء المنتمي من انتقال توابع الحق الأخرى، فإنه اتفق حول صحة اتفاق عدم انتقال ضمانات الحق⁶²².

فإذا كان الحق مضمونا برهن، فيجوز للمنتمي اشتراط عدم ضمان هذا الرهن؛ وفي هذه الحالة فإن المنتمي لا يكون مسئولاً، إذا تبين أن الرهن باطل أو قابل للإبطال وأبطله الراهن، أو أنه غير موجود لأي سبب آخر.

أما الدعاوى والحقوق التي تلتصق بصفة الدائن، والتي تعتبر كذلك من توابع الحق، فمن البدهة عدم جواز الاتفاق على عدم انتقالها إلى الوسيط، ذلك أنها لا تتعلق بالحق ولا بصفة المتعاقد، إنما تتعلق بصفة الدائن. وبما أن عقد تحويل الفاتورة أساسه نقل صفة الدائن من المنتمي إلى الوسيط، فلا يمكن تصور انتقال هذه الصفة بدون الحقوق الملتصقة بها.

2- الاتفاق على أن المنتمي لا يضمن وجود الحق المحال به ذاته.

يقع ذلك في غالب الأحيان، إذا ساور المنتمي الشك في نسبة الحق الذي يحوله، ما إذا كان له أو لغيره⁶²³.

ولتوضيح ذلك، نفترض أن المنتمي هو صاحب مؤسسة اقتصادية أبرم معاملات تجارية مع المدين، جعلته دائناً بقيمة الدين الثابت في الفاتورة، والذي قام بحوالته للوسيط؛ غير أن شخص من الغير، كان ينازع المنتمي في نفس الوقت في استحقاق ملكية المؤسسة الاقتصادية؛ فلو آلت هذه المنازعة لصالح هذا الشخص، لانتقلت إليه ملكية جميع الحقوق الشخصية والعينية، بما فيها الدين في مواجهة المدين.

في مثل هذا الفرض، يمكن للمدين أن يمتنع عن الوفاء للوسيط، بحجة أنه لم يعد مديناً للمنتمي، وإنما للشخص الذي آل إليه الحق الشخصي؛ وبالتالي فإنه لا يقبل الحوالة، إلا إذا كانت من هذا الأخير، فلا يبقى أمام الوسيط إلا الرجوع بالضمان على المنتمي. غير أنه يمكن

⁶²² - Bouraoui Darghout (fatma), Le Factoring en Droit Interne, et International, Op.cit., p.138.

- Req, 28 mai 1873, D.P. 1873.1.87.

⁶²³ - محمد شريف عبد الرحمان، حوالة الالتزام، المرجع السابق، ص 203.

لهذا الأخير الاتفاق مع الوسيط عند إبرام عقد تحويل الفاتورة، على إعفائه من ضمان وجود الحق المحال به، ومن ثمة يتخلص من رجوع الوسيط عليه⁶²⁴.

ويتفق الأمر كذلك، أن يكون المنتمي غير متأكد من خلو الحق الذي حوله من العيوب، فيصطنع الحيطة ويشترط عدم الضمان، لكن في هذه الحالة لا يكتفي الوسيط بعمولة التحصيل، ويشترط بدوره عمولة زائدة هي عمولة الخطر.

ثانياً: الاتفاق على التشديد في هذا الضمان:

بعد أن عرفنا الحالات التي يقع فيها الاتفاق بين المنتمي والوسيط، على تخفيف التزام المنتمي بضمان الدين المحال به، يبقى علينا أن نعرف إذا ما كان من الممكن أن يقع الاتفاق على عكس ذلك، أي على تشديد الضمان؛ أي أن الوسيط بمقتضى هذا الاتفاق لا يكتفي بضمان وجود الحق وتوابعه، وإنما يشترط إضافة إلى ذلك يسار المدين. فهذا الاتفاق يكون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان، المقرر بحكم القانون بدلا من التخفيف فيها⁶²⁵.

إذا عدنا إلى المبدأ العام في عقد تحويل الفاتورة، فإن إعسار المدين أو إفلاسه، يشكل المصدر الرئيس لعدم التنفيذ، الذي يغطيه ضمان المؤسسة محولة الفاتورة؛ وفي الحقيقة فإن ضمان هذه الأخيرة يذهب إلى أبعد من إفلاس أو إعسار المدين، فهو يغطي تخلف المدين عن الوفاء في مواعيد الاستحقاق⁶²⁶. ولا أهمية لما إذا كان هذا التخلف، راجعا إلى مجرد الإعسار، أو تعرض المدين لأزمة مالية، أو تعمده عدم الوفاء رغم حالته المالية الموسرة.

وقد استقر القضاء، على أن التزام الضامن لا يقتصر فقط على حالة إعسار المدين، بل يمتد كذلك ليغطي عدم الوفاء في مواعيد الاستحقاق، ما لم يتم استبعاد ذلك صراحة اتفاقا أو قانونا⁶²⁷؛ ومن ثمة يمكن الاتفاق على تشديد ضمان المنتمي، عن طريق إعفاء الوسيط من الضمان (ضمان عدم الرجوع)، في حالة عدم وفاء المدين في مواعيد الاتفاق رغم حالته

⁶²⁴-Mestre (J), La subrogation personnelle, biblio droit privé, L.G.D.J. 1979, n° 607, p. 660.

⁶²⁵ - خالد محمد حسين، المرجع السابق، ص 264.

⁶²⁶ - Bancal (Louis), lagelle, charrette (Christine), du croire Du banque, Juris classeurs commercial (banque et crédit) 1993, fascicules 600, n° 54.

⁶²⁷ - Vivant (Michel), convention du du croire, juris-classeur, contrats, Distribution, 1998, fascicule 955. N° 54.

الموسرة. ففي هذه الحالة، يكتفي الوسيط أن يثبت يسار المدين، للرجوع على المنتمي بالضمان (ضمان وجود الحق).

كما أنه يمكن الاتفاق أكثر من ذلك، على ضمان يسار المدين، وهي حالة تشديد أقصى من الأولى⁶²⁸؛ إذا يكفي عدم وفاء المدين في مواعيد استحقاق الدين، ليعود الوسيط على المنتمي بالضمان، حتى ولو كان المدين فعلا معسرا أو مفلسا.

وهذه الحالة الأخيرة، يمكن القول أنها أشد حالات التشديد بالنسبة لضمان المنتمي (ضمان وجود الحق)، وأيسر حالات التيسير بالنسبة لضمان الوسيط (ضمان عدم الرجوع)؛ بل يمكن الجزم أن هذا الضمان لم يبقى له أي مكان، في ظل هذا الشرط أو الاتفاق.

بعد أن تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل، الآليات القانونية للحفاظ على حقوق وضمانات الوسيط، من خلال انتقال هذه الأخيرة مع الحق محل الحوالة، والتزام المنتمي بضمان الدين المحال به للوسيط؛ سنتناول في المبحث الثاني من هذا الفصل، الأولوية في استثناء الحق بين الوسيط والغير. فرغم كل الضمانات التي أشرنا إليها في المبحث الأول، إلا أن الوسيط عادة ما يجد نفسه في مزاحمة مع الغير في استثناء حقه من المدين؛ وهذا التزاحم يأخذ عدة أشكال قانونية ستكون محل تفصيلنا في المبحث الثاني من هذا الفصل.

⁶²⁸ - و قد نص المشرع الجزائري، على قابلية الاتفاق على ضمان يسار المدين، بموجب نص المادة 245 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: الأولوية في استيفاء الحق بين الوسيط والغير.

لا يجد الوسيط أو مؤسسة تحويل الفاتورة عادة، الطريق معبدة أمام استيفاء الحق الثابت في الفاتورة، ويجد أشخاصا آخرين من الغير، لا تجمعهم بهم أي علاقة قانونية سابقة، سواء بمقتضى عقد تحويل الفاتورة أو حتى العقد الذي أنشأ الحق محل الحوالة، يزاحمونه وينازعونه في استيفاء نفس الحق.

وهذا التزاحم، قد يكون بسبب قيام المنتمي بنقل حقه على المدين أكثر من مرة، سواء اتفقت طرق النقل أو اختلفت، أو بسبب قيام المدين بالوفاء إلى الغير بحسن أو سوء نية؛ أو التزاحم الذي يرجع إلى الحماية الخاصة، التي يوليها المشرع لبعض الطوائف من الدائنين، و أخيرا التنازع مع الغير الذي يرجع إلى طبيعة الحق ذاته.

وعلى هذا الأساس يمكن تفصيل هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التزاحم الناجم عن نقل الحق أكثر من مرة.

المطلب الثاني: التزاحم الراجع إلى الحماية الخاصة التي يوليها المشرع لبعض الطوائف من الدائنين.

المطلب الثالث: التزاحم مع الغير على أساس طبيعة الحق ذاته.

المطلب الأول: التزاحم الناجم عن نقل الحق أكثر من مرة.

هذا النوع من التزاحم يعتبر من الصور الكلاسيكية الشائعة، لحصول التنازع بين مؤسسة تحويل الفاتورة والغير، بسبب قيام المنتمي بنقل حقه قبل المدين إلى أكثر من محال له واحد⁶²⁹.

إذا رجعنا إلى المبادئ العامة في أحكام القانون المدني، نجد المادة 249 من القانون المدني الجزائري تنص على، " في حالة وقوع خلاف بين عدة حوالات تخص حقا واحدا، فضلت الحوالة التي تصبح نافذة في حق الغير قبل غيرها⁶³⁰.

بالرجوع إلى هذا النص، فإن الحوالة التي تصبح نافذة في حق الغير، هي التي تفضل؛ ولا تنفذ الحوالة في حق الغير كما قدمنا، إلا إذا أعلنت إلى المحال عليه أو إذا قبلها، وكان لهذا القبول تاريخ ثابت.

فالعبرة إذن، عند تزاحم هذين المحال لهما في المفاضلة بينهما، ليس تاريخ صدور الحوالة بل التاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه.

وعليه، سنتناول التزاحم الناجم عن نقل الحق أكثر من مرة وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: قاعدة الأسبقية في تقرير حق المحال له.

الفرع الثاني: قاعدة المسؤولية التقصيرية في الرجوع على الموفى له سيء النية.

الفرع الثالث: الأساس القانوني للرجوع على الموفى له حسن النية.

الفرع الأول: قاعدة الأسبقية⁶³¹، في تقرير حق المحال له.

يتضح مما سبق، أن المبدأ العام الذي ارتكز عليه الفقه من أجل فض مثل هذا النزاع، هو مبدأ "أولوية الأسبقية الممنوحة للمستفيد الأول"⁶³².

⁶²⁹ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 229.

⁶³⁰ - تقابلها المادة 313 من القانون المدني المصري.

⁶³¹ - فقد اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي، أن الأفضلية في الرجوع على المدين، تكون لمن حل أولا محل الدائن الأصلي-المنتمي-.

- Cass.com., 19 mai 1992, R.D. Bancaire et bourse, 1992, p.236 ; R.J.D.A., 1992, n°.855 ; R.T.D. com., 1992, p.655, obs. M.Cabrillac et B Teysié.

- Cass.com., 3 janv. 1996, J.C.P.F., 1996-II-22682, Note J. Stoufflet ; R.T.D : civ. 1997, p.130, obs., J.Mestre.

⁶³² - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 147.

فمن من المحال لهما، سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول في تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة، كان هو المقدم⁶³³. و إن كان المشرع الفرنسي بمقتضى قانون دايلي الصادر في 1981/02/01، لم يستلزم هذا الشكل كما قدمنا، عند دراستنا لحوالة دايلي التي تكون نافذة في حق الغير من تاريخ تحرير الحوالة، أو الفاتورة المتعلقة بالحوالة، فيؤخذ بهذا التاريخ إذن لتقرير مبدأ الأسبقية⁶³⁴.

ينبغي الإشارة، إلى أن تطبيق قاعدة الأسبقية مشروط بشرط أساسي، هو أن لا تتجه نية المحيل إلى الإضرار بالمحال له بإبرام حوالة ثانية؛ ففي حالة تحقق مثل هذا الفرض، فإن الأولوية تكون للحوالة الأولى بغض النظر عن تاريخ نفاذها في حق الغير، حتى وإن كان لاحقا لتاريخ نفاذ الحوالة الأولى⁶³⁵.

فالعبرة إذن بتطبيق مبدأ الأسبقية، هو حسن نية المحيل والمحال له الثاني، الذي ينازع المحال له الأول في نفس الحق، ولو كان إعلان الحوالة الأولى للمدين، لاحقا لقبول هذا الأخير للحوالة الثانية⁶³⁶.

وإذا عدنا إلى حكم اتفاقية أوتاوا لإشكالية التنازع بين أكثر من محال له، حول نفس الحق، نجدها قد أشارت بنص المادة 8 من الاتفاقية في فقرتها الأولى، إلى قاعدة الأولوية أو الحق في الأولوية Droit Preferable، دون أن تشير إلى كيفية تحديد أو معيار تحديد هذه الأولوية، التي سبق وأن أشرنا إليها بقاعدة الأسبقية⁶³⁷.

إن تطبيق قاعدة الأسبقية، يبقى مرتبطا بعامل زمني مهم، وهو أن يتم التزاحم قبل حصول الوفاء من المدين إلى الغير؛ لكن إذا أوفى المدين حسن النية للغير، دون أن يعلم بأفضلية المؤسسة عليه في تحصيل الحق، فهل يجوز للمؤسسة ملاحقة الغير الموفي له لاسترداد ما قبضه؟، وما هو الأساس القانوني لهذا الرجوع؟.

« Principe de la priorité de l'antériorité donnée au premier bénéficiaire »

633 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 543.

634 - لمزيد من التفصيل، راجع الشروط الشكلية لحوالة دايلي، في الباب الأول من بحثنا هذا.

635 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 308.

636 - إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة عبد الله وهبه، 1967، ص 365.

637 - حيث تنص المادة 01/08 من اتفاقية أوتاوا:

" le débiteur est tenu de payer le cessionnaire s'il n'a pas eu connaissance d'un droit préférable"

الفرع الثاني: قاعدة المسؤولية التقصيرية في الرجوع على الموفى له سيء النية.

هذه القاعدة، ترتبط ارتباطا وثيقا بقاعدة الأسبقية في تقرير حق المحال له؛ فلا يجوز لهذا الأخير الرجوع على الغير الموفى له، إلا إذا تقرر أولوبته في حصول الوفاء من جهة، وتقرر سوء نية الموفى له من جهة ثانية.

فإذا تحقق الشرطين معا، أي أن المحال له المتضرر يحوز الأفضلية والأسبقية على الموفى له، ورغم ذلك تمكن المحال له من غير ذوي الأفضلية من تحصيل الحق من المدين حسن النية، والذي لم تنفذ الحوالة المفضلة في مواجهته إلا عقب الوفاء؛ فللمحال له المفضل، الحق في الرجوع على المحال له الآخر الموفى له، في ضوء قواعد المسؤولية التقصيرية، وإلزامه بالفوائد من تاريخ استلامه الوفاء.

كما أن المدين إذا كان سيئ النية، ويعلم بوجود عقد لتحويل الفاتورة بموجب الإخطار المبلغ له، ورغم ذلك وفى للغير أو قبل ورقة تجارية، فإنه ملزم بالوفاء مرة أخرى للوسيط؛ وهذا طبقا للمبدأ القائل "من يدفع خطأ، يدفع مرتين"⁶³⁸. أما إذا كان المدين حسن النية، فإن الوسيط يكتفي بمتابعة المحال له غير المفضل، طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية كما قدمنا.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بمبدأ المسؤولية التقصيرية، في إحدى القضايا التي عرضت عليه؛ إذا أبرم أحد العملاء عقدا لتحويل الفاتورة، لا يجوز بمقتضاه أن ينقل المنتمي حقوقه على المشتري لبضائعه، إلا لمؤسسة تحويل الفاتورة، ثم أحال حقه على أحدهم لمؤسسة انتمان أخرى، وأصبحت هذه الحوالة نافذة في حق المدين والغير، قبل أن تحل مؤسسة تحويل الفاتورة الأولى محل المنتمي على نفس الحق، بمقتضى عقد تحويل الفاتورة⁶³⁹.

وأسس القضاء الفرنسي في القضية المذكورة أعلاه، مسؤولية الموفى له على أساس سوء نيته، المستمد من علمه ببنود العقد المبرم مع المؤسسة الائتمانية الأولى، الذي لا يجيز للمنتمي حوالة حقه على مدينيه لغير هذه المؤسسة.

⁶³⁸ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 149.

⁶³⁹ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 308.

- Versailles, 12^e ch., 14 octobre 1993, RJDA, 3/1994, n° 317.

- Cass, com, 13 mars 1979, bull civ IV, p78, n°100.

وحيث أن الموفى له كان يمسك حسابات المنتمي، فهذه قرينة قوية على علمه بشرط القصر، المبرم بين المنتمي ومؤسسة الائتمان الأولى، ومن ثمة فإن قبوله لشراء هذه الحقوق رغم علمه بهذا الشرط يؤكد سوء نيته، الأمر الذي يتقرر معه مسؤوليته التقصيرية في مواجهة المحال له المفضل.

الفرع الثالث: الأساس القانوني للرجوع على الموفى له حسن النية.

قدمنا أنه إذا حصل الوفاء لموفى له سيئ النية، كان للمحال له المفضل الخيار بين العودة على المدين الذي يلتزم بالوفاء له مجددا بقيمة الحق، إذا كان سيئ النية أي يعلم بأسبقية المحال له المفضل ورغم ذلك وفي الدين للموفى له أو المحال له الأدنى.

وإذا كان المدين حسن النية لا يعلم بحصول الحوالة، أي أنه لم يبلغ بها ولم يقبلها، يبقى أمام المحال له المفضل الرجوع، إما على المنتمي أو على الموفى له سيئ النية، على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية؛ وهو في هذه الحالة له الخيار في الرجوع على الطرفين، فأيهما يراه أكثر ملاءمة يمكنه أن يعود عليه.

ومن ثمة، إذا كان كل من المدين والموفى له سيئ النية، كان للمحال له المفضل، الخيار بين الرجوع على المنتمي أو المدين أو الموفى له، على أساس المسؤولية التقصيرية بالنسبة للمدين والموفى له⁶⁴⁰، وعلى أساس المسؤولية العقدية بالنسبة للمنتمي، لأنه أخل بأحد بنود العقد وهو بند القصر⁶⁴¹.

أما إذا كان المدين حسن النية والموفى له سيئ النية، كان للمحال له الرجوع على المنتمي أو الموفى له، وهذا دون المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له⁶⁴².

غير أن الإشكال الذي يطرح هو، هل يستفيد الغير الموفى له حسن النية، من الحماية المقررة للمدين، بحيث يعتبر الحق منقوضا و يتمتع رجوع المؤسسة عليه؟.

640 - طبقا للقاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية التي جاءت بها المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

641 - كما يمكن للوسيط في هذه الحالة، اللجوء إلى القضاء طالبا فسخ العقد المبرم بين المنتمي و الموفى له سيئ النية، طبقا لقواعد الدعوى البوليانية".

642 - و يعفيه القانون من الوفاء مرة ثانية، لحسن نيته.

اختلفت الآراء في هذا الشأن، فيرى البعض أن الحماية المقررة في نص المادة 1240 مدني فرنسي⁶⁴³، هي حماية مقررة للمدين حسن النية، ومن ثمة لا ينبغي أن تمتد خارج النطاق الذي قرره المشرع⁶⁴⁴؛ بينما يرى البعض الآخر، أن المشرع بتقرير صحة الوفاء الحاصل من المدين، يجعل الحق منقزيا بهذا الوفاء⁶⁴⁵.

غير أن القضاء الفرنسي⁶⁴⁶، تبنى وجهة النظر الأولى التي جاء بها الفقيه لارومييه؛ فاعتبر أن الوفاء الحاصل من المدين حسن النية، لا يستفيد من الحماية المقررة في نص المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي، إلا إذا كان هذا الوفاء للدائن الحقيقي أو الدائن الذي له الحق قانونا في استلام هذا الوفاء. وبالتالي في حالة رجوع المنتمي على الموفى له، لا يمكن لهذا الأخير التمسك بحسن نية المدين، وبانقضاء الدين تبعا لذلك.

وبما أن الوفاء من المدين حسن النية للموفى له، لا يؤدي إلى انقضاء الدين كما رأينا؛ فما هو أساس رجوع المحال له على الموفى له حسن النية، هل يستند على دعوى رد غير المستحق، أو على الفضالة، أو الإثراء بلا سبب؟.

نقول في البداية، أن هذه الأساليب الثلاثة لا تصلح كأسباب لرجوع المحال له المفضل على الموفى له حسن النية، لأن دعوى رد غير المستحق، ترفع من المفروض عن طريق المدين وليس المحال له⁶⁴⁷.

كما تستبعد الفضالة، لأن الموفى له استلم الوفاء لحسابه الخاص، وليس لحساب مؤسسة تحويل الفاتورة⁶⁴⁸.

وفي الأخير نستبعد الإثراء بلا سبب، كأساس لرجوع المحال له على الموفى له حسن النية، لأن هذا الأخير لم يثر بلا سبب بل لديه هو الآخر سند حق، جعل المنتمي يحيله إلى استيفاء دينه عند المدين⁶⁴⁹.

⁶⁴³ - Art. 1240. « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé »

⁶⁴⁴ - Larroumet (ch.), le conflit entre cessionnaires successif d'une créance par bordereau, transmis JCP 1990, éd E n° 41, 15877, p596.

⁶⁴⁵ - Cabrillac (Michel), les conflits entre les cessionnaires d'une même créance, D, 1990, Chr, p127, n° 12.

⁶⁴⁶ - Cass.com. 19 mai 1992, R.J.D.A., 8-9/92, n° 855.

⁶⁴⁷ - طبقا لأحكام دعوى رد غير المستحق، المواد 143 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري.

⁶⁴⁸ - طبقا لأحكام دعوى الفضالة، المواد 150 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري.

نظرا لاستبعاد هذه الأساليب الثلاثة، فقد اختلف الفقه وتنازع حول الأسلوب القانوني الأنجع لرجوع المحال له المفضل على الموفي حسن النية، مما جعل بعض الفقه يأخذ بنظرية السريان المستتر⁶⁵⁰؛ وتستمد هذه النظرية أحكامها، من حوالة دايلي والحلول الاتفاقي.

كما سبق وأن اشرنا عند دراستنا لحوالة دايلي، فإن هذه الأخيرة وبمقتضى نص المادة الرابعة من قانون دايلي، تنتج أثرها وتسري في مواجهة الغير من التاريخ المدون على الفاتورة؛ وهو ما يتفق أيضا مع طبيعة الحلول الاتفاقي من حيث سريانه في مواجهة الغير، من تاريخ الوفاء الحلوي، دون حاجة لشكلية الإعلان.

وبمقتضى نظرية السريان المستتر، فإن عقد تحويل الفاتورة يصبح ساريا في حق المدين وفي حق الغير من تاريخ إبرامه؛ وبالتالي يمكن للمحال له المفضل، الرجوع على الموفي له حسن النية، على أساس نظرية السريان المستتر للعقد لفائدته، وبالتالي فهو الأحق بهذا الوفاء من الموفي له، حتى وإن كان حسن النية.

غير أننا نرى أن هذا المذهب قاصر، ولا يمكن أن يشكل أساسا مطلقا لرجوع المحال له على الموفي له حسن النية، إلا إذا تمت حوالة الحق على أساس حوالة دايلي أو الحلول الاتفاقي، دون غيرهما من أساليب الحوالة.

وعليه، لو تمت الحوالة على أساس ومبادئ حوالة الحق، فإن هذه الأخيرة لا تأخذ بمبدأ السريان المستتر، بل تأخذ بمبدأ السريان المعلن والصريح⁶⁵¹؛ القائم على أساس تبليغ المدين بحوالة الحق.

وفي هذه الحالة الأخيرة، نرى أن الموفي له حسن النية، لم يفعل أكثر من استيفاء حق مقرر له؛ وعلى هذا وحسب رأينا، لا يبقى أمام المحال له المفضل سوى الرجوع على المدين إذا كان سيء النية على أساس المسؤولية التصويرية، أو على المنتمي على أساس المسؤولية العقدية، لإخلاله بأحد بنود العقد.

649 - طبقا لنص المادة 141، من القانون المدني الجزائري.

650 - أنظر للمزيد من التفصيل حول نظرية السريان المستتر:

- Larroumet (Ch.), le conflit entre cessionnaires successifs..., p 597.

651 - القائم على أساس تبليغ المدين بحوالة الحق.

المطلب الثاني: التزامه الرجوع إلى الحماية الخاصة التي يولها المشرع لبعض الطوائف من الدائنين:

ينشأ التزامه في هذه الحالة، بسبب الحماية الخاصة التي يولها المشرع لبعض طوائف الدائنين غير العاديين وغير الممتازين في نفس الوقت، وإنما يتمتعون بحقوق محمية بمقتضى القانون. ومن ثمة، فإن هذه الحماية لا تنصب على أوصاف الحق نفسه، وإنما تهدف إلى حماية وتسهيل تحصيله بالنسبة للدائنين به؛ الذين يجدون أنفسهم في مواجهة مؤسسة تحويل الفاتورة، التي حول لها نفس الحق من طرف المنتمي.

وتفصيل هذا المطلب يستدعي تقسيمه إلى:

الفرع الأول: التزامه مع الدائن الحاجز.

الفرع الثاني: التزامه مع الوكيل المتصرف القضائي "وكيل التفليسة".

الفرع الأول: التزامه بين مؤسسة تحويل الفاتورة و الدائنين الحاجزين.

تنص المادة 250 من القانون المدني الجزائري، " إذا حجز ما تحت يد المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر. و في هذه الحالة، إذا وقع حجز آخر 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، المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له"⁶⁵².

فمن خلال هذا النص، ينبغي في إطار التزامه بين مؤسسة تحويل الفاتورة والدائنين الحاجزين، التمييز بين ثلاثة حالات.

الحالة الأولى: إذا حجز ما تحت يد المدين قبل نفاذ عقد تحويل الفاتورة، في هذه الحالة عد هذا العقد بمثابة حجز جديد.

الحالة الثانية: إذا نفذ عقد تحويل الفاتورة قبل حصول الحجز، كانت أولوية التحصيل للوسيط وحده.

الحالة الثالثة: إذا كان هناك حجز نافذ قبل عقد تحويل الفاتورة، وحجز نافذ بعده، تمت قسمة الدين قسمة الغرماء، مع الإنقاص من حصة الحاجز المتأخر لتكملة قيمة حق الوسيط.

⁶⁵² - تقابلها المادة 313 من القانون المدني المصري.

وعلى هذا النحو، يؤخذ تفصيل التزاحم بين الوسيط والدائنين الحاجزين من الجوانب التالية:

أولاً: التزاحم بين الوسيط والدائنين الحاجز .

في هذه الحالة، يفترض أن عقد تحويل الفاتورة صار نافذاً في حق الغير، قبل توقيع الحجز وصيرورته نافذاً، بأن استطاع الوسيط إعلان المدين به قبل أن يعلنه الدائن الحاجز طبقاً لإجراءات تبليغ الحجز، المنصوص عليها في نص المادة 688 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري⁶⁵³؛ أو استطاع الوسيط أن يحصل من المدين على قبول ذا تاريخ ثابت، سابق على تاريخ إعلان الحجز للمدين.

ويبطل إجراء الحجز، إذا تم شهر إفلاس المدين المحجوز عليه قبل أن يصدر حكم نهائي بصحة الحجز، ويتم إعلانه للمدين المحجوز عليه، وفقاً لما تقرره المادة 5/107 من قانون الإفلاس الفرنسي⁶⁵⁴.

العبرة في حل هذا النزاع تكون وفقاً لمبدأ أسبقية النفاذ، فإذا نفذ عقد تحويل الفاتورة قبل الحجز كانت للوسيط أولوية التحصيل؛ وإذا نفذ الحجز قبل عقد تحويل الفاتورة عد هذا الأخير بمثابة حجز آخر⁶⁵⁵. ولأنه لا توجد أولوية بين الحجوز المتقدمة والمتأخرة، تتم قسمة الدين قسمة الغرماء كما سنأتي على توضيحه.

لتحديد تاريخ نفاذ عقد تحويل الفاتورة، ينبغي تحديد طبيعة الأساس القانوني المعتمد كسند للعقد؛ فإذا استند العقد على مبادئ حوالة الحق، فإنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من تاريخ تبليغه تبليغاً صحيحاً إلى المدين، أو من تاريخ قبول هذا الأخير له قبولاً ثابتاً التاريخ⁶⁵⁶. أما إذا استند العقد على مبادئ حوالة دايلي أو الحلول الاتفاقي⁶⁵⁷، فإن العقد يكون نافذاً من تاريخ إبرام الحوالة بالنسبة لحوالة دايلي، ومن تاريخ حصول الحلول بالنسبة للحلول الاتفاقي.

⁶⁵³ - راجع نص المادة 688 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

⁶⁵⁴ -Grillot (Jean) et Saint-céne (Marc), la loi dailly et la réforme des procédures civiles d'exécution, banque et droit, mai – juin 1993, n° 29, p 3.

⁶⁵⁵ - وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي:

-Tribunal de Toulouse, 1^{er} mars 1907, D.1908-2-217, obs., Fraissigner.

⁶⁵⁶ - طبقاً لنص المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري.

لذلك ثار تساؤل في النظام الفرنسي، عن مدى اعتبار الحلول أو حوالة دايلي بمثابة حجز آخر، قياسا على ما هو مقرر بشأن حوالة الحق المدنية، حتى مع انتفاء إعلان المدين بها على يد محضر⁶⁵⁸.

للإجابة على هذا التساؤل، نقول أن العبرة في ربط تشبيه الحوالة اللاحقة بحجز آخر، بنفاذها في مواجهة الغير؛ هو أن سريان انتقال الحق في مواجهة المدين والغير، يكون من تاريخ تبليغ الحوالة أو ثبوت قبول المدين لها؛ ومن ثم ينتقل الحق إلى الوسيط كاملا غير منقوص، وطالما أن حق المحال له نافذا في مواجهة المدين، فلا يجب أن يتمتع بحقوق أقل من حقوق الحاجز⁶⁵⁹.

أما في الحلول الاتفاقي وحوالة دايلي، فحسب رأينا ينشأ نفس الحق للوسيط لكن بفارق بسيط، هو أن هذا الحق ينشأ من تاريخ إبرام حوالة دايلي أو من تاريخ حصول الحلول، وليس من تاريخ التبليغ، كما سبق وأن قدمنا؛ وهذا تطبيقا لمبدأ السريان المستمر لحوالة دايلي والحلول الاتفاقي، على عكس السريان المشروط بالتبليغ الرسمي أو القبول في حوالة الحق.

هناك سؤال آخر يطرح، حول مصير الحجز الذي يقع بعد نفاذ عقد تحويل الفاتورة في مواجهة الغير، على اعتبار أن الحق المحال قد انتقل من المنتمي إلى الوسيط، وعلى اعتبار أن الحجز واقعا من الدائن الحاجز على مدينه المنتمي.

للإجابة على هذا التساؤل، نقول أن المنتمي إن كان قد نقل حقه إلى الوسيط، فيكون الحجز الواقع بعد ذلك على نفس الحق، وقع على حق غير مملوك للمدين، باعتبار انتقال ملكيته للوسيط، فيقع تبعا لذلك باطلا لانعدام المحل؛ ومن ثمة يتقدم الوسيط في هذه الحالة على الدائن الحاجز، ويستولي على قيمة الحق الثابت في الفاتورة⁶⁶⁰، وما يتبقى من الحق بعد ذلك إن تبقى شيء منه، يستوفي منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ - و هو الأساس القانوني الذي أحد به المشرع الفرنسي، لانتقال الحق في عقد تحويل الفاتورة، كما قدمنا.

⁶⁵⁸ - Paillard (Herve), Les conflits sur créances, thèse, Aix 3, 1993, p.103.

⁶⁵⁹ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 315.

⁶⁶⁰ - محمد شريف عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 234.

⁶⁶¹ - فيمكننا القول، في هذه الحالة، أن محل الحجز المتأخر عن الحوالة، يقع فقط الجزء المتبقي من الحق محل الحوالة.

ثانياً: التزاحم بين الدائن الحاجز و الوسيط.

في هذه الحالة وعلى عكس الحالة الأولى، نفترض أن الدائن الحاجز قد سبق الوسيط، فأعلن الحجز للمدين قبل أن يعلن الوسيط الحوالة، أو قبل أن يحصل قبول بها ذي تاريخ ثابت من المحال عليه. أما إذا كان أساس عقد تحويل الفاتورة، حوالة دايلي أو الحلول الاتفاقي، فيشترط في هذه الحالة حصول إعلان الحجز للمدين قبل إبرام الحوالة أو حصول الحلول. باعتبار أن الحجز وقع وقت كان الحق ملك للمدين، فالحجز صحيحاً منتجاً لأثره، أما عقد تحويل الفاتورة المتأخر فيعتبر بمثابة حجز متأخر⁶⁶²، وهذا ما نصت عليه المادة 1/250 من القانون المدني الجزائري⁶⁶³.

ولما كان الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر، فإن كل من الدائنين الحاجزين يزاحم الآخر، ويقسم مال المحال أو المدين بينهما قسمة الغرماء؛ فإذا كان مال المدين يكفي الطرفين، أخذ كل واحد مقدار ما يستغرق دينه الثابت، أما إذا كان مال المدين غير كاف لاستغراق دين الدائن الحاجز والوسيط، حدثت بينهما قسمة الغرماء.

فلو كان مقدار دين الدائن الحاجز 400 مليون دينار، ومقدار دين الوسيط 600 مليون دينار، ولم يوجد عند المدين سوى 800 مليون دج، أخذ الدائن الحاجز 320 مليون دينار وأخذ الوسيط 480 مليون دينار، طبقاً لقسمة الغرماء⁶⁶⁴.

ثالثاً: التزاحم بين الدائن الحاجز الأول و الوسيط و الدائن الحاجز الثاني.

في هذه الحالة نفترض أننا أمام حجزين وعقد تحويل الفاتورة؛ الحجز الأول تم إعلانه قبل سريان عقد تحويل الفاتورة في مواجهة الغير، أما الحجز الثاني فقد تم إعلانه بعد سريان العقد.

662 - أنظر في شأن الحوالة النافذة بعد نفاذ الحجز، كل من:

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 304، ص 546. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام- الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، بدون بيانات، فقرة 166، ص 206. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، فقرة 162، ص 111. اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 197، ص 366. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 162. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، فقرة 360، ص 489. فتحي عبد الرحيم، دروس في أحكام الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون تاريخ، فقرة 245، ص 295. محمد شريف عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 235.

663 - حيث تنص المادة 250 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، " إذا حجز ما تحن يد المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر".

664 - أي أن كل دائن يأخذ بحسب نسبة دينه.

لو رجعنا إلى القواعد العامة، لقلنا بصحة الحجز المتقدم وبطلان الحجز المتأخر، لأنه عند ضرب الحجز المتقدم وإعلانه، كان الحق مازال مملوك للمنتمي ولم ينتقل بعد للوسيط، بينما سريان عقد تحويل الفاتورة جعل ملكية الحق تنتقل من المنتمي للوسيط، وبالتالي الحجز الذي يأتي بعد هذا السريان هو حجز باطل، لانعدام المحل كما سبق وأن قدمنا.

رغم ذلك، فإن نص المادة 250 من القانون المدني الجزائري⁶⁶⁵، جاء عكس هذا التوجه تماما، وقرر صحة ونفاذ الحجز الثاني؛ فنصت الفقرة الثانية من المادة 250 "... وفي هذه الحالة، 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 المتأخر، المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له".

وهو مذهب نراه غريب وغير مفهوم، وضحيته الأولى هو الحاجز المتقدم؛ فمن جهة هو صاحب الفضل في دخول الحاجز المتأخر لقسمة الغرماء، فلولا حجزه المتقدم لأبطل حجز الحاجز المتأخر، ومن جهة ثانية سوف ينتقص من حقه، لأنه لولا الحجز المتأخر لكانت قسمة الغرماء على اثنين وليس على ثلاثة. ومن جهة أخيرة، فإن أول المستفيدين هو الوسيط، والذي بعد أن يدخل مع الحاجز المتقدم والحاجز المتأخر في قسمة الغرماء، يعود ويغترف من قسمة الحاجز المتأخر إلى أن يكمل حقه، أو ينقضي حق هذا الأخير.

ولتوضيح حجم الغبن الذي يصيب الحاجز المتقدم، نعطي مثال تطبيقي على ذلك؛ فلو أن قيمة الحق لدى المدين 600 مليون دج، وقيمة دين الحاجز المتقدم 300 مليون دج ودين الحاجز المتأخر 300 مليون دج، والوسيط 400 مليون دج.

يكون بتطبيق آلية نص المادة 250 من القانون المدني الجزائري، من نصيب الحاجز المتقدم 180 مليون دج، ومن نصيب الحاجز المتأخر 180 مليون دج، ومن نصيب الوسيط 240 مليون دج، تم يأخذ من نصيب الحاجز المتأخر 160 مليون دج لإكمال 400 مليون دج، وهي قيمة دين الوسيط؛ فيصبح في الأخير من نصيب الوسيط 400 مليون دج (وهي قيمة حقه مكتملة غير منقوصة)، ومن نصيب الحاجز المتقدم 180 مليون دج، ومن نصيب الحاجز المتأخر 20 مليون دج.

⁶⁶⁵ - و يقابلها بنفس المعنى و نفس الصياغة الحرفية نص المادة 314، من القانون المدني المصري.

بمقارنة بسيطة، نجد أن أول من غبن في هذه العملية هو الحاجز المتقدم؛ فبالرغم من أن الحاجز المتأخر لم يتبقى له من قيمة دينه سوى 20 مليون دج، فهو على الأقل أحسن من لا شيء، باعتبار أنه لولا هذه الآلية لما كان من نصيبه شيء ولأعتبر حجزه باطلاً؛ ولولا هذه الآلية، لقسم الدين على اثنين وليس ثلاثة، ولكان من نصيب الحاجز المتقدم 300 مليون دج، والوسيط 300 مليون دج.

وعلى عكس الحاجز المتقدم، كان المستفيد الأول من هذه الآلية هو الوسيط، والذي عوض أن يأخذ 300 مليون دج بقسمة الغرماء، أخذ دينه كاملاً غير منقوص؛ بعد أن اغترب من نصيب الحاجز المتأخر، الذي دخل في قسمة الغرماء بسبب الحاجز المتقدم⁶⁶⁶.

الفرع الثاني: التزامه مع الوكيل المتصرف القضائي أو "وكيل التفليسة".

السؤال الذي يطرح عند التعرض لمثل هذا التزام، هو مدى سريان العقد المبرم بين الوسيط و المنتمي، في مواجهة الوكيل المتصرف القضائي، أو ما كان يعرف سابقاً بوكيل التفليسة.

رأينا عند دراستنا للالتزام بين الوسيط والدائنين الحاجزين، كيف أن فض هذا التزام يكون بالرجوع إلى مبدأ أولوية السريان؛ فمتى كان عقد تحويل الفاتورة نافذاً في مواجهة الغير قبل نفاذ الحجز بطل هذا الأخير وسرى العقد لوحده؛ ومتى كان الحجز نافذاً قبل نفاذ عقد تحويل الفاتورة، عد هذا الأخير بمثابة حجز آخر وتساوى في مرتبة استيفاء الحق مع الحجز الأول بتطبيق قسمة الغرماء.

وإن كانت آثار الحكم على أموال المدين وتصرفاته، تختلف بحسب ما إذا كان حكماً بالإفلاس أو التسوية القضائية، إلا أنه في كلتا الحالتين يوجد المدين بعد الحكم، مقيداً من جهة إدارة ذمته المالية والتصرف فيها؛ بل وأن هذا التقييد سينسحب حتى إلى التصرفات السابقة على صدور الحكم، وذلك خلال ما يسمى بفترة الريبة⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ - والخطأ في هذه الآلية واضح، إذا كان من المفروض، أن تكون قسمة الغرماء، بين الوسيط أو المحال له و الدائن المتقدم، وكان ينبغي ألا يزاحم الحاجز المتأخر و حجزه باطل، الحاجز المتقدم و حجزه صحيح.

⁶⁶⁷ - راشد راشد، المرجع السابق، ص 268.

نظرا للطبيعة المزدوجة لسريان حكم الإفلاس أو التسوية القضائية، بعد صدور الحكم وقبل صدوره (فترة الريبة)، فسوف نحاول مقارنة مدى نفاذ وصحة التصرف المبرم بين الوسيط والمنتمي، في مواجهة الوكيل المتصرف القضائي، خلال كل مرحلة على حدا.

أولا: سريان العقد الزائد في فترة الريبة في مواجهة الوكيل المتصرف القضائي.

يقصد بفترة الريبة⁶⁶⁸، الفترة الممتدة ما بين تاريخ توقف المدين عن الدفع⁶⁶⁹ وتاريخ الحكم المعلن للإفلاس، وفي بعض الأحيان تتضمن هذه الفترة، الستة أشهر السابقة على تاريخ التوقف عن الدفع.

خلال هذه الفترة، لا تنفذ التصرفات التي يقوم بها المدين مع الغير، في مواجهة الوكيل المتصرف القضائي إما وجوبا أو جوازا؛ فما هو الموقف القانوني للتصرف الذي أبرمه المنتمي (المدين) مع الوسيط خلال هذه الفترة.

ينبغي الإشارة أولا، إلى أن المشرع الفرنسي في قانون الإفلاس الجديد، يبطل التصرفات الموشومة بطابع الريبة والشك وقصد الإضرار بالدائنين، إذا عقدت في فترة الريبة؛ بينما المشرع الجزائري مثله مثل المشرع المصري⁶⁷⁰، لم يجعل هذه التصرفات باطلة، وإنما هي تصرفات صحيحة ولكنها غير نافذة، في حق جماعة الدائنين ليس إلا.

عرف موقف المشرع الفرنسي، تطورا من الأخذ بموقف بطلان جميع التصرفات المبرمة في مرحلة الريبة بمقتضى القانون الفرنسي القديم، المتعلق بالإفلاس (قانون 13 جويلية 1967، المادة 29 و 31)⁶⁷¹، إلى الأخذ بموقف الموازنة بين البطلان الوجوبي أو البطلان الجوازي؛ الأول يكون بقوة القانون، والثاني يخضع لتقدير المحكمة، بمقتضى القانون الجديد⁶⁷²، (قانون 25 جانفي 1985 المادة 107)⁶⁷³.

⁶⁶⁸ - Période suspecte.

⁶⁶⁹ - راجع المادة 247 من القانون التجاري الجزائري.

⁶⁷⁰ - راجع المادة 247 من القانون التجاري الجزائري والمواد 227 إلى 231 من القانون التجاري المصري.

⁶⁷¹ - Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

⁶⁷² - Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁶⁷³ - C. (Gavalda), perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage JCP 1989 éd E, fasc 15579, n° 34.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بدوره، الذي أخذ بعدم النفاذ الوجوبي، بمقتضى نص المادة 247 من القانون التجاري الجزائري، وعدم النفاذ الجوازي، بمقتضى نص المادة 249 من نفس القانون.

بالرجوع إلى أحكام هذه النصوص القانونية، هل يمكننا القول بأن عقد تحويل الفاتورة يدخل في نطاق التصرفات غير النافذة نفوذا وجوبيا، أي أنها غير نافذة بقوة القانون، وليس على المحكمة سوى تقرير عدم النفاذ؛ أم أنه يدخل في نطاق التصرفات غير النافذة نفوذا جوازيا، أي أن تقدير عدم النفاذ يرجع لسلطة المحكمة.

نظرا لأن عقد تحويل الفاتورة لا يبرم على سبيل التبرع، ولأن الضمان في هذا العقد هو انتقال ملكية الحقوق محل الحوالة للوسيط⁶⁷⁴؛ فإنه يشترط لنفاذ عقد تحويل الفاتورة في فترة الريبة، أن ينسجم مع الأوضاع المقررة قانونا لنفاذ التصرفات المبرمة في هذه الفترة، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

1- أن تكون التزامات طرفي العقد متوازنة.

تنص المادة 247 من القانون التجاري الجزائري، على أنه لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين، منذ تاريخ التوقف عن الدفع، بكل عقد معاوضة يتجاوز فيه التزام العميل بكثير التزام الطرف الآخر.

ولا يعد عقد تحويل الفاتورة من العقود مختلة التوازن، نظرا لوجود تلازم وترابط بين قيمة الائتمان الذي تمنحه المؤسسة لعميلها، وقيمة الحق المحال ضمانا لاسترداد الائتمان⁶⁷⁵.

2- أن لا يتضمن العقد أي وفاء بالديون.

حيث لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين، منذ تاريخ التوقف عن الدفع، بكل وفاء لديون غير حالة أو وفاء لديون حالة بغير الطريق النقدي أو الأوراق التجارية أو بطريق التحويل، أو غير ذلك من وسائل الوفاء العادية⁶⁷⁶؛ فهل ينطبق هذا الوصف على عقد تحويل الفاتورة؟.

674 - و ليس التأمينات العينية التقليدية، في عقود التأمينات الأخرى، و القائمة على الرهن الرسمي و الرهن الحيازي.

675 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 325.

676 - المادة 247 من القانون التجاري الجزائري، العنصر الرابع.

للإجابة على هذا السؤال يتعين أول الأمر، تحديد الأساس القانوني للعقد، إذا ما كان يستند على حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي.

أ- مدى انطباق هذا الوصف على الحلول الاتفاقي.

ذهب قضاء الاستئناف الفرنسي⁶⁷⁷، إلى عدم نفاذ الوفاء الحلولي الحاصل من مؤسسة تحويل الفاتورة بتعجيل قيمة الفواتير، باعتباره يدخل في نطاق الديون غير مستحقة الأداء، وبعد غير ساري في مواجهة المدين إذا أبرم في فترة الريبة⁶⁷⁸. غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت قرار الاستئناف⁶⁷⁹، استنادا إلى الأوجه التالية:

أ-1 أن الوفاء الممنوع، هو الوفاء الحاصل من المدين وليس الوفاء الحاصل من مؤسسة تحويل الفاتورة؛

أ-2 إن تسليم سند الحلول من المنتمي المفلس لمؤسسة تحويل الفاتورة، لا يعد وفاء وإنما هو مجرد ضمان، ليرد الائتمان الممنوح من قبل الوسيط.

ب- مدى انطباق هذا الوصف على حوالة الحق.

رأينا كيف انصرف القضاء الفرنسي إلى استبعاد الحلول الاتفاقي، كأسلوب لوفاء المدين بديونه، ومن ثمة نفاذ عقد تحويل الفاتورة المستند على أساس الحلول الاتفاقي، في مواجهة الغير؛ فهل يستوي الأمر لو كان أساس العقد هو حوالة الحق، أو بتعبير آخر هل تعتبر حوالة الحق أسلوب غير عادي للوفاء، ومن ثمة عدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين.

في هذه النقطة بالذات، يختلف موقف المشرع الفرنسي عن موقف المشرع الجزائري؛ فيذهب الأول إلى اعتبار حوالة الحق أسلوب غير عادي للوفاء، ينطبق عليه نص المادة 29 من قانون الإفلاس القديم، وتعتبر بالتالي غير نافذة في مواجهة جماعة الدائنين؛ بل وحتى نص المادة 107 من قانون الإفلاس الجديد، لم تجعل حوالة الحق ضمن أساليب الوفاء العادية النافذة في حق الغير⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ - Paris 16 novembre. 1978, R.T.D.com 1979, p.139, n°12, obs., Cabrillac et Tessié.

⁶⁷⁸ - هذا الحكم استندت فيه محكمة الاستئناف إلى القانون الفرنسي القديم المتعلق بالإفلاس (قانون 13 جويلية 1967) المواد 29-31

منه، الذي كان يعتبر جميع التصرفات المبرمة في فترة الريبة غير نافذة في حق جماعة الدائنين، غير أن قانون الإفلاس الجديد (قانون 25 جانفي

1985) وفي المادة 107 منه أصبحت نفس تلك التصرفات غير النافذة في ظل القانون القديم، إلزامية أو جوازية في ظل القانون الجديد.

⁶⁷⁹ - Cass. Com, 17 juin 1980, Bull Civ 1980, N° 259, DS. 1980, J.C.p, p475, obs, Homorat (A).

⁶⁸⁰ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 327.

أما أساليب الوفاء العادية، والنافذة في مواجهة جماعة الدائنين، حصرها المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 107 من قانون الإفلاس الجديد⁶⁸¹، في النقود والأوراق التجارية وحوالة دايلي، وأي وسيلة متعارف عليها في العلاقات التجارية.

بيد أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي، حسم في هذه النقطة بالذات بجعل حوالة الحق بمثابة وفاء عادي، ونافذ في حق جماعة الدائنين؛ وهذا ما نستشفه صراحة من نص المادة 247 من القانون التجاري الجزائري: "... كل وفاء لديون حالة بغير الطريق النقدي، أو الأوراق التجارية أو بطريق التحويل، أو غير ذلك من وسائل الوفاء العادية..." ويقصد بطريق التحويل هنا، تحويل الحق أو حوالتة.

ثانياً: تعاقب الوسيط مع المنتمي رغم علمه بتوقفه عن الدفع.

هذه الحالة تختلف عن سابقتها، باعتبارها تدخل في نطاق عدم النفاذ الجوازي وليس الوجوبي، أي أن للمحكمة سلطة تقدير مدى نفاذ العقد في حق جماعة الدائنين أم لا؛ وهذا بالرجوع إلى حسن نية وسوء نية الوسيط⁶⁸².

يشترط إذن وفي جميع الحالات المذكورة أعلاه، لرجوع مؤسسة تحويل الفاتورة على المدين، لاسترداد الائتمان بلا مزاحمة من الوكيل المتصرف القضائي، أن يتفق العقد مع الأوضاع التي يقرها القانون لصحة التصرفات المبرمة في فترة الرتبة⁶⁸³. غير أنه في حالة عدم توافق العقد مع هذه الأوضاع القانونية، فإنه لا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين، مع بقاء صحيحا في العلاقة ما بين الوسيط والمدين، بحيث يمكن إلزامه بتنفيذه بعد انتهاء التقلية.

ثالثاً: نفاذ العقد في مواجهة الوكيل المتصرف القضائي بعد صدور حكم الإفلاس.

إذا صدر عقد تحويل الفاتورة، وقبل أن يصبح نافذاً في حق الغير بالإعلان أو القبول، شهر إفلاس المنتمي، فإن دائني المنتمي في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى الوسيط، وذلك من وقت صدور الحكم بالإفلاس.

⁶⁸¹-Modifié par la Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

⁶⁸² - إذا أن نص المادة 249 من القانون التجاري الجزائري، أعطت للقاضي حرية تقدير مدى قبول التصرفات بعوض التي يعقدها المدين بعد توقفه عن الدفع، أو عدم قبولها.

⁶⁸³ - المنصوص عليها في نص المادة 247 من القانون التجاري الجزائري.

ومن المتفق عليه، أن يد المفسس تغل من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس؛ وأن هذا الغل لا يقتصر فقط على إدارة الأموال، بل ينصرف إلى التصرف في هذه الأموال⁶⁸⁴؛ والعبارة لنفاذ عقد تحويل الفاتورة في مواجهة الدائنين أو الوكيل المتصرف القضائي، هو إثبات نفاذ هذا العقد في مواجهة الغير، قبل تاريخ الحكم بشهر الإفلاس.

أما إذا كان نفاذ العقد بعد صدور الحكم بالإفلاس، فإنه لا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين؛ وفي هذه الحالة يبقى الحق المحال به ضمن تقييسة المنتمي، تتناوله إجراءات الإفلاس، ويدخل الوسيط ضمن دائني التقييسة، بما له من حق الرجوع على المنتمي، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء.

المطلب الثالث: التزام مع الغير على أساس طبيعة الحق ذاته.

هذا النوع من التزام القائم على أساس طبيعة الحق، يتخذ في العادة حالتين وهما، حالة البائع المحتفظ بملكيته وحالة المقاول من الباطن.

وقد قرر المشرع الجزائري امتياز خاص للبائع المحتفظ بالملكية⁶⁸⁵، في مواجهة المشتري، كما قرر حماية خاصة وامتياز خاص لفائدة المقاول من الباطن، في مواجهة المقاول الرئيسي⁶⁸⁶. لكن ما الحل فيما لو قام المشتري أو المقاول الرئيسي، بحوالة الحق لمؤسسة تحويل الفاتورة، في إطار عقد تحويل الفاتورة.

أكد أن المقاول من الباطن في الحالة الأولى، والبائع المحتفظ بملكيته في الحالة الثانية، سيجدان أنفسهما في مواجهة الوسيط ويزاحمانه في استحقاق الحق، الذي انتقلت إليه ملكيته من المشتري أو المقاول الرئيسي.

هذا ما سنحاول دراسته على أساس التفصيل التالي:

الفرع الأول: التزام الوسيط، مع البائع المحتفظ بملكيته.

الفرع الثاني: التزام الوسيط مع المقاول من الباطن.

684 - المادة 244 من القانون التجاري الجزائري.

685 - طبقا لنص المادة 1/363، من القانون المدني الجزائري.

686 - طبقا لنص المادة 564، من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: تنازع الوسيط مع البائع المحتفظ بملكيتها.

تنص المادة 1/363 من القانون المدني الجزائري: " إذا كان ثمن البيع مؤجلا، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري، موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع".

فتبعا لنص المادة 363 أعلاه، غالبا ما يندرج البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، في البيع بالتقسيط أو مؤجل الثمن، لمزاياه في تيسير الشراء للمستهلك⁶⁸⁷.

ويقوم في العقد محل دراستنا، على قيام المنتمي "المشتري الأول"، ببيع البضائع المحتفظ بملكيتها قبل إيفاء ثمنها إلى البائع الأصلي، ثم نقله لحقه في الثمن قبل المشتري الثاني، للوسيط.

يمثل شرط الاحتفاظ بالملكية، أحد الضمانات الهامة لقيام البائع باستيفاء حقه في الثمن من مشتري البضائع، ففي حالة تقاعس هذا الأخير عن الوفاء رغم يساره، فإن للبائع حق استرداد المبيع المحتفظ بملكيتها من يده⁶⁸⁸.

وإن كان التنازع في الحالة التي جئنا على ذكرها، يكون بين الوسيط الذي انتقلت إليه ملكية الحق الثابت في الفاتورة، بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، والمشتري الثاني الذي انتقلت إليه ملكية البضائع المحتفظ بملكيتها من البائع الأول؛ فهنا يكون المشتري الأول أو المنتمي قام بتصرفين قانونيين، فقد قام أولا ببيع البضائع المحتفظ بملكيتها لمشتري ثاني، ثم قام بحوالة الحق المترتب على هذا التصرف إلى الوسيط.

غير أننا قد نجد أنفسنا في مواجهة حالة قانونية أخرى، وهي الحالة التي يقوم فيها البائع الأصلي المحتفظ بالملكية، بحوالة حقه في مواجهة المشتري لحساب الوسيط، بمقتضى عقد

⁶⁸⁷ - مراد فهم منير، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.

⁶⁸⁸ - V. sur la clause de réserve de propriété, la thèse de F. Pérochon Françoise, la réserve de propriété dans la vente des meubles corporels, litec 1988. - La clause de réserve de propriété, Paris 1980, sous la direction de W.Garcin et Tehieffry Lib. Tech. Fondation pour le droit de l'Entreprise ; Soinne. La transmission de la réserve de propriété, G.P.1985.288.

و راجع في نفس الموضوع:

- محمد حسنين منصور، شرط احتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993.

- علي سيد قاسم، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، دار النهضة العربية، 1991.

تحويل الفاتورة، ثم بعد ذلك يتم إعلان إفلاس المشتري الأول. وهنا في هذه الحالة، يطرح إشكاليين قانونيين، الإشكال الأول يتمثل في مدى انتقال الحق المحفوظ بملكيتته من البائع الأصلي إلى الوسيط، والإشكال الثاني في المزاومة القانونية التي تنشأ بين مؤسسة تحويل الفاتورة وجماعة الدائنين، ممثلة في الوكيل المتصرف القضائي.

إن تقرير انتقال الملكية المحفوظ بها إلى مؤسسة تحويل الفاتورة، يخول لها التمتع بثلاثة امتيازات هي، حق استرداد المنقول المبيع من المشتري "المدين" في حالة تقاعسه عن الوفاء بالثمن؛ وحق استرداده من تفليسة المشتري الأول باعتبارها مالكة له؛ وحق الرجوع على المشتري الثاني المتصرف إليه بدعوى استرداد الثمن، في حالة إفلاس المشتري الأول مدين البائع الأصلي، إذا لم يكن قد وفى به لهذا الأخير⁶⁸⁹.

غير أن تقرير هذه الامتيازات، لن يتأتى إلا بتقرير مدى انتقال الملكية نفسها؛ ففي عقد تحويل الفاتورة، يكون المنتمي عادة عبارة عن بائع محتفظ بالملكية إلى غاية وفاء المدين بكافة قيمة الدين؛ وبحوالة الحق للوسيط أو الشركة محولة الفواتير، فإن هذا الحق ينتقل بهذه الصفة كتابع من توابعه؛ وهو التابع الذي يمنح الدائن الأصلي أو المنتمي صفة الدائن الممتاز جدا⁶⁹⁰.

عقد تحويل الفاتورة، هو تقنية تسمح بانتقال كل الشروط المتعلقة بصفة الدائن، ومن بينها شرط الاحتفاظ بالملكية⁶⁹¹. وقد حسمت محكمة النقض الفرنسية أمر انتقال الحق للوسيط، في قرارها الصادر بتاريخ 15 مارس 1988⁶⁹²، بقولها بأن شرط الاحتفاظ بالملكية هو تابع من توابع الحق، ينتقل بصفة آلية للمحال له⁶⁹³؛ فيستفيد الوسيط من نفس الوضعية القانونية التي

689 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 86.

690 - « Cet accessoire, permettant au créancier originaire (le vendeur) d'obtenir une situation - super privilégie- ».

- Bouraoui darghouth (F), op.cit. p.264.

691 - Cabrillac, Les accessoires de la créance, Op.cit., n.18

692 - Cass com., 15 mars 1988, D.1988.jure.330, JCP éd. E.1988 II n 15211 obs. Cabrillac et Vivant, Revu Banque.1988.699 obs. Rives-Lange.

693 - حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية:

« Attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel accueille la revendication des véhicules exercée par l'établissement de crédit qui, ayant versé au vendeur le solde du prix de ces véhicules, avait été régulièrement subrogé par celui-ci dans ses droits et actions, et notamment dans le bénéfice de la clause de réserve de propriété. »

كان يتمتع بها المنتمي، في مواجهة المدين الحائز للحق، ومن بينها الحق في طلب استرداد المبيع وحبسه، في حالة عدم وفاء المدين بالدين عند حلول أجل استحقاقه.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية⁶⁹⁴، في نفس يوم القرار المذكور أعلاه، جاء فيه بأنه وإعمالاً لشرط الاحتفاظ بالملكية، فإنه لا مجال للفرقة بين دعوى الاسترداد المرفوعة من البائع أو الدائن الأصلي بالحق، ودعوى الاسترداد المرفوعة ممن أحيل له هذا الحق.⁶⁹⁵

أما في المجال الفقهي الفرنسي، فقد ظهرت مجموعة من الآراء الفقهية، لتبرير عدم جواز انتقال الملكية المحتفظ بها، من الدائم الأصلي -المنتمي- إلى الدائن الجديد-الوسيط-.

حيث يرى الفقيه جستين - Chestin -، أن وفاء الدائن الجديد بثمن البضاعة المحتفظ بملكيتهما للدائن الأصلي، يؤدي إلى تحقق الشرط الواقف، ويؤدي بالتالي إلى انتقال الملكية للمدين المشتري، وهذا بغض النظر عن طبيعة أو صفة الموفي⁶⁹⁶. وبالتالي فإن شرط الاحتفاظ بالملكية، ينقضي بمجرد وفاء الوسيط للمنتمي بقيمة الدين الثابت في الفاتورة، وعليه فهو لا ينتقل للوسيط باعتبار انقضائه.

غير أن هذا الرأي أنتقد وأساس نقده، أن الوفاء المنهي للشرط الواقف المتعلق بالاحتفاظ بالملكية، هو الوفاء الحاصل من المدين به وليس من الغير. والوسيط يعتبر أجنبياً عن عقد البيع الرابط بين البائع -الدائن الأصلي- والمدين، وبالتالي فإن وفائه للأول لا يؤدي لانقضاء الشرط الواقف، والوفاء الوحيد الذي يؤدي لذلك هو الوفاء الحاصل من المدين⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴-Cass. Com., 15 mars 1988, Grands arrêts de la jurisprudence civile n° 209, D 1988.331, note Pérochon, GP 1988 1.244, note Soinne ; JCP 1988 éd E II 15408 note Morançais-Denester ; Revue Banque 1988 .699, note Rives-Lange, RTD civ 1988.791 obs. Bandrac.

⁶⁹⁵ - حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية:

- « Attendu que pour l'application d'une clause de réserve de propriété lorsque l'acheteur a été soumis à une procédure collective, il n'ya pas lieu de distinguer selon que la revendication est exercée par le vendeur ou par un tiers subrogé dans ces droit, que si le paiement avec subrogation a pour effet d'éteindre la créance à l'égard du créancier, il la laisse subsister au profit du subrogé qui dispose de toutes les actions qui appartenaient au créancier, et qui se rattachaient à cette créance avant le paiement. »

⁶⁹⁶ - Chestin (J), Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D 1981 Chr 1, n° 38.

⁶⁹⁷ - Mestre (J), de la transmissibilité de la clause de réserve de propriété, PA, 25 avril 1986, p 85.

وصنف فريق آخر من الفقه، الشرط الواقف المتعلق بعدم جواز انتقال الملكية المحتفظ بها، ضمن الحقوق العينية التبعية؛ فهو حسب هذا الرأي حق عيني تبعي نشأ بنشأة الدين الأصلي الرابط بين المدين والدائن الأصلي، وينقضي بانقضائه. وبما أن الحقوق التبعية تتبع الحق الشخصي في نشأتها وانقضائها، فإنه لا يمكن انتقالها لضمان حق شخص آخر، أي الحق الذي نشأ للوسيط في مواجهة المدين⁶⁹⁸.

وهذا الرأي الأخير مردود عليه، لأن الحقوق العينية التبعية قد وردت في القانون على سبيل الحصر⁶⁹⁹؛ وشرط الاحتفاظ بالملكية لم يأتي ذكره، في أي من القوانين المقارنة كحق عيني تبعي.

بيد أن الاتجاه الأكثر رواجاً، في تفسير مدى انتقال الملكية المحتفظ بها، هو الرأي الذي يرى في الملكية فكرة التابع Accessoire، أي أنها تنتقل مع غيرها من توابع الحق وتأميناته⁷⁰⁰. وإن كان هذا الرأي الأخير ليس محل إجماع بين جميع الفقه، حيث يرى الفقيه Ghozi، أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو شرط مرتبط بالدين وليس بالحق، وبالتالي فهو يعتبر تابع للدين وينتقل بحوالة الدين، وليس تابعا للحق، وعليه لا ينتقل بحوالة الحق⁷⁰¹؛ ومن ثم فهو لا ينتقل للوسيط بموجب عقد تحويل الفاتورة، باعتبار هذا الأخير يقوم على أساس حوالة الحق. خلصنا إلى أن معظم الفقه، متفق على انتقال الملكية المحتفظ بها من البائع المحتفظ بالملكية إلى الغير، على أساس أنها تابع للحق؛ وبالتالي يمكن للوسيط التمسك بانتقال الملكية في مواجهة دائني المنتمي (البائع المحتفظ بملكيته)، وفي مواجهة الوكيل المتصرف القضائي في حالة إعلان إفلاس المنتمي.

غير أن الإشكال الفعلي، يطرح في حالة قيام المشتري الأول للحق مع شرط الاحتفاظ بالملكية، بحوالة حقه هذا المثقل بهذا الشرط إلى الوسيط، وهذا بعد إعادة بيع نفس البضائع إلى مشتري ثاني.

⁶⁹⁸ - Chestin (J), op.cit., loc.cit.

⁶⁹⁹ - لمزيد من التفصيل راجع أحكام القانون المدني الجزائري، المواد 882، وما يليها.

⁷⁰⁰ - Pérochon (Françoise), op.cit, p129.

⁷⁰¹ - Ghozi, Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, D.1986 Chr.321.

حاول المشرع الفرنسي إيجاد حل للتنازع مع الوسيط، وذلك في القانون رقم 563/67 المؤرخ في 13 جويلية 1967 (المادة 66)⁷⁰²، وكذلك في قانون 98/85 المؤرخ في 25 جانفي 1985 (المادة 122 منه)⁷⁰³؛ حيث يسمح للوسيط باسترداد كل أو جزء من ثمن الشيء المبوع للمدين، الذي لم يفي به بعد للدائن الأصلي (المنتمي)، لو لم تتم بعد مقاصة في حساب جاري، بين المدين المشتري والدائن البائع⁷⁰⁴.

من خلال موقف المشرع الفرنسي هذا، يمكن استخلاص نتيجة مهمة وهي أن هذا التصرف لا يسري في مواجهة الغير، بينما يسري في مواجهة طرفيه، أي المنتمي والمشتري الثاني. وهو لا يسري في مواجهة الغير، باعتبار أن الملكية لم تنتقل بعد إلى المنتمي، وبالتالي يعتبر تصرفه في المبيع تصرفا في ملك الغير؛ بينما يسري هذا البيع في مواجهة المنتمي، بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وبالتالي فإن الحق مازال تحت يد البائع الأصلي، ما دام لم يتحقق بعد الشرط الواقف⁷⁰⁵.

فإذا حدث تنازع بين البائع الأصلي والوسيط، أعطيت الأفضلية للأول في رجوعه على المشتري الثاني (المدين)، ذلك أنه ليس للمشتري الأول أن ينقل للغير أكثر مما له شخصيا؛ وبما أن حق المشتري الأول أو المنتمي، هو حق منقول بحقوق البائع الأصلي، فإنه ينتقل إلى الوسيط في هذه الصفة.

⁷⁰²-Article 66, Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

- حيث تنص المادة 66 من قانون 563/67 على:

-« Peut être également revendiqué le prix ou la partie du prix des marchandises visées à l'article 65 qui n'a été payé ni réglé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur. »

⁷⁰³- Article 122 Modifié par Loi n°94-475 du 10 juin 1994 - art. 61 JORF 11 juin 1994 en vigueur au plus tard le 1er octobre 1994.

-Abrogé par Ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4 JORF 21 septembre 2000.

- حيث تنص المادة 122 من قانون 98/85 على:

- « Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article 121 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire. »

⁷⁰⁴ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 136.

⁷⁰⁵ - نفس المرجع، ص 137.

ولا يتخلص الوسيط من هذا الشرط المثقل للحق المنتقل إليه، إلا باستيفاء حقوق البائع الأصلي، إما بنفسه أو بقيام المنتمي بذلك أو بالاتفاق بين الطرفين، المنتمي ومؤسسة تحويل الفاتورة بمقاصة حق البائع. وعلى كل، ففي حالة بقاء حق البائع بدون إيفاء، فإنه يتقدم على الوسيط في استفاء الحق من المدين.

أما من حيث الاجتهاد القضائي الفرنسي، فقد اعتبرت محاكم الدرجة الأولى الفرنسية⁷⁰⁶، أن أفضلية الرجوع تعود للوسيط، استنادا لعقد تحويل الفاتورة المبرم بين المشتري الثاني ومؤسسة تحويل الفاتورة، وعدم سريان شرط الاحتفاظ بالملكية على شركة تحويل الفاتورة، وفقا لمبدأ نسبية العقود.

لكن محكمة الاستئناف الفرنسية، أعطت الأولوية في الرجوع على المدين للبائع الأصلي، استنادا إلى أنه لا يكون للوسيط من حقوق أكثر من مما كان للمنتمي⁷⁰⁷. وجاء قرار محكمة النقض الفرنسية الفرنسية، مؤيدا لقرار محكمة الاستئناف، معتبرا أنه لا يجوز للمنتمي أن ينقل إلى الوسيط أكثر مما له شخصيا، وينقل الدين مثقلا بحقوق الغير⁷⁰⁸.

الفرع الثاني: نزاع الوسيط مع المقاول من الباطن⁷⁰⁹.

تنص المادة 564 من القانون المدني الجزائري "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي، إذا لم يمنعه ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسئولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

⁷⁰⁶- T.C. Nanterre, 12 déc.1986, obs. Rives-Lange, Revue Banque 1987, p.198 ; et obs. Vasseur, Dalloz, 1987, p.149.

-T.C. Paris, 16 janv.1987, Dalloz, 1988, p.66, obs. Vasseur.

⁷⁰⁷- Paris, 3 fév. 1988, Gaz. Pal., 1-3 mai 1988, p.12, obs. Garnier et Le Blond ; et Dalloz 1988, I.R. n°.84, obs. Vasseur ; Revue Banque, 1988, p. 357, obs. Rives-Lange.

⁷⁰⁸- Cass com., 20 juin 1989, Bull. Civ, IV, 1989, n °.205; R.J.Com; 1990, p.54, Note Ch. Henri Gallet; P.A., 11 oct. 1989, n°.122, p.7, Note Françoise Pérochon ; et Dalloz, 1989, p. 431 ; Revue Banque, 1989, p.760, obs. Rives-Lange.

⁷⁰⁹- D.Rambure, Le paiement du sous-traitant, L.G.D.J éd droit des affaires 1990.

يتبين في بداية الأمر، أن مصطلح المقاول الفرعية الذي جاء به المشرع الجزائري، لا ينسجم والترجمة الفرنسية للمصطلح (sous-traitance)، ذلك أن الترجمة الصحيحة، والتي أخذ بها المشرع المصري وغيره من المشرعين العرب، هي "المقاول من الباطن"⁷¹⁰.

والإشكال القانوني، يطرح في حالة قيام المقاول الأصلي بعمليتين قانونيين منفردتين: **العمل القانوني الأول**: أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه، إلى المقاول من الباطن. **العمل القانوني الثاني**: أن يقوم بنقل حقه في مواجهة رب العمل لحساب الوسيط، بمقتضى عقد تحويل الفاتورة.

في هذه الحالة نكون أمام حقين متزاحمين، وهما:

1- حق المقاول من الباطن: إذ أن القانون، أعطى للمقاول من الباطن في حالة تخلف المقاول الأصلي عن الوفاء، دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل⁷¹¹، لاسترداد ما هو مستحق له من أعمال المقاول من الباطن⁷¹².

2- حق مؤسسة تحويل الفاتورة "الوسيط": إذ أن القانون، أعطى لمؤسسة تحويل الفاتورة حق الرجوع على المدين "رب العمل"، بمقتضى حوالة الحق أو الحلول الاتفاقي أو حوالة دايلي. اجتماع هذين الحقين معا، يؤدي لا محالة إلى نشوء تزاحم بين المقاول من الباطن والوسيط⁷¹³. وقد قدمنا بالتوضيح في المراحل السابقة من بحثنا، أن عقد تحويل الفاتورة يكون نافذا في مواجهة المدين والغير، من تاريخ إعلانه أو من تاريخ قبول المدين له. فما هي طبيعة حق المقاول من الباطن، ومتى يكون هذا الحق نافذا في مواجهة الغير والمدين⁷¹⁴.

⁷¹⁰ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 140.

⁷¹¹ - بمقتضى نص المادة 565 من القانون المدني الجزائري.

⁷¹² - و هو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 75-1334، الصادر في 31 ديسمبر 1975.

- Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

- L'art. 1 de la loi française de 1975 définit la sous-traitance, «la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. »

⁷¹³-Rambure (Dominique), le paiement du sous traitant, L G D J, 1990, p 38.

⁷¹⁴ - و يقصد بالمدين هنا، رب العمل و الغير دائنيه بما فيهم الوسيط.

أولاً: تحديد طبيعة حق المقاول من الباطن:

إن دعوى المقاول من الباطن، تتميز عن غيرها من الدعاوى بالخصائص التالية:

أ- متى يجوز التمسك بها:

تختلف دعوى المقاول من الباطن، في هذا الشأن عن الدعوى المقررة للبائع الأصلي المحتفظ بملكيته، في أن هذا الأخير لا يجوز له الرجوع على البائع الأصلي، إلا في حالة إعلان إفلاس المشتري الأول؛ في حين أن الدعوى المقررة للمقاول من الباطن، تثبت لهذا الأخير بمجرد تخلف المقاول الأصلي عن الوفاء، ولا يؤثر إفلاس المقاول الأصلي على مباشرة هذه الدعوى⁷¹⁵.

ب- شروط الأخذ بهذه الدعوى:

1- المادة 03 من قانون 75-1334، تلزم المقاول الأصلي بضرورة الحصول على موافقة رب العمل، لعقد المقابلة من الباطن⁷¹⁶؛ غير أن القانون المدني الجزائري وبموجب نص المادة 565 منه، لا يلزم المقاول الأصلي بضرورة حصوله على قبول رب العمل لعقد مقابلة من الباطن.

⁷¹⁵ - وهذا ما نصت عليه المادة 12 من قانون 75-1334:

«Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article.»

⁷¹⁶ - L'art 03 de la Loi n°75-1334 « L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant. »

وهو نفس الموقف، الذي تبناه المشرع المصري بموجب نص المادة 622 من القانون المدني المصري⁷¹⁷.

2- أن للمقاول من الباطن دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل، إذا تقاعس هذا الأخير في الوفاء له، بعد مرور شهر من إعداره.

3- أن التزامات رب العمل، تكون مقتصرة على ما هو مستحق للمقاول الأصلي في مواجهته، من تاريخ استلام إعدار المقاول من الباطن⁷¹⁸.

4- أن أي شروط أو تدابير، توضع لمنع تطبيق هذه الدعوى، تعد باطلة طبقاً لنص المادة 15 من هذا القانون⁷¹⁹.

ثانياً: تحديد طبيعة دعوى المقاول من الباطن وأثر ذلك في تزاممه مع الوسيط.

لقد أشرنا إلى أن دعوى المقاول من الباطن، هي دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل، لكن يبقى الإشكال الذي اختلف حوله الفقه والقضاء المقارنين، هو حول ما إذا كانت هذه الدعوى المباشرة، هي دعوى كاملة أم ناقصة؛ وإن من شأن توضيح ذلك، تحديد طبيعة العلاقة بين المقاول من الباطن والوسيط، وأسس فض التزام الناشئ بينهما، وعلى ذلك سنتعرض لموقف الفقه والتشريع والقضاء المقارنين فيما يلي:

أ- موقف القضاء الفرنسي:

انقسم القضاء الفرنسي في هذا المجال إلى موقفين:

⁷¹⁷ - مصطفى عبد السلام الجارحي، عقد المقاول من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1988، ص

95.

⁷¹⁸ - وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون 75-1334، بقولها:

- « L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement.

Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants. »

⁷¹⁹ - حيث تنص المادة 15 من قانون 75-1334، على ما يلي:

- « Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi. »

أ-1: الموقف الأول: وهو الموقف الداعي إلى التفضيل المطلق لحق المقاول من الباطن، في مواجهة مؤسسة تحويل الفاتورة، حتى ولو كان انتقال حق الوسيط سابقا على بدأ إجراءات الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن؛ وهذا الموقف تبنته الدائرة الثالثة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية⁷²⁰. أي أنه تبعا لموقف هذه الأخيرة، فإن الحق الذي يتمسك به المقاول من الباطن هو حق مستمد من دعوى مباشرة كاملة، تؤدي إلى تجميد الحق لصالح صاحبها منذ نشأته⁷²¹.

أ-2: الموقف الثاني: وهو الموقف الداعي إلى ربط تفضيل حق المقاول من الباطن، بمدى سريان حقه في مواجهة الغير، قبل نقل هذا الحق إلى مؤسسة تحويل الفاتورة؛ ذلك أن تجميد الحق لصالح المقاول من الباطن، لا يكون إلا من تاريخ مباشرة الدعوى أو الإعذار بالوفاء، أو بتعبير آخر من تاريخ ملاحقة المقاول من الباطن لرب العمل.

فالحق الذي يتمسك به المقاول من الباطن تبعا لهذا الموقف، هو حق مستمد من دعوى مباشرة ناقصة، لا تؤدي إلى تجميد الحق لصالح صاحبها إلا من تاريخ ملاحقة رب العمل، وهذا الموقف الأخير هو الذي تبنته الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية⁷²².

ب- موقفه المشرع الفرنسي من خلال قانون 334/75.

إن لنص المادة 13 من قانون 334/75، المعدلة والمتممة بقانون 2 جانفي 1981، وقانون 24 جانفي 1984، أهمية كبيرة في تحديد الأولوية بين الوسيط والمقاول من الباطن، من خلال الإضافات والتعديلات التي جاءت بها، والتي كانت كلها في صالح المقاول من الباطن على حساب البنوك ومؤسسات الائتمان، ومن بينها مؤسسات تحويل الفاتورة.

إذ أقر المشرع الفرنسي في القانون رقم 334/75 المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 في مادته 1/13، على أحقية المقاول من الباطن في استيفاء حقه، وذلك بوساطة الدعوى المباشرة؛ إذ أن المادة 1/13 تمنع كل تنازل أو رهن لحقوق، ناتجة عن عقد مقاول. غير أن عمومية

⁷²⁰ - Cass, civ, 1^e mars 1983, bull. Civ.III.49 n°25.

⁷²¹ - حيث جاء في قرار الدائرة الثالثة المدنية، بمحكمة النقض الفرنسية:

- « Le factor, porteur des créances de l'adhérent qui lui ont été transmises par l'effet de la subrogation, n'a pas plus de droit que son subrogeant, l'entrepreneur principal, aux lieux et place duquel il agit, et sa réclamation se heurte à l'action directe régulièrement exercée par le sous traitant. »

⁷²² - Cass com., 4 décembre 1984, JCP 1985, II 20445, note synvet.

نص المادة 13 أعلاه أوقع محكمة النقض بمختلف دوائرها، في تناقضات حول تفسير نطاق التحريم، الذي جاءت به نص المادة، وهذا ما استدعى تدخل المشرع مرتين لتحديد هذا النطاق.

ب1-التعديلات التي جاء بها قانون 2 جانفي 1981.

حيث أضاف من خلال المادة 1/13⁷²³، على أن المقاول الأصلي لا يستطيع أن يحول أو يرهن الحقوق الناتجة عن الصفقة أو العقد المبرم مع رب العمل، إلا بقدر الأعمال التي ينفذها شخصيا⁷²⁴؛ ومن خلال هذا النص، نستنتج أن المشرع الفرنسي أخرج الأعمال التي ينفذها المقاول الأصلي شخصيا من نطاق التحريم، وبالتالي بالإمكان حوالتها أورهاها.

ب2-التعديلات التي جاء بها قانون 24 جانفي 1984.

حيث أضاف هذا القانون بندا ثانيا للمادة 2/13⁷²⁵، ينص على أن للمقاول الأصلي أن يحول أو يرهن حقوقه كاملة، بشرط الحصول على الكفالة الشخصية والتضامنية، المقررة لصالح المقاول من الباطن⁷²⁶.

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الفرنسي، أباح للمقاول الأصلي حوالة أو رهن جميع حقوقه كاملة، بشرط الحصول على الكفالة الشخصية والتضامنية، المقررة لصالح المقاول من الباطن؛ أي أن يحصل كتابة على كفالة شخصية وتضامنية، تضمن حقوق المقاول من الباطن، بحيث لا يقع في تراحم مع من حول لهم المقاول الأصلي حقوقه.

ج-موقفه القانون المصري:

على عكس نظيره في القانون الفرنسي، وقف المشرع المصري موقفا واضحا، من تحديد نطاق تحريم رجوع مؤسسة تحويل الفاتورة على رب العمل.

⁷²³ - Loi n°81-1 du 2 janvier 1981.

⁷²⁴ - حيث تنص المادة 1/13 من قانون 02 جانفي 1981.

-« L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement. »

⁷²⁵ - Loi n°84-46 du 24 janvier 1984. Relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

⁷²⁶ - حيث ينص البند الجديد للمادة 1/13 من قانون 24 جانفي 1984.

- « Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants »

فإذا كان القانون الفرنسي، حصرها في إلزامية كون الحقوق المحولة لمؤسسة تحويل الفاتورة، تدخل في نطاق الالتزامات المنفذة شخصيا من المقاول الأصلي، أو بشرط حصول هذا الأخير على الكفالة الشخصية والتضامنية لصالح المقاول من الباطن؛ فإن القانون المصري اتجه إلى صحة سريان تصرفات المقاول الأصلي في حقه لدى رب العمل، إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الإنذار، فإذا لم تكن كذلك فهي غير نافذة في حق المقاول من الباطن⁷²⁷.

ويشترط المشرع المصري لمباشرة المقاول من الباطن دعواه، أن يوجه إنذار بالوفاء للمقاول الأصلي؛ وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 12 من قانون 1334/75، من أنه للمقاول من الباطن دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل بالمبالغ المستحقة في مواجهة المقاول الأصلي، إذا تقاعس هذا الأخير عن الوفاء له بعد مرور شهر من إعداره. غير أن طبيعة الإعدار المنصوص عليه بنص المادة 12 من قانون 1334/75، يختلف عن الإنذار الذي جاء به المشرع المصري؛ فالأول يفيد النظر فقط في تحديد المراحل الإجرائية المتبعة قبل الرجوع على رب العمل رجوعا مباشرا، بينما الثاني أي الإنذار في القانون المصري، يفيد في فض التنازع بين المقاول من الباطن والوسيط وفق قاعدة الأسبقية.

هـ- موقفه القانون الجزائري:

أما في القانون الجزائري، والذي نظم عقد المقاول من الباطن بمقتضى أحكام المادتين 564 و 565 من القانون المدني، فإنه لا يشترط لمباشرة المقاول الفرعي دعواه، أن يوجه إنذار بالوفاء للمقاول الأصلي، بل للمقاول الفرعي أن يتوجه مباشرة لمطالبة رب العمل بحقه في مواجهة المقاول الأصلي⁷²⁸.

وعلى هذا يكون المشرع الجزائري، قد خالف المشرع الفرنسي الذي استلزم ضرورة إعدار المقاول الأصلي، واشترط إضافة لذلك بنص المادة 3 من قانون 1334/75 ضرورة حصول المقاول الأصلي على قبول رب العمل للمقاول من الباطن؛ وخالف أيضا المشرع المصري الذي اشترط الإعدار دون أن يشترط القبول، في حين أن المشرع الجزائري لم يشترط لا القبول ولا الإعدار.

⁷²⁷ - مصطفى عبد السلام الجارحي، المرجع السابق، ص 96.

⁷²⁸ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 144.

وتنص المادة 565 من القانون المدني الجزائري، على أنه يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذي يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة، بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق، تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

من خلال هذا النص، نخلص إلى أن المشرع الجزائري لم يكتفي بالأخذ بالدعوى المباشرة الكاملة، بل جعل هذه الأخيرة لا ترد فقط على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل مقابل الأعمال المنفذة، بواسطة المقاول من الباطن؛ بل تشمل كافة المبالغ الممثلة للصفقة كلها.

ويكون موقف المشرع الجزائري بهذا المذهب، قد شاطر ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، التي جعلت دعوى رجوع المقاول من الباطن، تنصب على ما هو مستحق للمقاول من الباطن في ذمة المقاول الأصلي كحد أدنى، وما هو مستحق لهذا الأخير في ذمة رب العمل كحد أقصى⁷²⁹. ويستخلص كذلك من نص الفقرة الأخيرة، تقرير مصلحة المقاول من الباطن عن مصلحة أي شخص يتنازل له المقاول، عن دين في ذمة رب العمل⁷³⁰، بما فيهم الوسيط أو الشركة محولة الفواتير.

ثالثاً: الأفضلية المقررة لمؤسسة تحويل الفاتورة في بعض الحالات الاستثنائية.

إذا كانت القاعدة أو الأصل العام، أن حق المقاول من الباطن كما جاء توضيحه أعلاه، هو حق مفضلاً في غالبية الأحيان على حق مؤسسة تحويل الفاتورة أو الوسيط؛ غير أن هذا لا يمنع من بروز بعض الحالات المقررة، لأفضلية مؤسسة تحويل الفاتورة على المقاول من الباطن، وهذه الحالات يمكن حصر أهمها فيما يلي:

1- انتقال الحق للوسيط قبل إبرام عقد المقاول من الباطن.

فإذا كان نقل الحق من المنتمي إلى الوسيط، ثابت التاريخ قبل تاريخ الإصدار أو المطالبة، قدم حق الوسيط على حق المقاول من الباطن، لأن هذا الحق انتقل من المقاول الأصلي إلى مؤسسة تحويل الفاتورة، قبل أن يكون محل مقولة من الباطن.

⁷²⁹ - Cass, Ch. Mixte, 18 juin 1982, D 1983, p 221, note Pénabent.

⁷³⁰ - محمودي بشير، المرجع السابق، ص 144.

وهذا ما قرره المشرع المصري صراحة، وما ذهب إليه كذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 12 من قانون 1334/75، بينما يبقى موقف المشرع الجزائري في هذه النقطة غامضا، حيث أنه لم يقرر الإعذار أو الإنذار بالدفع.

كذلك يبقى التساؤل، فيما إذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الدعوى المباشرة الكاملة، أي تجميد الحق منذ نشأته وليس منذ المطالبة به، كما ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي والمصري؛ وفي هذه الحالة فإن الأفضلية تقرر، بالرجوع إلى تاريخ إبرام المقاول من الباطن، فإذا كان هذا التاريخ لاحقا عن تاريخ الحوالة، قدم حق الوسيط وآخر حق المقاول من الباطن، والعكس صحيح.

2- الدفع ببطان عقد المقاول.

من الحالات كذلك، التي يمكن أن تقرر أفضلية الوسيط على المقاول من الباطن، هو تكييف عقد المقاول في حد ذاته، الذي يعتبر أساس عقد المقاول من الباطن، أي أنه يمكن للوسيط أن يدفع بعدم صحة شروط عقد المقاول، وبالتالي إسقاط هذا التكييف من عليه، وبالتبعية سقوط حق المقاول من الباطن⁷³¹.

3- قبول الورقة التجارية و الفاتورة.

حيث أن قبول رب العمل "المدين" الورقة التجارية، يعتبر التزاما شخصيا ومستقلا يقع على عاتقه بالوفاء بقيمتها إلى حاملها؛ ويمكنه أن يتمسك في مواجهة المقاول من الباطن بوجود هذه الالتزام⁷³².

في فرنسا، قبول الورقة التجارية من طرف رب العمل يسمح للبنكي وللوسيط الاستفادة من استحقاق الدين من رب العمل، رغم الأولوية المقررة للمقاول من الباطن، بمقتضى قانون 1975 المذكور آنفا⁷³³. غير أن العائق الوحيد لمنع تطبيق هذه القاعدة، هو سوء نية حامل الورقة التجارية، إذا كان يعلم عند خصم الورقة التجارية، أن المبلغ المحدد في الورقة التجارية يمثل مقابل الأشغال المنجزة من الباطن⁷³⁴.

⁷³¹ - أي الدفع ببطان عقد المقاول، و هو الحق المقرر لكل ذي مصلحة، و للوسيط مصلحة قائمة و شرعية في إبطال عقد المقاول.

⁷³² - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 296.

⁷³³ - Bouraoui Darghout (fatma), op.cit. p.427.

⁷³⁴ - Cass com., 18 février 1986, J.C.P éd E.20730.1987. Bouraoui Darghout (fatma), op.cit. p.428.

غير أنه ومن ناحية أخرى، وفي حالة عدم قبول الورقة التجارية من طرف المسحوب عليه رب العمل⁷³⁵، يجب التمييز بين مرحلتين؛ قبل حلول أجل استحقاق الورقة التجارية وبعد حلول أجل الاستحقاق؛ قبل الاستحقاق الرصيد لم يحول بعد لحامل الورقة التجارية - الوسيط-، وبالتالي يمكن للمقاول من الباطن العودة على رب العمل للمطالبة به بمقتضى الدعوى المباشرة⁷³⁶.

أما بعد حلول أجل استحقاق الورقة التجارية، فإن الرصيد يتحول بقوة القانون لحامل الورقة التجارية، والمقاول من الباطن يفقد حقه في ممارسة الدعوى المباشرة على رب العمل، لأن هذا الأخير لم يعد مدينا للمقاول الأصلي وإنما لحامل الورقة التجارية - الوسيط، الذي يفى له دون غيره بقيمة الدين الثابت فيها⁷³⁷.

تبعاً لذلك، فإن حرية رب العمل تكون مطلقة من كل قيد في المرحلة التي تسبق استلامه صورة من إنذار المطالبة، حتى ولو كان يعلم بوجود المقاول من الباطن، وقام بقبولها طبقاً لنص المادة 12 من قانون 1334/75⁷³⁸.

وما يمكن أن نخلص إليه، في التزاحم بين الوسيط والمقاول من الباطن، أن الأفضلية مقررة في الأساس ومن حيث الأصل للمقاول من الباطن، واستثناء بحسب بعض الحالات لمؤسسة تحويل الفاتورة أو الوسيط.

- حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية لتوضيح متى يكون حامل الورقة التجارية سيء النية في مواجهة المقاول من الباطن:

- « Le porteur savait pertinemment au moment de l'escompte que le montant de la lettre de change représentait le prix des travaux sous-traités sans que le cautionnement exigé par la loi (art 13-1) ait été mis en place. »

⁷³⁵ - Maître de l'ouvrage.

⁷³⁶ - Cass com., 4 juillet 1989, Revu Dr. Bancaire et bourse 1989.15. Obs. Crédot et Gérard.

⁷³⁷ - Bouraoui Darghout (fatma), op cit. p.428.

⁷³⁸ -« Aux termes de L'art 12, le sous-traitant jouit d'une action directe contre le maître de l'ouvrage pour toutes les sommes dues en exécution du contrat de sous-traitance, un mois après mise en demeure adressée à l'entrepreneur princil, demeurée sans effet. »

- Bouraoui Darghout (fatma), op cit. p.424.

الفصل الثاني: المسؤولية الناجمة عن عقد تحويل الفاتورة.

يعتبر الخطأ مفترضا في المعاملات التجارية، ومن ثمة تكون المسؤولية فيها موضوعية، أساسها فكرة المخاطر وتحمل التبعية.

عمل الشركة المحولة للفواتير، شبيه بمهام البنوك وخاصة فيما يتعلق بتقديمها لاعتمادات مالية للمنتمي مقابل الفواتير المحولة إليها منه، وحصولها على ضمانات وتأمينات لهذه الاعتمادات، وفتح حسابات جارية لعملائها، وتحصيلها لهذه الفواتير والأوراق التجارية؛ لذلك يمكننا قياس المسؤولية الناجمة عن عقد تحويل الفاتورة على مسؤولية البنك ومسؤولية عملائه⁷³⁹، مع بعض الفوارق التي يتميز بها عقد تحويل الفاتورة نظرا لخصوصيته، التي سبق الإشارة إليها في الفصل التمهيدي من بحثنا هذا.

سنعرض في هذا الفصل، للمسؤولية الناشئة عن العقد بسبب خطأ الوسيط والمنتمي، الناجم عن عدم وفاء أحدهم لالتزاماته في مواجهة الطرف الآخر، أو عن تعمد الغش والنصب والتواطؤ، الذي من شأنه إلحاق الضرر بأحد أطراف العقد أو الغير الأجنبي عن هذا العقد. وعليه، سيتم تناول المسؤولية الناجمة عن عقد تحويل الفاتورة بحسب التقسيم التالي:

المبحث الأول: مسؤولية الوسيط أو الشركة محولة الفواتير.

المبحث الثاني: مسؤولية المنتمي أو الدائن الأصلي.

⁷³⁹ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص. 226.

المبحث الأول: مسؤولية الوسيط أو الشركة محولة الفواتير.

تخضع مسؤولية الوسيط للقواعد العامة للمسؤولية، باعتباره مسئولاً عن تعويض الضرر عن أي خطأ يصدر منه ويلحق ضرراً بالغير. وبما أن الوسيط، هو طرف أو عنصر دخيل على العلاقة الأصلية، التي تربط بين الدائن الأصلي والمدين، بينما يعتبر عنصراً أصيلاً في علاقة الائتمان التي تربطه بالمنتمي⁷⁴⁰؛ فإنه يتعين علينا التمييز بين الصفة التي يأخذها في كل علاقة، لمعرفة طبيعة المسؤولية التي يخضع لها في مواجهة المنتمي أو المدين.

فإذا كانت العلاقة الرابطة بين المنتمي والوسيط، هي علاقة أصلية أساسها عقد الائتمان؛ فإن إخلال أحد الطرفين بالتزام أو أكثر من الالتزامات التي يتضمنها هذا العقد، يرتب المسؤولية العقدية على الطرف المخل؛ فمسؤولية الوسيط، أساسها عقد الائتمان الذي يربط الوسيط أو الشركة محولة الفواتير بالمنتمي، والتي تترتب عن مخالفة أو إخلال الوسيط بالتزاماته العقدية، التي يتضمنها عقد الائتمان باعتباره وكيل ائتماني.

بموجب مبدأ تصفية الفواتير، قد يرفض الوسيط بعض الفواتير الممنوحة من قبل المنتمي نظراً لدرجة المخاطر الكبيرة التي تحملها هذه الأخيرة، غير أن هذا لا يمنع الشركة محولة الفواتير من تحصيل هذه الفواتير، لكن باعتبارها مجرد وكيل عادي؛ أي أنها تتكفل بعملية التحصيل فقط باسم ولحساب المنتمي، دون شراء الديون المتضمنة في هذه الفواتير، ودون الالتزامات الائتمانية الأخرى، التي يتضمنها عقد تحويل الفاتورة.

وعليه، يمكننا تناول المسؤولية العقدية للوسيط من جانبين، الأول من جانب المسؤولية العقدية الائتمانية، والثاني من جانب المسؤولية العقدية غير الائتمانية.

وبالتالي يكون تقسيم هذا المبحث وفق ما يلي:

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للوسيط عن ممارسة دوره الائتماني.

المطلب الثاني: مسؤولية الوسيط كوكيل عادي.

⁷⁴⁰ - وهو ما جاء توضيحه سابقاً بالعلاقة الناقصة و العلاقة المكتملة.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للوسيط عن ممارسة دوره الائتماني.

بموجب عقد الائتمان، يلتزم الوسيط بمجموعة من الالتزامات المترتبة عن منح الائتمان للمنتمي، وهي التي يترتب عن الإخلال بها مسؤولية الوسيط، والتي سنتعرض لأهمها بحسب التقسيم التالي:

الفرع الأول: مسؤولية الوسيط الناجمة عن التعسف في ممارسة حرية الاختيار.

الفرع الثاني: مسؤولية الوسيط عن الإخلال بمصمته الاستشارية.

الفرع الثالث: المسؤولية الناجمة عن عدم مراقبة استخدام الاعتماد.

الفرع الأول: مسؤولية الوسيط الناجمة عن التعسف في ممارسة حرية الاختيار.

يتمتع الوسيط في عقد تحويل الفاتورة، بحق انتقاء الديون التي يلتزم المنتمي بعرضها عليه؛ ويلتزم بشراء الديون التي اختارها، ويرفض الديون التي يرى صعوبة في تحصيلها⁷⁴¹. تطبيقاً لشرط العمومية (Clause De Globalité)، يلتزم المنتمي في مواجهة الوسيط، بتقديم كافة الديون المترتبة له بذمة مدينيه⁷⁴²؛ على أن يشمل طلبه كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالدين و المدين، وغيرها من المعلومات الضرورية التي تساعد الوسيط في الوقوف على حقيقة الديون، وعقبات تحصيلها.⁷⁴³

لذلك تنص العقود النموذجية، التي تعدها مؤسسات تحويل الفاتورة سلفاً، على أنه للاستفادة من عمليات الائتمان والضمان، يتعين الحصول على قبول سابق لكل مدين وفاتورة على حده. وبعد دراسة وتمحيص الفواتير المقدمة من المنتمي، يمارس الوسيط حقه في قبول واختيار الفواتير التي يقبل تمويلها وضمانها، أما الديون غير المقبولة، فيلتزم بتحصيلها

⁷⁴¹ - مروان الكوكبي، عقد تحويل الفاتورة، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ج 2، ص 367.

⁷⁴² - C H. Gavalda et J. Stoufflet: le contrat dit de factoring, J.C.P.G. 1966-I-2044-19.

⁷⁴³ - نادر عبد العزيز الشايفي، المرجع السابق، ص 255.

بمقتضى عقد الوكالة العادية⁷⁴⁴؛ دون أن تترتب على الوسيط أي مسؤولية عن رفض منح الائتمان عن بعض الفواتير المقدمة من المنتمي⁷⁴⁵.

واعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي، أن قبول الوسيط شراء 17 دينا من أصل 25 معروضة عليه، حدا معقولا وتطبيقا طبيعيا لأحكام عقد تحويل الفاتورة⁷⁴⁶.

غير أنه يحدث في الكثير من الأحيان، أن يتعسف الوسيط في استعمال حقه في انتقاء الفواتير التي يشملها الضمان؛ وهذا برفض فواتير موضوع عمليات نصح المنتمي بإجرائها بحجج واهية إضرارا بهذا الأخير، أو أن يتباطأ في قبول هذه الفواتير.

كما يظهر التعسف في حالة القفل المفاجئ للحساب الجاري؛ فمتى كان هذا الحساب لازما لتنفيذ العقد، لا يجوز إقفاله إلا بعد التنفيذ الكلي لهذا الأخير، في جميع جوانبه والتزاماته المترتبة بين الطرفين، أو إبطاله أو فسخه⁷⁴⁷.

اعتبر بعض الفقه⁷⁴⁸، أن الوسيط يكون متعسفا إذا خالف المعايير التي حددها هو بنفسه لانتهاء الفواتير؛ كما يكون متعسفا إذا رفض اختيار فاتورة لا تمثل خطرا، يفوق المخاطر التي يقبل الوسيط تحملها عادة؛ وفي جميع هذه الحالات، يلتزم الوسيط بتعويض المنتمي عن كافة الأضرار اللاحقة به، من جراء تعسفه في رفض قبول هذه الفواتير.

فإذا رفض المدين، الوفاء بقيمة الفاتورة عند حلول أجل استحقاقها، يمكن للمنتمي الرجوع على الوسيط للمطالبة بمقابل الفاتورة أو الفواتير المرفوضة تعسفا من الوسيط، باعتبار أن هذا الأخير أخل بالتزامه العقدي بالضمان، وهو ما يعرف بالتنفيذ بمقابل. كما يمكن للمنتمي، أن يلجأ إلى القضاء مطالبا بإلزام الوسيط بتنفيذ التزامه العقدي بقبول تمويل وضمان فاتورة أو فواتير المنتمي، أو فتح الحساب الجاري المغلق، متى كان هذا الأخير لازما لتنفيذ الالتزام، و هو ما يعرف بالتنفيذ العيني.

⁷⁴⁴ - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 140.

⁷⁴⁵ - Christian Gavalda: Affacturage, Encyclopédie Dalloz-com., 1966- I – A-B P.3 no.17.

⁷⁴⁶ -C A Paris, ch. 5 sect. B, 25 févr. 2000, JURIS- DATA, 2000.no. 121314.

⁷⁴⁷ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 230.

⁷⁴⁸ - نادر عبد العزيز الشافعي، المرجع السابق، ص 259.

الفرع الثاني: مسؤولية الوسيط عن الإخلال بمصمته الاستشارية.

تعتبر الخدمات المصرفية، من أهم وظائف والتزامات الشركة المحولة للفواتير، وتتمثل عادة في التحري عن زبائن المنتمي وتقديم كافة المعلومات والاستشارات، التي تساعد هذا الأخير في اتخاذ قراراته المتعلقة بتجارته.

غير أن ممارسة الوسيط، لهذا الدور المحوري والذي يميزه عن الوكيل العادي، عادة ما يثير العديد من المشاكل القانونية؛ من أخطرها قيام مسؤولية الشركة محولة الفواتير عن إخلالها بالتزام التحري، أو امتناعها عن إعطاء المعلومات للمنتمي، أو أن المعلومات التي زودت بها هذا الأخير كانت خاطئة، وأدت إلى إلحاق ضرر في تجارته نظرا لاعتماده على هذه المعلومات الخاطئة.

وقد ثار خلاف في الفقه والقضاء، حول طبيعة مسؤولية الوسيط تجاه المنتمي، هل هي مسؤولية تعاقدية أم تقصيرية؟، وحول أركان قيام هذه المسؤولية وشروط الإعفاء منها.

1- طبيعة مسؤولية الوسيط.

لقد انقسم الفقه والقضاء المقارن، حول تحديد طبيعة مسؤولية البنك عن إخلاله بالتزام تقديم الخدمات المصرفية للعميل؛ فبينما يرى جانب من الفقه والقضاء، أن هذه المسؤولية تحمل الطابع التقصيري⁷⁴⁹، يرى البعض الآخر أنها تحمل الطابع العقدي⁷⁵⁰.

وذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي، إلى ضرورة التفرقة بين البنك والوكالات المتخصصة في تقديم المعلومات، وقرروا أن مسؤولية البنك لها طبيعة تقصيرية، أما مسؤولية الوكالات المتخصصة فلها طبيعة تعاقدية⁷⁵¹؛ وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه محكمة استئناف موندوليه، في حكمها الصادر في 14 جانفي 1955⁷⁵².

749 - أي أنها تخضع للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، و المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

750- Eman Thibault, De la responsabilité en matière de renseignements commerciaux. Thèse Doctorat. Paris 1900 .p 37.

751- George Solviche, De la responsabilité civile et pénale des informateurs. Thèse Doctorat Paris, 1972. P. 97.

752 - أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات و الاستشارات المصرفية، دار النهضة العربية-القاهرة-2006، ص 169.

وبما أن شركات تحويل الفاتورة، يدخل في صميم التزاماتها الجوهرية، الالتزام بتقديم المعلومات والاستشارات الفنية للمنتمي، فإن أي إخلال بهذا الالتزام، يترتب قيام المسؤولية العقدية. وأمام غياب أي تنظيم تشريعي ينظم أحكام المسؤولية المدنية للوسيط، فإننا سنلجأ إلى أحكام القواعد العامة، التي تتطلب لقيام المسؤولية العقدية توافر أركان: الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

2- أركان مسؤولية الوسيط:

يشترط لقيام مسؤولية الوسيط توفر ثلاثة أركان، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

1-2: الخطأ.

يرى بلانيول في تعريفه للخطأ، "بأنه إخلال بواجب سابق"⁷⁵³؛ وهو تعريف ينطبق بنسبة كبيرة على إخلال الوسيط، بدوره الاستشاري في مواجهة المنتمي؛ ذلك أن هذا الالتزام، هو واجب سابق يتضمنه عقد تحويل الفاتورة، ويضع على عاتق الوسيط الالتزامات بتقديم النصح والاستشارة والمعلومات للمنتمي؛ وهو التزام جوهرية، لا يمكن تصور العقد بدون بل هو الذي يميزه، بالإضافة إلى الالتزام بعدم الرجوع، عن عقد الوكالة العادية أو عن عقد القرض. ومن حيث المبدأ، لا يقع على عاتق البنوك التي تقدم المعلومات والاستشارات للعملاء، إلا التزام بدل عناية وليس تحقيق نتيجة. ويتلخص مضمون التزام البنوك ببذل عناية، أنه يتعين عليها أن تقدم المعلومات والاستشارات، مع قدر من الجدية والعناية⁷⁵⁴؛ ويترتب على ذلك، أنه متى بذلت هذه البنوك ما في وسعها فقد نفذت ما عليها، ولا تلتزم بعمل تحريات خاصة للوصول للحقيقة⁷⁵⁵.

غير أنه وقع خلاف حول طبيعة التزام الوكالات المتخصصة ومن بينها شركات تحويل الفاتورة، والتي تلتزم بالقيام بتحريات خاصة، مما دفع ببعض الشراح، إلى اعتبار التزام هذه الأخيرة هو التزام بتحقيق نتيجة⁷⁵⁶. غير أن أغلب الشراح عارض هذا التوجه، على أساس أن

⁷⁵³ - Planiol, traite élémentaire de droit civil, t.2.11eme édition n°. 876.

⁷⁵⁴ - أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص 179.

⁷⁵⁵ - علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 821.

⁷⁵⁶ - G. Ripert, Renseignements Fournis sur un tier. Revue Critique 1911. P.129.

التزامات الوكالات المتخصصة يتجه إلى التحري الدقيق لتقديم المعلومات الدقيقة، دون أن يتعدى ذلك إلى ضمان هذه المعلومات في حد ذاتها⁷⁵⁷.

ومن ثمة، فمتى أخلص الوسيط في الأخذ بجميع الوسائل والأسباب، للوصول لتقديم النصح والرشد والمعلومات الدقيقة للمنتمي، فإن التزامه ينقضي عند هذا الحد، دون أن يمتد لضمان صحة هذه الأخيرة؛ و منه فالراجح أن التزام الوسيط هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة⁷⁵⁸.

كما ينبغي الإشارة إلى أن العناية التي تلتزم شركات تحويل الفاتورة ببذلها، تفوق تلك التي تلتزم بها البنوك، على أساس أن الوسيط أو الشركة محولة الفواتير يفترض فيه التخصص في تقديم المعلومات والاستشارات، على عكس البنوك التي تقوم بهذه المهمة كنشاط فرعي⁷⁵⁹ هذا من جهة؛ و من جهة ثانية فإن الشركة محولة الفواتير تتقاضى عمولة مقابل هذه الخدمة التي تقدمها للمنتمي، على عكس البنوك التي تقوم بها في الكثير من الأحيان مجاناً⁷⁶⁰.

وتظهر أهمية التمييز، بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، فيما يتعلق بعبء الإثبات؛ أنه يقع على المضرور - المنتمي -، أن يقيم الدليل على إهمال الوسيط، الذي لا يكون مكلفاً بإقامة الدليل على انه بذل كل عناية وحرص مطلوبين، عند تقديم المعلومات أو الاستشارات، أو أن يثبت أنه لم يرتكب أي خطأ، ولكن إثبات كل ذلك يقع على عاتق المنتمي⁷⁶¹.

على ذلك، يتعين لقيام مسؤولية الوسيط عن المعلومات والاستشارات والتحريات التي قام بها لحساب المنتمي، أن يثبت هذا الأخير إهمال الوسيط أو عدم مراعاته للأساليب الدقيقة، وعدم أخذه بالأسباب الكافية، وعدم إتباعه للوسائل المناسبة، في قيامه بالتزامه على الوجه

⁷⁵⁷ - راجع في ذلك:

- Claude Thomas, La distinction des obligations des moyens et des obligations de résultat. Revu. Critique 1937 p. 363.

- Rêne Demogue, Traite des obligations, 1925. T. 5. P.540. n° 1237/1.

⁷⁵⁸ - علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، 821.

⁷⁵⁹ - نفس المرجع، ص 819.

⁷⁶⁰ - La cour de paris 26 mars 1982. Revu. T.D com. 1984. P.333. n°3. Note. Cabrillac (M), et Teyssie(B).

⁷⁶¹ - أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص 190.

الصحيح؛ ويقع علاوة على ذلك على عاتق المنتمي، أن يثبت حدوث الضرر وعلاقته بالخطأ المرتكب من الوسيط.

2-2: الضرر و علاقة السببية.

لا يكفي قيام الخطأ من قبل الوسيط، بتقديمه لمعلومات غير صحيحة للمنتمي، أو عدم قيامه بالتحري الكافي قبل تقديمه لهذه المعلومات، أو رفضه لتقديمها من أساسه، لترتب المسؤولية المدنية، إلا إذا اقترنت هذه الأخطاء بضرر أصاب المنتمي؛ ويتعين أن يكون هذا الضرر هو النتيجة المنطقية والحتمية لهذا الخطأ، أي قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويقصد بالضرر، الأذى الذي يلحق المضرور نتيجة خطأ الغير، وقد يكون ضررا ماديا أو أدبيا⁷⁶². وتطبق القواعد العامة التي تحكم ركن الضرر في المسؤولية المدنية، على مسؤولية الوسيط عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية؛ ويترتب على ذلك أن الضرر ركن من أركان المسؤولية بل هو جوهرها⁷⁶³.

كما أن الضرر، يعد شرط من شروط قبول دعوى التعويض طبقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ التي تشترط صراحة لقبول الدعوى، وجود مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، ومصلحة المنتمي لا تقوم إلا إذا لحقه ضرر من خطأ الوسيط⁷⁶⁴.

الضرر الذي يصيب المنتمي، قد يكون ضررا ماديا وهو الغالب، أو ضررا معنويا؛ و الضرر المادي، يأخذ عدة صور تتفق جميعها في الخسارة التي تلحق بالمنتمي أو مشروعه التجاري، نتيجة تقصير أو غش الوسيط في الوفاء بالتزامه بالنصح والتوجيه وتقديم المعلومات والمشورة للمنتمي.

ومن صور الضرر المادي الذي يلحق بالمنتمي، تعامل هذا الأخير مع تاجر قدمت شركة تحويل الفاتورة معلومات غير صحيحة بشأن يساره، ثم بعد التعاقد معه يعلن إفلاسه⁷⁶⁵. غير أن الضرر في هذه الحالة لا يكون قائما، إذا قبلت الفواتير المتعلقة بهذا التاجر من قبل

⁷⁶² - جمال محمود عبد العزيز، مسؤولية البنك في حالة إفلاس العميل على ضوء القانونين المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية-القاهرة- 2005، ص 131.

⁷⁶³ - أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص 217.

⁷⁶⁴ - راجع نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

⁷⁶⁵ - Vassagne (Jean), Les agences de renseignement commercial. Op.cit. p.88.

الوسيط، ذلك أن هذا الأخير هو الذي يتحمل تبعات عدم الوفاء بالتزامه بعدم الرجوع، طبقاً لأحكام عقد تحويل الفاتورة؛ بينما يكون الضرر قائماً ولاحقاً بالمنتمي، في حالة رفض الوسيط قبول الفواتير الناجمة عن هذه المعاملة، في إطار ممارسة حقه في تصفية الفواتير. عندها يمكن للمنتمي الرجوع على الوسيط بدعوى التعويض، عن الضرر الذي لحق به والذي كان بسبب التضليل، الذي تسببت فيه المعلومات غير الصحيحة التي أمده بها الوسيط.

إذا كان تقديم معلومات خاطئة أو غير صحيحة أو الامتناع عن تقديم المعلومات، من شأنه أن يلحق ضرراً للمنتمي بتكبيده خسارة وهو ضرر قائم، فإنه من شأنه كذلك أن يلحق به ضرراً محتملاً يتمثل في فوات الفرصة⁷⁶⁶؛ أي ضياع فرصة أرباح كانت محتملة للمنتمي، لو أمده الوسيط بالمعلومات الصحيحة والدقيقة في وقتها. وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية حين قررت " أن القانون لا يمنع من أجل أن يدخل في عناصر التعويض، ما كان للمضروب من رجحان كسب، ذلك إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تقويتها أمراً محققاً يجب التعويض عنه"⁷⁶⁷.

يبقى الإشارة، إلى أن قضاة الموضوع في تقديرهم للوقائع المادية في شأن الضرر، لا يخضعون لرقابة المحكمة العليا من حيث وقوع الضرر وتقديره. و لكن تكييف الوقائع من حيث أنها هل تكون ركن ضرر أم لا، وهل الضرر الواقع محقق أو احتمالي، وماهية الضرر الأدبي، كل ذلك من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا⁷⁶⁸.

وإذا أثبت المنتمي الضرر اللاحق به، فعليه أن يثبت وجود علاقة مباشرة ما بين خطأ الوسيط وهذا الضرر، وهذا ما يعبر عنه بتوافر علاقة سببية.

يثير إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر، بعض الصعوبات فيما يتعلق بتقديم المعلومات والاستشارات المصرفية، ذلك أن العلاقة بين الخطأ والضرر عادة ما تكون علاقة غير مباشرة، تدخل فيها عناصر أجنبية لا يد للوسيط فيها⁷⁶⁹.

766 - حسن حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية، جامعة عين شمس (بدون تاريخ).

767 - نقض مصري، 13 نوفمبر 1958، مجلة المحاماة. السنة 59... ص 1025 رقم 329.

768 - أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول- مصادر الالتزام- الطبعة الثانية، ص 442 (بدون تاريخ).

769 - أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص 220.

لإثبات العلاقة بين الخطأ والضرر، يتعين إثبات توافر شرطين أساسيين وهما، أولاً أن تكون للمعلومات والاستشارات التي قدمها الوسيط للمنتمي، دوراً حاسماً وفعالاً في تحديد قرار هذا الأخير، أي أنها تزيل حرية الاختيار عند المنتمي⁷⁷⁰. أما إذا كان للمنتمي الحرية الكاملة في اتخاذ قرار التصرف أو عدم التصرف، بناءً على المعلومات والاستشارات المستقاة من الوسيط، أو أن هذه الأخيرة لم تكن حاسمة في اتخاذ قراره، فهنا لا تقوم العلاقة المباشرة بين خطأ الوسيط والضرر اللاحق بالمنتمي⁷⁷¹.

الشرط الثاني لتحقق الرابطة بين خطأ الوسيط وضرر المنتمي، هو أن يقع إثبات أن المعلومات أو المشورة، هي السبب المباشر للضرر الذي أصاب المنتمي.

وتثير هذه المسألة الأخيرة بعض الصعوبات، لأن المنتمي الذي تلقى المشورة أو المعلومات قد يخطئ في تنفيذها على الأساس الصحيح، أو أنه يتأخر في تنفيذها عن الوقت المناسب؛ وهو التأخر الذي يجعل هذه المعلومات غير منسجمة مع التطور الذي قد يحدث في حالة الأشخاص أو المشاريع المستعلم عنها. مما جعل الفقه، يعتد في تقدير مدى صحة وملائمة المعلومات المقدمة من طرف الوسيط، بوقت تقديم هذه المعلومات وليس بوقت تنفيذها⁷⁷².

على كل وإثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإنه يتعين على المنتمي أن يثبت:

- 1- خطأ أو عدم ملائمة المعلومات المقدمة من الوسيط،
- 2- أن تكون للمعلومات والاستشارات التي قدمها الوسيط للمنتمي، دوراً حاسماً وفعالاً في تحديد قرار هذا الأخير،
- 3- أن يكون المنتمي قد نفذ توجيهات الوسيط بدقة وفي وقتها وبدون أي تقصير منه،
- 4- أن يقع إثبات أن المعلومات أو المشورة هي السبب المباشر للضرر الذي أصاب المنتمي⁷⁷³.

⁷⁷⁰-Eman Thibault, op.cit. p.81.

⁷⁷¹-Jack Vezian, La responsabilité du banquier en droit privé français. Thèse Doctorat en droit. Paris 1983. p.237.

⁷⁷²- René Savatier, Les contrats du conseil professionnel en droit privé. Recueil Dalloz siery 1972. P.3.

⁷⁷³- Jack Vezian, op.cit. p.237.

الفرع الثالث: المسؤولية الناجمة عن عدم مراقبة استخدام الاعتماد .

إذا كان منح الوسيط الاعتماد، هو أساس أو الهدف الجوهرى الذي يسعى إليه المنتمى، فإن دور الوسيط لا يقتصر على إعطاء الاعتماد فقط، بل يمتد إلى مراقبة استخدامه من طرف المنتمى، مراقبة دائمة ومستمرة. وهذا ما يميز دور شركات تحويل الفاتورة عن دور المصارف أو البنوك الكلاسيكية، التي لا تلتزم في هذا الشأن أمام الغير عما يصيبهم من ضرر، بسبب عدم مراقبة استخدام الاعتماد⁷⁷⁴، إلا إذا كان الاعتماد محدد الهدف.

الاعتماد الذي تمنحه مؤسسات تحويل الفاتورة، يكون عادة عن فترة معينة أسبوع أو شهر أو ثلاثة أشهر مثلاً، ويمتد غالباً لمدة ستة أشهر⁷⁷⁵، وبعد انتهاء هذه المدة يعود للوسيط القرار بتجديد الاعتماد أو تعديله أو إلغائه، وهذا بناءً على المعلومات والتحريات التي يقوم بها الوسيط عن معاملات المنتمى.

وتشمل تحريات الوسيط، درجة المخاطر التي تحملها معاملات المنتمى، ممثلة في الفواتير التي يعرضها المنتمى وجوباً وفق لشرط الجماعية على الوسيط، الذي يتكفل بانقضاء ما يراه مناسباً من هذه الفواتير، كي يدخل في عملية التمويل و الضمان؛ كما أن الوسيط، يمكنه مراقبة استخدام المنتمى للاعتماد الممنوح له، من خلال الحساب الجارى الذي يفتحه في دفاتره باسم العميل.

تتعدد المخاطر الناجمة عن منح الاعتماد للمنتمى، ويعزى الكثير منها إما لاعتبارات شخصية أو لاعتبارات مالية؛ والاعتبارات الشخصية يقصد بها مقدرة المنتمى وأهليته وأمانته، ومدى احترامه لتعهداته وكيفية تنفيذها⁷⁷⁶، أما الاعتبارات المالية فتشمل المركز المالى للمنتمى ومدى ثباته ومقدرته الإنتاجية.

ولقيام مسؤولية الوسيط عن الأضرار المرتبطة بمنح الاعتماد، ينبغى قيام الأركان الثلاثة للمسؤولية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

774 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 229.

775 - هشام فضلى، المرجع السابق، ص 65.

776 - أحمد عوض يوسف عوضين، مسؤولية البنك عن الخطأ في فتح الحساب الجارى وقفله في القانون التجارى المصرى، غير مذكور دار

النشر، 2007، ص 50.

1- الخطأ:

إذا كان منح الاعتماد للمنتمي من قبل الوسيط، يستدعي مراعاة العديد من الواجبات، فإن خطأ الوسيط يتمثل في الإخلال بهذه الواجبات، سواء أثناء فتح الاعتماد أو تنفيذه أو إنهاءه. فمسؤولية الوسيط، لا تتوقف عند الموافقة على منح الائتمان مع الضمان للمنتمي، بل تمتد إلى مراقبة مشروعية استعمال هذا الاعتماد من قبل المنتمي، من خلال الحساب الجاري الذي يفتحه في دفاتره باسم المنتمي.

فإذا قام المنتمي بعمليات غير مشروعية وقدم الفواتير للوسيط، الذي قبلها دون التأكد من شرعيتها مما الحق ضرراً بالغير، فإن الوسيط يسأل عن هذا الضرر الناتج عن عدم مراقبته استخدام الاعتماد، في أعمال غير مشروعية⁷⁷⁷.

ويتعين الإشارة إلى نقطة مهمة تميز الاعتماد الممنوح من قبل الوسيط، عن الاعتماد الممنوح من قبل البنوك الكلاسيكية، وهي تتعلق بطبيعة هذا الاعتماد، الذي يكون عادة مشمولاً بالضمان، والذي يكون كنتيجة طبيعية له انتقال صفة الدائن من المنتمي إلى الوسيط. ومن ثمة، فإن أي ضرر يلحق بسبب معاملات المنتمي غير المشروعية يلحق بالدرجة الأولى بالوسيط، في حالة قبوله منح الضمان للفواتير الناجمة عن هذه المعاملات، خاصة أمام مبدأ الجماعة الذي يلزم المنتمي بعرض جميع فواتيره على الوسيط.

غير أنه وبموجب مبدأ تصفية الفواتير، يمكن للوسيط أن يرفض منح الضمان لفواتير معينة، وفي هذه الحالة لا يكون الاعتماد مشمولاً بحق الضمان، ولا يأخذ الوسيط إلا صفة الوكيل العادي.

باعتبار أن المنتمي يأخذ دوماً صفة الدائن، فلا يتصور حدوث الضرر للغير، وبما أن الوسيط لا تنتقل إليه إلا الحقوق والدفع المرتبطة بصفة الدائن دون صفة المتعاقد، فإنه لا يتحمل أي مسؤولية عن الأضرار المرتبطة بصفة المتعاقد أو عن علاقة الدائنية الأصلية، التي تربط المنتمي بالمدين. وبالتالي لا يمكن لهذا الأخير، الرجوع على الوسيط عن أي غش أو تدليس، ارتكبه المنتمي أثناء إبرام العقد، بسبب أن علاقة المديونية الأصلية نشأت قبل منح الاعتماد للمنتمي - الدائن الأصلي -.

⁷⁷⁷ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 230.

وإذا كان الوسيط، لا يسأل عن علاقة المديونية الأصلية التي تربط المنتمي بالمدين، غير أنه يسأل عن الاعتماد الذي يمنحه للأول، إذا الحق ضررا بجماعة الدائنين. صورة ذلك، أن يعمد المنتمي " الدائن الأصلي " إلى أساليب غير مشروعة، للحصول على ائتمان إضراراً بجماعة الدائنين، بالانتقاص من الضمان العام بالتواطؤ المباشر مع المدين، وغير المباشر أو المباشر مع الوسيط⁷⁷⁸.

تطبيق ذلك، أن يكون المنتمي في حالة تعثر ويقوم بالتواطؤ مع المدين بتوريد سلع أو خدمات بأقل من قيمتها الحقيقية، ثم يقوم بعد ذلك بدفع الفواتير التي تتضمن الحقوق المترتبة عن هذه المعاملة إلى الوسيط، بغية الحصول على ثمنها ونقل ملكيتها لهذا الأخير. الضرر في المثال المذكور أعلاه، لا يصيب الوسيط في هذه الحالة، باعتبار أن الائتمان الذي منحه يتناسب مع قيمة الفواتير المحولة؛ كما أن الضرر لا يصيب المدين بل على العكس سيستفيد من مثل هذه المعاملة، باعتبار أن قيمة السلع أو الخدمات الموردة تفوق قيمة الحق المدين به، والذي انتقل من المنتمي إلى الوسيط؛ ولا يصيب المنتمي باعتبار أنه لجأ إلى هذه المعاملة لتوفير السيولة النقدية التي يحتاجها لتغطية عجزه ومواجهة أزماته المالية خشية وقوعه في الإفلاس، وبالتالي تأخير لحظة توقفه عن الدفع ومد عمر حياته التجارية⁷⁷⁹.

غير أن الضرر سيصيب لا محالة جماعة الدائنين، في حالة حدوث ما يخشى وقوعه وهو إعلان إفلاس المنتمي؛ لأنه بتوريد المنتمي " الدائن الأصلي " لسلعه أو خدماته للمدين بأقل من قيمتها الحقيقية، يكون قد ألحق ضرراً بجماعة الدائنين، وذلك بالانتقاص من قيمة الضمان العام، وبالتالي الانتقاص من فرص استرجاع الدائنين لكامل أو معظم ديونهم.

في هذه الحالة، كان يتعين على الوسيط قبل قبول الفاتورة المتعلقة بهذه المعاملة غير المشروعة، أن يتحرى عن المركز المالي للمنتمي أولاً⁷⁸⁰؛ ثم كان يتعين عليه التحقق من عائد استغلال المشروع ثانياً⁷⁸¹. غير أن هذه الحالة الأخيرة مرتبطة بالحالة الأولى، أي أنه إذا ما ثبت أن المركز المالي للمنتمي جيد أو متوازن، فلا داعي للتأكد من التوازن المالي للصفحة محل

⁷⁷⁸ - Stoufflet (Jean), Le particularisme des contrats bancaires – études- Jauffret p. 637.

⁷⁷⁹ - جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 18.

⁷⁸⁰ - Cour de paris (3ch) 20avril 1982- RTD.Civ -1985- p279-comment .cabriallac et tegssies.

⁷⁸¹ - أي التحقق من التوازن المالي بين الحقوق محل الفاتورة، والسلع أو الخدمات الموردة.

الحقوق الثابتة في الفاتورة؛ فالوسيط في هذا المقام لا يؤمن موقفه فحسب، ولكنه يقوم بدور حماية النشاط التجاري وسوق الائتمان⁷⁸².

أما القضاء⁷⁸³، فقد تواترت أحكامه المتعددة على تأكيد وجود خطأ البنك، الذي يقبل الاستمرار في علاقاته مع العميل، رغم علمه بالوسائل غير المشروعة التي يلجأ إليها هذا الأخير، بهدف تأخير بدء إجراءات شهر إفلاس العميل.

حين نمعن النظر في التطبيقات العملية، نجد أن سوء نية الوسيط ينتج إما عن تواطؤ هذا الوسيط مع المنتمي، سعياً منه إلى مساعدته على تخطي الصعوبات المالية، أو من خلال التواطؤ عن طريق موظفي شركة تحويل الفاتورة، سواء كان شخصاً واحداً أو عدة أشخاص؛ أو من مجرد علم البنك أو اكتشافه، بأن الوسيلة التي لجأ إليها المنتمي غير مشروعة، ومع ذلك يتسامح في ذلك، آملاً تحسن المركز المالي للمنتمي⁷⁸⁴.

ويسأل الوسيط في الحالة الأولى، عن أفعال موظفيه غير الشرفاء، وهو يتفق في ذلك مع ما جاء به الاجتهاد القضائي الفرنسي، حول مسؤولية البنك عن أفعال موظفيه⁷⁸⁵. وقد فضل القضاء الاستناد إلى الخطأ المهني للبنك لإقرار مسؤوليته، إذ كان البنك أهمل وتهاون أو بمعنى أكثر تحديداً، لم يحترم على وجه الدقة الالتزام بالرقابة على تصرفات موظفيه التي تفرضه قواعد المهنة.

إن قبول رجوع دائني المنتمي على الوسيط، باعتباره مرتكباً لخطأ تقصيري، أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بالوسائل القانونية التي وضعها المشرع لحماية الضمان العام. وقد خول المشرع

⁷⁸² - محمود مختار أحمد بري، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات، دار النهضة العربية - القاهرة - 2007، ص 43.

⁷⁸³ - Paris, 26-05-1967, J.C.P. 1968, I, 15.518, Note Stoufflet ; Cass ; 09-06-1969, D, 1970, p.106, Note Priovano ; Cass com, 06-11-1968, J.C.P.1970, II, 15.759 ; Aix, 02-07-1970, J.C.P. 1971, II, 16.686 , Note Gavalda ; Cass com., 02-05-1972, D 1972, p.618.-, Note Priovano; Cass com., 27-03-1973, D. 1973, p.577, Note Derrida.

⁷⁸⁴ - جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 21.

⁷⁸⁵ - Cass. Com. /27-03-73 .D.1973.p577.

- حيث جاء في قرار الدائرة التجارية لحكمة النقض الفرنسية:

- « Selon cette même jurisprudence, le banquier qui remet à la l'escompte des effets de complaisance peut être poursuivi pour escroquerie s'il a sciemment aidé son client à se procurer des crédits par des moyens illicites, pour paiement après cessation des paiements au préjudice de la masse, pour tenue d'une comptabilité irrégulière, pour non déclaration au greffe de l'état de cessation... ».

لجماعة الدائنين استعمال حقوق مدينهم أو الطعن في تصرفاته، أو طلب عدم نفاذ هذه الأخيرة في مواجهتهم⁷⁸⁶.

يتحقق خطأ الوسيط في منحه الاعتماد للمنتمي، أو مراقبته لاستخدامه بصفة مشروعة من قبل المستفيد منه، إذا خالف الواجبات المهنية التي تفرضها القوانين المصرفية، على جميع البنوك والمصارف عند فتح خطوط اعتماد على عملائها؛ ويمكن حصر أهم صور الخطأ المرتبطة بمنح الاعتماد في⁷⁸⁷:

1- قيام الوسيط بفتح اعتماد لمنتمي غير جدير:

يعد الوسيط مخطأ إذا فتح اعتماد للمنتمي دون تحر، حتى ولو ثبت عدم علم الوسيط فعلا بحالة المشروع وانهيائه.

2- عدم ملائمة فتح الاعتماد:

يعتبر الوسيط مخطأ إذا فتح اعتماد لا يتناسب وقدرة المشروع وإمكانياته؛ أو اقترن فتح الاعتماد بشروط قاسية من شأنها التأثير في المركز المالي للمنتمي، وبالتالي في الضمان العام لجماعة الدائنين لاحقا، ومن أوجهها ارتفاع نسبة الفائدة أو العمولة التي يتقاضاها الوسيط، بالنظر للفائدة التي تعود على المنتمي.

3- عدم مراقبة الوسيط لإساءة استعمال الاعتماد من قبل المنتمي:

لا يقصد بذلك، إلزام مانح الائتمان بإجراء رقابة دورية ومنتظمة على نشاط العميل، ولكن المقصود أن لا تفوت عنه المؤشرات غير العادية التي تتبأ عن الاستخدام غير المشروع للائتمان من قبل المنتمي، باللجوء لأساليب وطرق تتسم بالغش والتحايل إضراراً بجماعة الدائنين. وهي الوسائل التي يمكن للوسيط تبينها بسهولة، إذا بذل درجة معقولة من الحيطة والحذر في مراقبة استخدام الائتمان من قبل المنتمي.

4- الإنهاء الخاطئ للاعتماد:

إذ يمكن لدائني المنتمي، الرجوع على الوسيط في حالة الإنهاء الخاطئ للاعتماد؛ وبما أن الاعتماد الممنوح للمنتمي محدد عادة بمدة معينة، فإن المنطق بقضي استمرار الوسيط في تقديم

⁷⁸⁶ - Stoufflet (Jean), L'ouverture de crédit peut -elle- être source de responsabilité envers les tiers ? J.C.P. 1965- DOC- 1882. P.6.

⁷⁸⁷ - محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 59 و ما بعدها.

الائتمان الذي التزم به إلى غاية نهاية مدة العقد. وكل إنهاء تعسفيا للائتمان لا يقوم على مبررات وجيهة، يشكل خطأ عقدياً بالنسبة للمنتمي، وخطأ تقصيرياً بالنسبة للغير المتضرر من هذا الإجراء⁷⁸⁸.

2- الضرر وعلاقة السببية.

إذا نجح المتضرر في إثبات خطأ الوسيط في منحه الائتمان للمنتمي، أو مراقبته لاستعمال هذا الائتمان أو الخطأ في غلقه، فإنه يتعين عليه أن يثبت الضرر الناجم عن هذا الخطأ، أي إثبات الضرر و علاقة السببية. و إن كان جزء كبير من الفقه⁷⁸⁹، يكتفي بالتحقق من الخطأ والضرر، إذ أن إثبات الخطأ يؤدي إلى إثبات السببية⁷⁹⁰.

الضرر الشائع الذي يمكن أن يصيب الغير، ينجم عادة عن غش المنتمي - الدائن الأصلي - واستعماله لأساليب غير مشروعة للحصول على ائتمان، إضراراً بجماعة الدائنين بالانتقاص من الضمان العام. فإن مسؤولية الوسيط، لا تترتب إلا إذا كان هذا الأخير متواطئاً مع المنتمي، أو أنه قصر في التزامه بالتحري عن الوضعية المالية للمنتمي عند فتح الائتمان. في هذه الحالة، يكون الوسيط مسئولاً بالتضامن مع المنتمي عن كل ضرر يصيب الغير. وهذا في حالة إثبات المتضرر، أن فتح الاعتماد الخاطيء أو سلوك الوسيط أثناء تنفيذه، أدى على استمرار بقاء هذا المشروع بقاء " شكلياً أو ظاهرياً"، نتيجة مظهر الائتمان الزائف الذي أدى الوسيط بخطئه إلى خلقه، مما سمح بإبرام صفقات، ونشأة ديون جديدة انتقصت من الضمان العام⁷⁹¹. وهو الخطأ، الذي يكون نتيجته المباشرة الإخلال بالمصلحة المالية للدائن، نتيجة تقويت فرصته في اقتضاء حقه كاملاً، أو اقتضاء أكبر نصيب ممكن منه، إذا تم إجراء التصفية في الوقت الملائم.

كما يتعين على المتضرر أن يثبت، أن هذا الضرر ما كان ليتحقق لولا خطأ الوسيط. ومن ثمة تسقط مسؤولية الوسيط، إذا ثبت أن المركز المالي للدائن لم يلحقه أي ضرر من فتح الاعتماد، أو أن الضرر اللاحق به كان لخطأ الدائن الشخصي وليس لخطأ الوسيط. وهذا إذا

⁷⁸⁸ - Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque-1974. P.u.f.- paris. P. 591.

⁷⁸⁹ - أنظر السنهوري-الوسيط - ج 1 - ص 874.

⁷⁹⁰ - لأن المضور " يلجأ في العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب في إثبات الضرر و من ثم فإثبات الخطأ يكون في الغالب إثبات للسببية، فتستتر السببية وراء الخطأ، و لا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل".

⁷⁹¹ - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 103.

ثبت أن الدائن رغم حلول أجل دينه، إلا أنه تراخى في المطالبة به، وهذا التراخي هو الذي سمح للمنتمي بفتح اعتماد⁷⁹².

هذا بالنسبة لموقف الدائنين السابقين على فتح الاعتماد، أما بالنسبة للدائنين اللاحقين على فتح الاعتماد، فإن الضرر الذي يصيبهم عادة يكون نتيجة انخداعهم بالائتمان الزائف الذي منحه الوسيط للمنتمي، عن خطأ أو سوء في التحري أو عن تواطأ معه؛ مما جعلهم يتعاملون مع المنتمي نتيجة هذه الثقة الزائفة، وبالتالي ضياع حقوقهم أو انتقاصها.

إذا كان في الحالات السابقة، الضرر يصيب الغير نتيجة فتح الاعتماد، فإن الضرر قد يصيب المنتمي نفسه، في حالة قيام الوسيط بالغلق أو الإنهاء المفاجئ للاعتماد الممنوح له؛ فيمكن للمنتمي الرجوع على الوسيط، إذا أفلح في إثبات الضرر الناجم عن إنهاء الاعتماد التعسفي وعلاقة السببية.

كأن يثبت المنتمي، أنه قام بإبرام معاملاته التجارية اعتمادا على اتفاق شراء الحقوق المترتبة عنها من قبل الوسيط، باعتبار أن هذا الأخير يقع مقره في نفس بلد المدينين أو لديه إمكانيات التحصيل التي لا يحوزها المنتمي. وبالتالي من شأن إنهاء الاعتماد، رفض الوسيط لشراء حقوق المنتمي، وهو الرفض الذي ينجم عنه ضرر يصيب المنتمي في مركزه المالي، أو يقلل من هامش ربحه المفترض.

غير أن الوسيط يمكنه التخلص من المسؤولية، إذا اثبت خطأ المنتمي أو غشه، كأن يكون هذا الأخير قد قدم معلومات مغلوطة حول مركزه المالي، أو أخفى أمور عن الوسيط ما كان ليبرم معه عقد تحويل الفاتورة لو علم بها؛ أو أنه بعد فتح الاعتماد قام المنتمي بإبرام تصرفات غير مشروعة مع مدينين، يعلم مسبقا باهتزاز و اختلال مركزهم القانوني.

المطلب الثاني: مسؤولية الوسيط كوكيل محامي:

إن أهم الحقوق التي يتمتع بها الوسيط بموجب عقد تحويل الفاتورة، حقه في انتقاء الديون التي يلتزم المنتمي بعرضها جميعها عليه، وحلوله محله في الديون التي قبل تحصيلها، ضمن

⁷⁹² - نفس المرجع، ص 106.

حدود الاعتماد المفتوح للمنتمي، أي قيدها في الجانب السلبي للحساب الجاري لهذا الأخير. كما يمكن للوسيط، أن يرفض الديون التي يرى صعوبة في تحصيلها أو أن نسبة مخاطرها مرتفعة. قد ينص عقد تحويل الفاتورة، على معايير معينة يقوم الوسيط على ضوءها بانتقاء واختيار الديون؛ كأن يضع معيارا جغرافيا، فلا يقبل مثلا سوى الديون الداخلية أو الديون المترتبة على مدينين موجودين في دولة معينة فقط، وقد يضع معيارا سلعيًا، فلا يختار سوى الديون الخاصة ببيع نوع محدد من السلع⁷⁹³.

يعتبر هذا الحق، تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد التي تتجسد في مرحلتين من مراحل إبرام عقد تحويل الفاتورة؛ المرحلة الأولى، تتمثل في قبول الوسيط إبرام عقد اتفاق الإطار لشراء ديون المنتمي، والمرحلة الثانية عندما يمارس حقه في تمحيص هذه الديون، أين يكون له الخيار في تصنيف هذه الديون في ثلاثة مراتب:

أولاً/ حقوق يقبل شراءها:

وهي الحقوق، التي تخرج من ذمة المنتمي نهائيا وتنتقل ملكيتها للوسيط، الذي يحل محل الأول في تحصيلها مقابل عمولة، تشمل عمولة التحصيل والخطر، والفرق بين تاريخ الدفع والاستحقاق؛ ويلتزم الوسيط بالمقابل، بعدم الرجوع على المنتمي في حالة عسر المدين أو رفضه الوفاء.

ثانياً/ حقوق يرفضها الوسيط نهائيا:

وهي عادة المتعلقة بالديون، التي لا تدخل ضمن المعايير المحددة سلفا، في الاتفاق الإطار بين المنتمي والوسيط والتي تحمل مخاطر كبيرة، أو يكون المدين في حالة تعثر أو إفلاس واضحين.

ثالثاً/ حقوق يرفض الوسيط شراءها لكن يقبل تحصيلها:

في هذه النوع الأخير من الديون، فإن الوسيط وبموجب حقه في انتقاء ديون المنتمي، فإنه يرفض شراء بعض الديون ولكنه يقبل بالمقابل تحصيلها لفائدة المنتمي، مقابل عمولة تحصيل. أي أنه وعلى عكس الحالة الأولى لا يحل محل المنتمي، بل أن الدين يبقى باسم الدائن الأصلي، ويقتصر دور الوسيط على إنابة هذا الدائن في تحصيل ديونه، وفق شروط وعناصر وآثار الوكالة.

⁷⁹³ - نادر عبد العزيز شاني، المرجع السابق، ص258.

وبما أننا أمام طرفين تاجرين " الوسيط والمنتمي"، وأمام أعمال تجارية⁷⁹⁴، فإن وكالة المنتمي للوسيط لينوب عنه في تحصيل حقوقه التجارية لدى مدينيه هي وكالة تجارية؛ وهذه الأخيرة، هي العقد الذي يلتزم بواسطته الشخص عادة، بإعداد أو إبرام البيع أو المشتريات وبوجه عام جميع العمليات التجارية، باسم ولحساب التاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص⁷⁹⁵. ونحن في هذا المقام، أمام وكالة تجارية خاصة بتحصيل حقوق المنتمي لدى مدينيه، وهي الحقوق التي تكون عادة ثابتة في فواتير أو في أوراق تجارية. يتعين على الوكيل(الشركة محولة الفواتير)، أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي⁷⁹⁶، وأن يوافي الموكل (المنتمي) بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم حسابا عنها⁷⁹⁷، وأن يتعامل باسم ولحساب الموكل، وأن لا يستعمل المال المحصل من المدينين لمصلحته⁷⁹⁸.

فالوسيط، ملزم بتنفيذ الوكالة التي تربطه بالمنتمي دون أن يجاوز الحدود المرسومة له. وبما أننا أمام وكالة موضوعها تحصيل ديون في آجال استحقاقها، فسلطة الوكيل لا تتجاوز نيابة الدائن الأصلي في تحصيل الدين من المدين عند حلول أجله؛ دون أن يكون له للوكيل سلطة تتجاوز ذلك، بأن يمنح أجل إضافي للمدين مثلا أو أن يقبل بتقسيط الوفاء، إلا إذا أخطر الموكل سابقا بذلك، وحصل على موافقته على ذلك.

ويكون الوكيل، مسئولا عن كل ضرر يصيب الموكل نتيجة خطأه في تنفيذ الوكالة، وإذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك؛ غير أن الوكيل وإن كان متضامنا مع باقي الوكلاء، إلا أنه لا يسأل عما فعله أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها⁷⁹⁹.

794 - ذلك أن التحصيل يتعلق بديون تجارية للمنتمي.

795 - أنظر المادة 34 من القانون التجاري الجزائري.

796 - أنظر المادة 576 من القانون المدني الجزائري

797 - أنظر المادة 577 من القانون المدني الجزائري

798 - أنظر المادة 578 من القانون المدني الجزائري

799 - أنظر نص المادة 579 من القانون المدني الجزائري.

قيام مسؤولية الوكيل عن الأضرار المرتبطة بعقد الوكالة، ينبغي قيام الأركان الثلاثة للمسؤولية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية؛ وعليه سيكون تناولنا لمسؤولية الوسيط كوكيل عادي على النحو التالي:

الفرع الأول: الخطأ.

الفرع الثاني: الضرر و العلاقة السببية.

الفرع الأول: الخطأ.

إذا كان عقد الوكالة، يستدعي من الوكيل مراعاة القيام بعدد من الواجبات والالتزامات، فإن خطأ الوكيل يتمثل في الإخلال بهذه الواجبات أثناء تنفيذ الوكالة، سواء بتجاوز حدود الوكالة الممنوحة له، أو التعسف في تنفيذها إضراراً بالموكل. فيتعين على الوكيل، أن يتقدم للمطالبة بحقوق موكله في موعد استحقاقها، سواء كانت هذه الحقوق ثابتة في فواتير أو أوراق تجارية⁸⁰⁰.

وكل تقصير من الوكيل، في المطالبة بالدين في أجله يترتب مسؤوليته المباشرة، عن كل ضرر يصيب الموكل نتيجة لذلك؛ كأن يهتز المركز المالي للمدين لاحقاً، مما يجعل من أمر تحصيل الدين صعباً أو مستحيلاً، أو ينقص من الضمان العام للموكل في حالة إعلان إفلاس المدين، أو توقفه عن الدفع و دخول الموكل في جماعة الدائنين - عادين أو ممتازين-، مما يجعل أمر تحصيل الموكل لدينه أو حتى جزء منه، صعباً أو مستحيلاً نتيجة تزاممه مع دائنين آخرين، قد يفوقونه في المرتبة. وهي وضعية ما كان الموكل ليقع فيها، لو قام الوكيل بتحصيل الدين في أجله.

إن دور الوكيل لا يقتصر على مجرد تحصيل الدين، بل يتعين عليه أن يخطر الموكل بكل التطورات والمستجدات المتعلقة بهذا التحصيل؛ فعليه أن يخطر الموكل، بكل الصعوبات التي يصادفها في تحصيل الدين، وأن يتخذ كافة الإجراءات القانونية الضرورية لحماية حق الموكل.

⁸⁰⁰ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 234

ففي حالة إعلان إفلاس المدين، فإن الحكم الصادر بالإفلاس أو التسوية القضائية، يؤدي إلى جعل الديون غير المستحقة حالة الأجل بالنسبة للمدين⁸⁰¹. فإذا كان الدين الذي كلف الوكيل بتحصيله لم يحل أجله، وصدر حكم بالإفلاس أو التسوية القضائية في حق المدين، يتعين على الوكيل أن يخطر الموكل بهذا التطور الخطير في الوضع المالي للمدين، وأن الدين أصبح مستحق الأداء أو حال الأجل نتيجة لذلك.

ويتعين على الوكيل، أن يقوم بكافة الإجراءات القانونية التي تحمي حق الموكل في الضمان العام، كقطعنه في جميع التصرفات الضارة ضررا محضا للمدين، والصادرة منذ تاريخ التوقف عن الدفع؛ أو دعوى رد المال إلى التفليسة ضد صاحب السفتجة، أو في حالة السحب لأجل الحساب ضد الأمر بالسحب، وكذلك ضد المستفيد من الشيك وأول مظهر للسند لأمر، شرط أن يكون المطالب برد المال عالما بالتوقف عن الدفع⁸⁰².

يتعين كذلك على الوكيل، وبمجرد صدور الحكم بإشهار الإفلاس أو بالتسوية القضائية، تسليم وكيل التفليسة مستندات الدين، مع جدول ببيان الأوراق المقدمة والمبالغ المطالب بها؛ ويكون التوقيع على هذا الجدول مع الإقرار بصحتها و مطابقتها، إما من الدائن الأصلي- الموكل- أو من الوكيل⁸⁰³. و في حالة تخلف الوكيل عن إحضار السندات في مهلة شهر من ذلك، فخطأه هذا يحرم الموكل- الدائن الأصلي- من الاستفادة من التوزيع والأرباح⁸⁰⁴.

كما يتعين على الوكيل، تقديم بيانات كتابية أو شفوية لوكيل التفليسة عند قيامه بإجراء تحقيق الديون، وذلك في أجل 08 أيام من إخطاره برسالة موسى عليها مع طلب العلم بالوصول، الموجهة له من وكيل التفليسة⁸⁰⁵؛ وهو الإجراء الذي يتعين على الوكيل أو الدائن القيام به، لقبول دخول الدين ضمن كشف الديون.

وعلى كل، يتعين على الوكيل بذل العناية الكاملة لحماية حق الدائن، وهذا بمراعاة جميع الإجراءات القانونية لحماية هذا الحق أو الموكل، أمام جماعة الدائنين.

801 - أنظر نص المادة 246 من القانون التجاري الجزائري.

802 - أنظر نص المادة 250 من القانون التجاري الجزائري.

803 - أنظر نص المادة 1/ 280 من القانون التجاري الجزائري.

804 - أنظر نص المادة 281 من القانون التجاري الجزائري.

805 - أنظر نص المادة 282 من القانون التجاري الجزائري.

فإذا كان الحق محل التحصيل، ثابت في ورقة من الأوراق التجارية، يتعين على الوكيل أن يتخذ كافة الإجراءات التي تضمن للموكل حقه، في حالة الامتناع عن الوفاء؛ فيجوز له العمل في إثبات رفض القبول عن طريق الاحتجاج، وإذا كانت قد حددت مهلة للتقديم فإن الاحتجاج يجب أن يقام خلال هذه المدة؛ وفي الحالة التي يتم فيها التقديم الأول في اليوم الأخير من هذه المهلة، فإنه يمكن إقامة الاحتجاج في اليوم الموالي⁸⁰⁶.

ويجب على الوكيل دفع الاحتجاج لعدم وفاء السفتجة، خلال 20 يوما الموالية لليوم الذي يجب فيه دفع السفتجة، غير أن الاحتجاج لعدم القبول يغني عن تقديم السفتجة للوفاء وعن الاحتجاج لعدم الوفاء. وإذا كانت السفتجة مظهرة للموكل، فإنه يتعين على الحامل (الوكيل) توجيه إشعار بعدم القبول أو الوفاء إلى المظهر، في أجل 10 أيام الموالية ليوم الاحتجاج أو ليوم التقديم⁸⁰⁷. ويجري على باقي الأوراق التجارية الأخرى، ما سبق ذكره فيما يتعلق بالسفتجة. لتفادي الخوض، في إجراءات القبول والاحتجاج والعودة، التي يتعين على المستفيد أو حامل الورقة التجارية مراعاتها لحماية حقه. فإنه وكخلاصة لكل ذلك، يمكننا القول أنه يتعين على الوكيل - الوسيط-، إذا وكله الدائن الأصلي بتحصيل الدين الثابت في الورقة التجارية، أن يقوم بجميع الإجراءات القانونية التي تحمي حق موكله خلال المدة القانونية المحددة. كما يتعين على الوكيل الوسيط، إخطار الدائن الأصلي بكافة التطورات المتعلقة بدينه، وأن ينفذ تعليمات موكله تنفيذا حسنا وفقا للمعرف والعادة والحيطه والحذر في التنفيذ؛ وكل إهمال منه، يسأل عنه مسؤولية عقدية حتى ولو كان الخطأ يسيرا، لأنه شخص محترف متخصص فيما يعهد به إليه⁸⁰⁸.

الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية.

لا يكفي لإقرار مسؤولية الوكيل تجاه موكله، أن يقترب خطأ على النحو المذكور أعلاه، وإنما لا بد أن ينجم عن هذا الخطأ إلحاق ضرر بالموكل، لأن وجود الخطأ لوحده لا يكفي

806 - أنظر نص المادة 427 / 2 من القانون التجاري الجزائري.

807 - أنظر نص المادة 427 / 3 من القانون التجاري الجزائري.

808 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 234.

وإنما لا بد من وجود الضرر، وأن يرتبط هذا الضرر بعلاقة سببية مع الخطأ، فإذا انتفت العلاقة بين الخطأ والضرر، فلا مسؤولية على الوكيل أيضا.

فيكون الوكيل مسئولاً، عن كل ضرر يصيب الموكل نتيجة خطأه في تنفيذ الوكالة؛ فهو ملزم بتنفيذ الوكالة وفقاً لتعليمات موكله، وهو ملزم عند تنفيذ الأعمال المكلف بها من موكله، ببذل عناية الرجل المعتاد وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية.⁸⁰⁹

وإذا كان الضرر الذي يصيب الموكل، عادة ما يتمثل في عدم تحصيل حقوقه كاملة أو جزء منها من عند المدينين، فإن هذا الضرر لا بد أن يكون مرتبطاً بخطأ من الوكيل، في تنفيذ الوكالة على الوجه الصحيح؛ كأن يكون قد قصر في تنفيذ التزامه، بتقديم الحق للمخالصة في أجله المحدد، أو تجاوز حدود وكالته بأن منح للمدين أجل للوفاء أو قسط الوفاء، دون الرجوع للموكل.

كما يكون الضرر مرتبطاً بالخطأ، إذا أهمل الوكيل إخطار الموكل بالتطورات الحاصلة في الموقف المالي للمدين، وبالتالي اتخاذ الدائن الأصلي أو توكيله للوكيل، للقيام بالإجراءات التي تتناسب مع هذا التطور؛ أو أنه وبالرغم من توكيله بالقيام بهذه الإجراءات إلا أنه قصر في القيام بها، أو أنه قام بها خارج الأجل القانونية المحددة لها، مما أدى إلى ضياع حق الموكل في استيفاء حقه، أو الانتقاص من فرص استيفاءه كاملاً.

ويسأل الوكيل عن أفعال أخرى متى أحدثت ضرراً بالموكل، كعدم محافظته على الفواتير والأوراق التجارية المسلمة إليه، بقصد تحصيل الحقوق الثابتة فيها عند حلول أجل استحقاقها، أو التصرف في قيمة الحقوق غير المقبولة دون وجه حق، أي دون أن يكون قد قدم قروضا للموكل بضمان هذه الحقوق.⁸¹⁰

إذا كان الوكيل يسأل عن أفعاله الشخصية، التي تلحق ضرراً بالموكل على النحو الموضح أعلاه، فإنه يسأل أيضاً عن خطأ الغير، الذي كلفه بتنفيذ هذه الوكالة؛ فإذا ارتكب هذا الغير خطأ في تنفيذها، تحققت مسؤولية الوكيل العقدية عن أي ضرر يصيب الموكل، بسبب التصرف الخاطئ للغير، كما لو كان هذا الخطأ قد صدر من الوكيل.⁸¹¹

809 - سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة القاهرة الحديثة، ط1، 1970، ص447.

810 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص235.

811 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص489.

فمتى أناب الوكيل شخصا من الغير في تنفيذ الوكالة، دون أن يكون مرخصا له في ذلك من قبل الموكل، كان الوكيل متضامنا في المسؤولية مع نائبه، عن أي خطأ يرتكبه هذا الأخير ويلحق ضررا بالموكل.⁸¹² " أما إذا رخص الموكل للوكيل إقامة نائب عنه في تنفيذ الوكالة، فلا يكون الوكيل مسئولا إلا عن خطأه في اختيار النائب، أو عن خطأه في التعليمات التي أصدرها لهذا الأخير " ⁸¹³.

كما يكون الوكيل مسئولا، عن كل ضرر أصاب الموكل جراء تنازله عن الوكالة، في وقت غير مناسب أو بعذر غير مقبول⁸¹⁴. غير أن مسؤوليته تنتفي في هذه الحالة، إذا أثبت أن تنازله عن الوكالة كان في الوقت المناسب، أي قبل حلول أجل استحقاق الدين، وأنه منح للموكل الوقت الكافي ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه.

على كل ولثبوت مسؤولية الوكيل في مواجهة الموكل، لا بد من تحقق خطأ من الوكيل ولحاق ضرر بالموكل على الأوجه المذكورة أعلاه، وأن يكون هذا الضرر، نتيجة مباشرة لخطأ الوكيل. فمجرد فشل الوكيل في استقاء حقوق الموكل من مدينيه، لا يرتب عليه أي مسؤولية في مواجهة الموكل، إذا أثبت أنه بدل العناية الكافية في تنفيذ الوكالة؛ كما أن خطأ الوكيل في تنفيذ الوكالة، أو تقصيره أو إهماله لا يرتب المسؤولية، في حالة عدم لحاق أي ضرر واضح أو بين بالموكل، نتيجة هذا الخطأ أو الإهمال أو التقصير.

812 - أنظر نص المادة 01/580 من القانون المدني الجزائري.

813 - المادة 02/580 من القانون المدني الجزائري.

814 - أنظر نص المادة 01/588 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: مسؤولية المنتمي أو الدائن الأصلي.

يلتزم المنتمي بموجب عقد تحويل الفاتورة، بأن يسلم للوسيط كل الصكوك و الوثائق والمستندات والفواتير المثبتة لتلك الديون، وأن يقوم بجميع الأعمال التي تساعد على الإطلاع وباستمرار على وضعه المالي. و يسأل المنتمي كأى شخص، عن أي تصرف خاطئ يصدر منه بمناسبة وفاءه بالتزامه بالإعلام والتبصير، ويسبب ضررا للوسيط أو للغير؛ وذلك بتعويض هذا الضرر، وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية⁸¹⁵، التي يحكمها في القانون الجزائري نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

فيلتزم المنتمي، بإعلام الوسيط بجميع المخاطر أو العقبات التي قد تعترض عملية تحصيل الدين، أو يمكن أن تواجه الوسيط أثناء تنفيذ عقد تحويل الفاتورة؛ سواء كانت هذه المخاطر تتعلق بالدين موضوع العقد، أو بمديني المنتمي أو بنشاط مؤسسة المنتمي نفسه⁸¹⁶. ويقع التزام المنتمي بالإعلام والتبصير، في المرحلة السابقة لإبرام عقد تحويل الفاتورة، فيأخذ شكل التزام قبل تعاقدي، كما يقع أثناء تنفيذ العقد فيأخذ شكل التزام تعاقدي (المطلب الأول)؛ ويسأل المنتمي عن تقديم مستندات ووثائق مزورة، وغيرها من الأفعال التي تأخذ الوصف الجزائي، مسؤولية جزائية (المطلب الثاني).

تبعا لذلك، سنتطرق لمسؤولية المنتمي أو الدائن الأصلي بحسب التقسيم التالي:

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للمنتمي.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للمنتمي.

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للمنتمي.

تقتضي طبيعة عقد تحويل الفاتورة، أن يبادر المنتمي بطلب فتح اعتماد أمام مؤسسة تحويل الفاتورة، وهذا الاعتماد يشمل شراء فواتير المنتمي التي تتضمن حقوقا له لدى مدينيه غير مستحقة الوفاء بعد. لذلك، وحتى يتمكن الوسيط من دراسة جدوى منح الاعتماد للمنتمي، يلتزم هذا الأخير بتقديم ما لديه من بيانات تتعلق بالحقوق المراد حوالتها، وكذا مختلف الوثائق

⁸¹⁵ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 236.

⁸¹⁶ - نادر عبد العزيز شاني، المرجع السابق، ص 383.

والمستندات المثبتة لها، من أجل تنوير وتبصير إرادة الوسيط وتكوين رضائه بخصوص العقد⁸¹⁷.

ويقع التزام المنتمي بالإعلام والتبصير، في المرحلة السابقة لإبرام عقد تحويل الفاتورة، من خلال البيانات والمعلومات التي يزود المنتمي الوسيط بها، بغية إقناعه بجدوى شراء حقوقه التجارية الثابتة في الفواتير، فيأخذ شكل التزام قبل تعاقدية. كما يقع أثناء تنفيذ العقد، من خلال التزام المنتمي بإخطار وإعلام وتبصير الوسيط، بجميع الأخطار والعقبات التي قد تظهر أثناء تنفيذ العقد، والتي من شأنها عرقلة عملية تحصيل الحقوق التجارية المحولة للوسيط، فيأخذ شكل التزام تعاقدية.

بما أن التزام المنتمي بالتبصير والإعلام، يكون قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة وأثناء تنفيذه، فإن دراسة المسؤولية المدنية للمنتمي تكون من خلال هاتين المرحلتين، وعليه سنتناولها وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: مسؤولية المنتمي قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة.

الفرع الثاني: مسؤولية المنتمي عن خطأه بعد إبرام عقد تحويل الفاتورة.

الفرع الأول: مسؤولية المنتمي قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة.

اعتبر الفقه الفرنسي⁸¹⁸، أن التزام المنتمي بإعلام الوسيط بمخاطر التحصيل، هو تطبيق لمبدأ اللياقة العام (principe Général de loyauté)، وهو من المبادئ التي تفرض نفسها في كافة العلاقات بين المتعاقدين.

تطبيقا لهذا الالتزام، تطلب مؤسسة تحويل الفاتورة من المنتمي الإجابة على عدة أسئلة، تصنفها في نموذج خاص لمن يرغب بالتعاقد معها في إطار نظام تحويل الفاتورة⁸¹⁹. فعقد تحويل الفاتورة، من العقود التي تعتمد فيها المؤسسة عند إبرامها، اعتمادا كليا على المعلومات والبيانات التي يدلي بها العميل المرتقب. لذلك يتعين على الراغب في التعاقد مراعاة حسن النية

⁸¹⁷ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 237.

257- Dominique legeais: Affacturage, édition du juris- classeur, 2002, Fascicule 361, p 4, n 11.

⁸¹⁹ - نادر عبد العزيز شافي، نفس المرجع، ص 364.

المطلق، وهو يدلي بالبيانات المتعلقة بحقيقة وضعه المالي ومراكز مدينيه المالية، وكافة المخاطر التي تحيط بتحصيل الحق⁸²⁰.

غير أن المنتمي، وفي الكثير من الأحيان وبغية خداع الوسيط ودفعه للتعاقد معه، يلجأ إلى تقديم معلومات أو بيانات خاطئة حول مركزه المالي، وانتظام معاملاته المالية والتجارية وتعدد زبائنه، مما يوحي للوسيط بمدى أهمية هذا العميل، ويجعله يقبل التعاقد معه.

إن كان خطأ المنتمي، في هذه الحالة يأخذ الشكل الايجابي، أي وفاءه بالتزامه بتقديم المعلومات والبيانات المالية حول مركزه المالي ومركز مدينيه، وإن كانت مغلوطة ومجانبة لحقيقة الأمر؛ فإنه وفي حالات أخرى، يأخذ شكل سلبي بالامتناع عن تقديم البيانات، بإخفائها وكتمانها عن الوسيط، رغم علمه بمدى أهميتها في تكوين رأيه بخصوص التعاقد. وفي كلتا الحالتين، يؤدي الخطأ قبل التعاقد إلى إبطال العقد للخطأ أو التدليس⁸²¹.

يتعين التدقيق هنا في تكييف حق الوسيط في إبطال العقد، حول استناده إلى الغلط أو التدليس. فالغلط، هو وقوع المتعاقد في غلط جوهري وقت إبرام العقد، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط؛ ويكون الغلط جوهريا على الأخص، إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقد جوهريا، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد⁸²².

فإذا أخطأ الوسيط في صفة المنتمي، بأن تعاقد معه على أساس أنه المؤسسة الفولانية المعروفة بشهرتها وسمعتها المالية والاقتصادية والتجارية، ثم تبين له لاحقا هذا الغلط، جاز له اللجوء إلى طلب إبطال العقد لغلطه في صفة المتعاقد معه، هذا الغلط الذي ما كان معه ليقدم على التعاقد مع المنتمي لو لم يقع فيه.

غير أن المنتمي، لا يتحمل أي مسؤولية اتجاه الوسيط ما لم يستعمل طرق تمويهية أو تدليسية لتغليطه. وبما أن المنتمي، ويهدف التعاقد مع الوسيط أقدم على تقديم بيانات أو معلومات خاطئة، أو امتنع عن تقديم البيانات، بإخفائها وكتمانها عن الوسيط، رغم علمه بمدى

820 - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 151.

821 - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 237.

822 - أنظر نص المادة 81 و82 من القانون المدني الجزائري.

أهميتها في تكوين رأيه بخصوص التعاقد؛ فيجزم القول هنا، أن الوسيط لم يقع في غلط وإنما في تغليط أو تدليس⁸²³.

فلا يكتفي الوسيط في الحالة السابقة، بمجرد طلب إبطال العقد وإنما بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء هذا التدليس والتغليط الذي كان ضحية له. ولا يعفي المنتمي من المسؤولية إلا إذا أثبت حسن نيته، بأن يثبت أن إخفائه لبعض المعلومات والبيانات عن الوسيط كان لسوء تقدير منه وغلط، وليس بقصد تغليط الوسيط وإيهامه بخلاف الحقيقة؛ وإن كان إعفائه من المسؤولية إن أثبت ذلك، لا يسقط حق الوسيط في طلب إبطال العقد في كل الحالات.

الفرع الثاني: مسؤولية المنتمي عن خطئه بعد إبرام عقد تحويل الفاتورة.

يتعين على المنتمي، إعلام الوسيط أو الشركة محولة الفواتير، بجميع الطوارئ التي قد تضع الدين موضوع عقد تحويل الفاتورة، في حالة خطر يهدد إمكانية تحصيله⁸²⁴. فيكون المنتمي، ملتزماً بإعلام وإخطار مؤسسة تحويل الفاتورة التي تعاقدها معها لشراء ديونه، بكل ما يحيط بهذه الأخيرة من ظروف استثنائية أو طارئة⁸²⁵، قد تؤثر على الوضع المالي للمدين وقدرته على تسديد الديون في تاريخ استحقاقها.

بما أن الالتزام بالمتابعة والاستعلام، حول تطور وضعية الدين والمدين، يقع على طرفي عقد تحويل الفاتورة الوسيط والمنتمي معاً، فإننا نكون أمام إشكالية تحديد نطاق مسؤولية كل واحد منهما، وتحديد المسئول عن الضرر، الواقع عن تخلف التزام الإعلام والاستعلام.

وحيث أننا أمام مسألة موضوع وليس مسألة قانون، فإنه يعود للمحكمة تقدير حدود كل الالتزامين، بالنسبة للوسيط والمنتمي لتقرير المسؤولية، وتحديد صاحب الخطأ الذي نجم عنه الضرر الواقع⁸²⁶. وعليه، فإن أي إهمال من قبل المنتمي في إخطار الوسيط بأي حادث طارئ يلحق بالحق أو بالمدين به، يشكل إهمالاً من المنتمي في الوفاء بأحد أهم التزاماته المترتبة عن عقد تحويل الفاتورة، وهو الإهمال الذي يعطي للوسيط الحق في فسخ العقد مع التعويض، في

⁸²³ - أنظر نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري.

263- Christian Gavalda: affacturage, Encyclopédie Dalloz-Com, 1996-I-A-B, p.9.n69

⁸²⁵ - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، دار النهضة المصرية، القاهرة، 1990، ص 252.

⁸²⁶ - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 369.

حالة لحاق ضرر به؛ والضرر يتمثل عادة، في جعل تحصيل الحق مستحيلا في مجمله أو في جزء منه، أو جعل التنفيذ أكثر إرهاقا وصعوبة للوسيط.

مسؤولية المنتمي، قد لا تقتصر على الجانب المادي أو المدني لوحده، إذا ارتكب الدائن الأصلي أفعال تحمل الوصف الجزائي، في سبيل الحصول على الائتمان من الوسيط، فيقع هنا تحت طائلة المسؤولية الجزائية، التي سنتعرض لأهم أوصافها وشروطها وحالاتها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: مسؤولية المنتمي الجزائية.

وجود المنتمي في ظروف اقتصادية ومالية صعبة، قد تدفعه إلى القيام ببعض المناورات غير المشروعة، التي تتضمن أفعال أو وقائع تأخذ الوصف الجزائي، كالتزوير والنصب والاحتيال؛ وهي أفعال قد يقوم بها المنتمي بمفرده، أو بالتواطؤ مع الغير، وفي كلتا الحالتين يسأل المنتمي عن هذه الأفعال مسؤولية جزائية⁸²⁷.

عرفت التطبيقات القضائية الحديثة، عدة قضايا متعلقة بالنصب والتزوير، في إطار عقود تحويل الفاتورة؛ فيلجأ المنتمي عادة وبغرض الحصول على الائتمان من الوسيط، لتزوير وخلق فواتير وهمية، بذكر بيانات ومعلومات مغلوبة لا أساس لها من الصحة، تتضمن إما ذكر اسم مشتري وهمي لا وجود له أصلا أو اسم بائع مستعار وهمي أو بضائع لا وجود لها في الحقيقة، ثم يدعم المنتمي تزويره هذا، باصطناع طرق احتيالية وتدليسية، من شأنها أن توهم الوسيط بحقيقة هذه البيانات والمعلومات الوهمية⁸²⁸.

فإذا رجع الوسيط، على المدين بعد حلول أجل استحقاق الفاتورة أو الورقة التجارية التي قام بخصمها لفائدة المنتمي، يفاجأ برفض المدين الوفاء له مدعيا تزوير الفاتورة وعدم إبرامه لأي صفقة مع المنتمي⁸²⁹؛ وهو الأمر الذي ليحق معه، ضررا كبيرا يصيب الوسيط نتيجة تزوير ونصب المنتمي عليه.

⁸²⁷ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 239.

⁸²⁸ - Merlaud (J.F), Op.cit., p.294.

⁸²⁹ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 240.

وفي حالة قيام غش المنتمي بخلق فواتير وهمية، فإنه يتعرض بلا شك لجزاءات جنائية، ولا يسأل المنتمي عن التزوير فقط بل وعن استعماله لهذه الوثائق والمحركات المزورة مسؤولة جزائية⁸³⁰. ولأن تقديم فواتير مزورة، غالبا ما يكون موضوع جريمة نصب، متى قام المنتمي بخلق ظروف وملابسات من شأنها إعطاء صفة الصحة والشرعية للفواتير المزورة، بشكل لا يدع محالا للشك فيها؛ فيقوم الوسيط بأداء قيمتها للمنتمي، معتقدا أنها صحيحة ومحل صفقات تامة⁸³¹.

فلا يكون المنتمي، مسئولا فقط عن التزوير واستعمال المزور، وإنما يسأل كذلك عن جريمة النصب والاحتيال، عن الوسائل والطرق الاحتيالية التي قام بها لخداع الوسيط وإيهامه، بصحة هذه الفواتير والوثائق المزورة.

كما تقوم مسؤولية المدين، إذا تواطأ مع المنتمي في خلق هذه الفواتير المزورة، أو علم بذلك لاحقا بعد إخطاره بالحوالة، ولم يعلم الوسيط بحقيقة التزوير؛ فسكوت المدين هنا، حتى ولو لم يشارك في عملية التزوير، يفسر على رضائه ومشاركته في عملية التزوير والنصب على الوسيط⁸³².

وسعي المنتمي لخلق فواتير مزورة، بغية الحصول على الائتمان من الوسيط، يجعله تحت طائلة المسؤولية الجزائية، لارتكابه لجريمة التزوير واستعمال المزور من جهة، ولجريمة النصب والاحتيال من جهة ثانية، بحسب ظروف وملابسات الوقائع التي ارتكبتها المنتمي. ومن ثمة سنتناول المسؤولية الجزائية للمنتمي، من خلال ارتكابه لجريمة التزوير واستعمال المزور في الفرع الأول، وجريمة النصب والاحتيال في الفرع الثاني.

الفرع الأول: جريمة التزوير و استعمال المزور.

كما أشرنا إليه أعلاه، فإن المنتمي وفي سبيل الحصول على الاعتماد من الوسيط، يسعى إلى خلق فواتير مزورة أو وهمية تعطيه صفة الدائن. ويكون التزوير بذكر بيانات ومعلومات

⁸³⁰ - Crim.3 juin 1985, bull. Rim ; n.241 ; R.T.D.com, 1986, p134, n° 20.Obs. Cabrillac et Teysie.

⁸³¹ -تورية توفيق، نفس المرجع، ص 241.

⁸³² - هشام فضلي، المرجع السابق، ص 110.

غير موجودة أصلا أو غير صحيحة، كذكر اسم مشتري وهمي أو بضائع لا وجود لها في الحقيقة، ثم يقوم المنتمي بتحويل هذه الفواتير للوسيط والحصول على قيمتها والاستفادة منها، رغم عدم وجود مقابل حقيقي لها.

في هذه الحالة، لا يسأل المنتمي عن التزوير فقط بل وعن استعماله لهذه الوثائق والمحرمات المزورة مسؤولية جزائية، وفقا لنص المادة 1/219 من قانون العقوبات الجزائري، التي تقضي بأنه "كل من ارتكب تزويرا بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 216⁸³³، في المحرمات التجارية أو المصرفية أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 20.000 دينار. و يجوز علاوة على ذلك، أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14⁸³⁴، وبالمنع من الإقامة من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر".

ويجوز أن تصل العقوبة، إلى ضعف الحد الأقصى للعقوبة المنصوص عليها، إذا كان مرتكب جريمة التزوير أحد رجال المصارف أو مدير شركة⁸³⁵، وهي الصفة التي تنطبق على المنتمي، باعتباره يكون عادة مديرا أو ممثلا أو مسيرا لشركة لتوريد البضائع. كما يعاقب

833 - حيث أنه طبقا لنص المادة 216 من قانون العقوبات الجزائري، تتمثل طرق التزوير في المحرمات، باستعمال إحدى الأساليب التالية:

1- إما بتقليد أو تزيف الكتابة أو التوقيع.

2- و إما باصطناع اتفاقات أو نصوص أو التزامات أو مخالصات أو بإدراجها في هذه المحرمات فيما بعد.

3- و إما بإضافة أو إسقاط أو بتزيف الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحرمات لتلقيها أو لإثباتها.

4- و إما بانتحال شخصية الغير أو الحلول محلها.

834 - حيث تنص المادة 14 من قانون العقوبات (قانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006).

" يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، و في الحالات التي يحددها القانون، أن تحضر على المحكوم عليه، ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية، المذكورة في المادة 9 مكررا 1، و ذلك لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، تسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

- كما تنص المادة 09 مكررا 1 التي أحالتنا عليها المادة 14، على " يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية في:

1- العزل و الإقصاء من جميع الوظائف و المناصب العمومية، التي لها علاقة بالجريمة،

2- الحرمان من حق الانتخاب و الترشح و من حمل أي وسام،

3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا، على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء، إلا على سبيل الاستدلال،

4- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، و في التدريس، و في إدارة مدرسة، أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا، أو مدرسا، أو مراقبا،

5- عدم الأهلية لأن يكون وصيا، أو مقدا.

6- سقوط حقوق الولاية، كلها أو بعضها.

835 - طبقا لنص المادة 2/219 من قانون العقوبات الجزائري.

المنتمي على جريمة استعمال المزور، طبقا لنص المادة 221 من قانون العقوبات، باعتباره لم يكتفي بتزوير الفواتير والمحركات، بل عمد إلى استعمالها في ملفه المودع للحصول على الائتمان.

من هنا يتبين لنا، مدى تشدد المشرع في معاقبة مرتكب جريمة التزوير في المحركات التجارية، لما لهذه الأخيرة من أهمية في خلق الثقة في المعاملات التجارية والصرفية، وكل ضرب لهذه الثقة سيؤدي حتما لانهايار أحد مقومات العمل التجاري⁸³⁶.

الفرع الثاني: جريمة النصب والاحتيال:

بغية الحصول على الائتمان من الوسيط، لا يكتفي المنتمي عادة بمجرد تقديم فواتير مزورة أو وهمية، وإنما يسعى لخلق ظروف وملابسات من شأنها تضليل الوسيط، وجعله لا يشك أبدا في صحة وشرعية هذه الفواتير المزورة. هذه المناورات التدليسية التي يقوم بها المنتمي، تجله تحت طائلة المسؤولية الجزائية، لارتكابه جنحة النصب والاحتيال، المنصوص والمعاقب عليها بنص المادة 372 من قانون العقوبات، في إطار ما يعرف بجرائم ابتزاز الأموال.

تنص المادة 372 من قانون العقوبات، على أن " كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات، أو توصل إلى الحصول على أي منها... وكان ذلك بالاحتيال، بقصد سلب كل أو بعض ثروة الغير... إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو باستعمال سلطة خيالية أو اعتماد مالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء، أو في وقوع حادث أو أية واقعة وهمية أو الخشية من شيء منها، يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار. " ⁸³⁷.

فإلى أي مدى يمكن أن تتطابق فيه الأفعال والمناورات التدليسية، التي يقوم بها المنتمي للحصول على الائتمان من الوسيط، مع شروط وعناصر قيام جريمة النصب والاحتيال

⁸³⁶ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 241.

⁸³⁷ - أنظر نص المادة 372 من قانون العقوبات.

المنصوص عليها في نص المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري؛ هذا ما سنحاول الإجابة عليه، من خلال التطرق لعناصر قيام ونشوء جريمة النصب والاحتيال، في الأفعال التدليسية والمناورات غير المشروعة المقترفة من قبل المنتمي .

من خلال نص المادة 372 من قانون العقوبات، يمكننا أن نستخلص أركان وعناصر جريمة النصب والاحتيال؛ وهي العناصر التي حددتها بدورها الغرفة الجزائرية لمحكمة الاستئناف الفرنسي، في قرارها الشهير الصادر في 03 جوان 1985، المتعلق بجريمة النصب في عقود تحويل الفاتورة⁸³⁸ فيما يلي:

أولاً: عنصر الفعل المادي للتوصل إلى استلام مال الغير.

إن العنصر المادي المطلوب توفره، لقيام جريمة النصب والاحتيال، يتحقق بمجرد تمكن المنتمي من الحصول على ائتمان من الوسيط، الذي تأثر بإحدى وسائل النصب والتدليس، التي يكون المنتمي قد مارسها عليه.

ثانياً: عنصر استعمال إحدى وسائل التدليس والاحتيال.

ثاني عنصر من العناصر التي يتطلب قانون العقوبات توفرها لقيام جريمة النصب والاحتيال طبقاً لنص المادة 372 من قانون العقوبات، هو عنصر استعمال إحدى الوسائل أو الطرق الاحتيالية المنصوص عليها على سبيل الحصر بنص المادة؛ وهذه الوسائل التي من شأنها إيهام الضحية وخداعه هي، استعمال اسم كاذب أو صفة كاذبة أو سلطة خيالية أو

⁸³⁸ - « Constitue la manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie, dans le cadre du contrat de factoring, la transmission par l'adhérent au factor, de quittances subrogatives certifiant que les créances dont l'adhérent affirmait disposer sur des tiers et dont il sollicitait conformément au contrat conclu, le paiement immédiat auprès du factor, étaient engendrées par les livraisons de marchandise de sa fabrication bien que celles-ci n'aient pas été effectuées, lorsque les quittances subrogatives, ont été accompagnées du double des factures prétendument adressées par le dit adhérent à ses clients. Il n'importe que postérieurement à l'établissement de ses factures les marchandises commandées à l'adhérent aient pu ou non être livrées, le délit d'escroquerie étant caractérisé à la charge de ce dernier, dès lors qu'il a été constaté que les remises de fonds obtenus ont été le résultat de moyens frauduleux employés par lui et qu'elles n'ont pas été consenties librement par ceux qu'il a trompés. »

- D.1986 obs., I.R.405 et .318 obs. Vasseur, RTD.com.1986.134.obs. Cabrillac et Teyssie.

اعتماد مالي، أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء منها أو في وقوع حادث أو أي واقعة وهمية أو الخوف من وقوعها.

فالمنتمي، وفي سبيل إقناع الوسيط بتمكينه من الاعتماد، لا يكتفي بتزوير الفاتورة أو الفواتير، بل يسعى إلى خلق الظروف والملابسات التي تكسب الفواتير صفة الصحة والشرعية، والتي تدفع الوسيط إلى الاعتقاد فعلا بأن المنتمي دائن بالحقوق الثابتة فيها. فالمنتمي هنا يسعى إلى خلق صفة كاذبة، وهي صفة الدائن بالحقوق الثابتة في الفاتورة المزورة أو الوهمية، وهي الصفة التي تدفع بالوسيط إلى خصم هذه الفاتورة، معتقدا بصحة وشرعية ما أوهمه به المنتمي.

وفي سبيل الحصول على ثقة الوسيط، يسعى المنتمي إلى دعم ادعائه باستعمال، مجموعة من صور النصب والتدليس والتزوير؛ كأن يرفق مع الفاتورة مجموعة من العقود الوهمية، أو أن يقوم بنسخ ختم أو طابع الشركة المدينة، ويضعها على الفواتير والعقود المزورة⁸³⁹.

يحدث أيضا أن يتواطأ المنتمي مع أحد موظفي الشركة المدينة، الذي يمكنه من الاستعمال غير الشرعي لختم هذه الأخيرة، مما يجعله شريكا في عملية النصب. كما في قضية - Smith Géó - التي قضت فيها محكمة السين التجارية في حكمها الصادر في 1971/09/20، بمعاقبة Géó Smith عن سرقة ختم وطابع الشركة المدينة ووضعه على الفواتير، مع تزوير توقيعها وتحويل هذه الفواتير للوسيط، وحصول المنتمي على قيمتها⁸⁴⁰. ويشترط لإثبات استعمال إحدى وسائل الاحتيال والنصب، أن يتحقق وجود علاقة سببية بين عملية تسليم الضحية ماله إلى المحتال، وبين وسيلة التحايل التي يكون قد استعملها، وهذا ما يعرف بعلاقة السببية بين الفعل و النتيجة⁸⁴¹؛ وهذا هو العنصر الثالث من عناصر تكوين جريمة النصب والاحتيال.

⁸³⁹ - Bouraoui Darghout (fatma), Le Factoring en Droit Interne, et International, op. cit, p 102.

⁸⁴⁰ - تورية توفيق، المرجع السابق، ص 241.

⁸⁴¹ - عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة للنشر، ط 3، 2006، ص 98.

ثالثاً: عنصر العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة.

للتأكد من قيام العلاقة السببية بين عمل التدليس وتسليم المال، يجب التحقق من أن الوسيط ما كان ليوافق على منح الائتمان للمنتمي، وبالتالي شراء حقوقه الآجلة لدى المدين، لولا هذه الصفة الكاذبة التي أوهمه المنتمي بوجودها وهي صفة الدائن. هذه الصفة الوهمية، التي استعمل المنتمي في سبيل إيهام الوسيط بها، مجموعة من الأساليب والوسائل الاحتيالية، إما منفرداً أو بمشاركة الغير⁸⁴²؛ وهي الوسائل التدليسية، التي لا يمكن للرجل العادي أو حتى الحريص في مفهوم أحكام القانون المدني اكتشافها.

أما لو اكتفى المنتمي، بتزوير الفاتورة ودفعها للوسيط بغية تحصيلها، دون استعمال مناورات تدليسية أو احتيالية، أو أن هذه الأخيرة كان من الممكن كشفها بسهولة، لو قام الوسيط بدوره في التحري والمراقبة؛ فيمكن القول هنا أن الوسيط كان ضحية تزوير واستعمال المزور وليس ضحية نصب واحتيال.

فحتى تتحقق عناصر وشروط قيام جريمة النصب والاحتيال، ينبغي أن تكون الصور الاحتيالية التي قام بها المنتمي، هي السبب الأول والمباشر لحصوله على الائتمان من الوسيط؛ وأن لا يتمكن هذا الأخير من إدراكها حتى ولو وفى بجميع التزاماته وواجباته الرقابية، التي يفرضها عليه عقد تحويل الفاتورة.

رابعاً: عنصر النية أو القصد الجرمي.

يتحقق عنصر النية أو القصد الإجرامي، بتوجه وانصراف نية المحتال إلى الاستيلاء على أموال الضحية، باستعمال إحدى الطرق التدليسية؛ مع ملاحظة أن إثبات النية الجرمية، من المسائل الموضوعية التي تخضع إلى تقدير قاضي الموضوع، الذي يمكنه أن يستخلصها من الوقائع الاحتيالية ومن الملابسات والقرائن المتوفرة له⁸⁴³. وتطبيق ذلك، أن تتصرف نية المنتمي إلى الاستيلاء على أموال الوسيط بإيهامه بوجود الحق الوهمي في الفاتورة المزورة، مع علمه مسبقاً بعدم صحة هذه الصفة أو الوقائع.

⁸⁴² - Bouraoui Darghout (fatma), Le Factoring en Droit Interne, et International, op.cit, p 103.

⁸⁴³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 102.

فإذا كانت هذه الحقوق الثابتة في الفاتورة، حولت للمنتمي من الدائن الأصلي لها بواسطة وسيلة من وسائل حوالة الحق، ثم تقدم المنتمي أمام الوسيط بغية خصم هذه الفاتورة - المزورة من طرف الدائن الأصلي-، دون علمه بواقعة التزوير، فلا تقع عليه أي مسؤولية جزائية عن التزوير واستعمال المزور أو عن النصب و الاحتيال، وإنما تقع المسؤولية على الدائن الأصلي.

الفصل الثالث: آلية توريق الديون المحولة بمقتضى عقد تحويل الفاتورة:

بما أن شركة تحويل الفاتورة، هي مؤسسة مصرفية ذات طابع ائتماني، تهدف بالدرجة الأولى إلى تمويل التجار عن طريق شراء حقوقهم الثابتة في الفواتير، فإن من شأن هذه الأخيرة أن تؤدي إلى استنزاف الموارد المالية السائلة للمؤسسة، بسبب شراءها لفواتير مؤجلة الاستحقاق بأموال معجلة الدفع؛ فإنها ستسعى بدورها للحصول على مصادر تمويل، تسمح لها بالمحافظة على قدرتها المالية و النقدية.

في هذا الإطار، ظهر في بداية الثمانيات من القرن الماضي آلية جديدة للتمويل، من خلال تحويل القروض وأدوات الدين غير السائلة إلى أوراق مالية سائلة في شكل أسهم أو سندات، هذه الآلية يطلق عليها عملية التوريق، وقد سميت بهذا الاسم نسبة إلى الأوراق المالية المكتتب بها.

الإشكالية الرئيسية، التي نريد دراستها من خلال هذا الفصل، هو مدى إمكانية توريق أو تسهيل الحقوق التجارية، المحولة للوسيط من قبل المنتمي أو الدائن الأصلي. وهذا من خلال معرفة مدى تطابق الشروط القانونية للأصول الخاضعة للتوريق المصرفي، مع الشروط القانونية للحقوق التجارية محل عقد تحويل الفاتورة من جهة، ومن جهة أخرى مدى تطابق الشروط القانونية للمؤسسة المنتزلة في عقد التوريق، مع مؤسسة تحويل الفاتورة في عقد تحويل الفاتورة.

وقبل التطرق لمدى إمكانية توريق الوسيط، للحقوق المحولة له من المنتمي في المبحث الثاني من هذا الفصل، ارتأينا أن نتطرق في المبحث الأول منه، لماهية التوريق المصرفي ومزاياه وأنواعه الرئيسية.

وبناء عليه فإن دراسة هذا الفصل تم تقسيمها إلى مبحثين رئيسيين.

المبحث الأول: ماهية التوريق المصرفي ومزاياه وأنواعه الرئيسية.

المبحث الثاني: توريق الوسيط للحقوق المحولة من المنتمي.

المبحث الأول: ماهية التوريق المصرفي و مزاياه و أنواعه الرئيسية:

التوريق، هو فن تمويلي ظهر في مطلع الثمانينات من القرن الماضي في ما يعرف بالهندسة المالية Financial engenering⁸⁴⁴، حيث يربط المقترضين بأسواق رأس المال مباشرة، متخطين بذلك ما يسمى بالوساطة المالية intermediation، التي كانت تمثل تكلفة زائدة على مصروفات القرض .

ونظرا لحدثة مثل هذا النظام، يتعين التطرق لماهيته ومعرفة المفاهيم الأساسية التي تحكم بنيته المركبة، ومزايا اللجوء إلى هذا النظام، والأنواع الرئيسية التي تحكمه، وذلك بحسب التقسيم التالي:

المطلب الأول: ماهية التوريق المصرفي ومزاياه.

المطلب الثاني: أنواع التوريق.

⁸⁴⁴ - عبد علي احمد الحجازي، التوريق، دار النهضة العربية بالقاهرة ط 2 2001 ص.05

المطلب الأول: ماهية التوريق المصرفي ومزاياه.

أصبح مصطلح التوريق شائعاً، في الأوساط المالية والاقتصادية والنقدية والقانونية وذلك منذ أواخر الثمانينات من القرن الماضي، ونظراً لحدثة هذا الأسلوب المالي، فقد حدث خلط كبير في تحديد مفهومه والمقصود به؛ وعلى هذا سنتناول في هذا المطلب، ماهية التوريق المصرفي وبيان أهميته ومزاياه والوقوف على أهم مجالاته، وذلك بحسب التقسيم التالي:

الفرع الأول: تعريف التوريق وإجراءاته.

الفرع الثاني: مزايا لجوء البنوك للتوريق.

الفرع الأول: تعريف التوريق المصرفي.

التوريق Securitization اصطلاحاً⁸⁴⁵، هو تحويل القروض وأدوات الدين غير السائلة إلى أوراق مالية سائلة (أسهم أو سندات)، قابلة للتداول في أسواق المال. وهذه الأسهم أو السندات مضمونة بأصول عينية أو مالية، ذات تدفقات نقدية متوقعة تتمثل في الفوائد الدورية، ولا تستند إلى مجرد القدرة المتوقعة للمدين على السداد، من خلال التزامه العام بالوفاء بالدين

846

التوريق إذا، هو طريقة من طرق تمويل المؤسسة - corporate finance -، ظهرت كإحدى القوى الرئيسية في أسواق المال في الولايات المتحدة الأمريكية⁸⁴⁷؛ فهو أحد الآليات المستحدثة، التي تسهم في تعزيز قدرات السوق المصرفية، وفي تنشيط أسواق المال في آن واحد⁸⁴⁸. وهو عملية، تلجأ إليها المؤسسات المالية والنقدية، التي ترغب في الاسترجاع المعجل للائتمان الممنوح للعملاء، فتقوم بحوالة محفظة حقوقها على هؤلاء العملاء إلى مؤسسة

845 - التوريق لغة هو: إخراج الورق، فنقول ورق الشجر " بتشديد الراء وفتحها " توريقاً، أي أخرج ورقة.

846- Leon .T.Kendall " securitization: a new era in American finance "essay in" A primer on securitization "Edited by Leon. T. Kendall end Michael J. Fishman the Mit press Cambridge, London, 1996 pp 1-2.

847 Michael J .Cohn " Asset securitization: how remote is bank ruptcy remote " hofstra low review. Vol 26-891 p 929.

848 - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة (التوريق)، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 05.

متخصصة⁸⁴⁹، بثمن يقل عن القيمة الاسمية لمحفظه الحقوق وما تدره من عوائد؛ وتتولى مؤسسة التوريق إصدار هذه الحقوق للاكتتاب العام، في صور أوراق مالية Securities⁸⁵⁰. وهو نفس المعنى، الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 02 من ق 06 - 05⁸⁵¹، حيث عرف التوريق، على أنه عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية، وتتم هذه العملية على مرحلتين:

- 1 - تنازل عن القروض الرهنية من قبل مؤسسة مصرفية أو مالية، لفائدة مؤسسة مالية أخرى؛
 - 2 - قيام هذه الأخيرة، بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.
- يستفاد من مجمل التعريفات المذكورة أعلاه، أن التوريق يقوم على العناصر الأساسية التالية:⁸⁵²؛

- 1- وجود علاقة دائنية أصلية،
- 2- رغبة الدائن في التخلص من سندات الدين التي تحت يده، وتحويلها إلى جهة أخرى تحل محله،
- 3- قيام الجهة المحال إليها الدين، بإصدار سندات جديدة في صور أسهم أو سندات قابلة للتداول في أسواق المال،
- 4- استناد الأوراق المالية الجديدة، إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة،
- 5- وجود مستثمرين.

849 - و هي التي سماها المشرع الجزائري في القانون 06-05 المتعلق بتوريق القروض الرهنية، بمؤسسة التوريق.

850 - انظر في التعريف بالنظام: Rodophe (Patrick): la mobilization des créances en droit français. Thèse. Paris IX 1993. p. 140. Escombe Moussio (jean - jacques). Aspects juridiques de la mobilisation des marchés de capitaux thèse. Montpellier I, 1991, p 299. Et s ; Causse (Hervé) Les titres Négociables, Essai sur le contrat négociable. Litec, p : 399 et s ; Romain (Jean - François) Examen du régime de la titrisation des créances en droit belge. questions d'actualité en droit économique. Bruylant Bruxelles, 1994. p: 41 et s. Rwood (philip) .law and practice of international finance, title finance, Derivatives, securitisations. setff and Netting, 1995, p: 41 et s; Taylor (Paul); securitization in Europe, asset- Backed securities, published by frank j. Fabozzi Associates, New York, 1996, p.21 et s.

851 - القانون 06-05 المتعلق بتوريق القروض الرهنية.

852 - عبيد علي أحمد الحجازي، المرجع السابق، ص 10-11

على هذا النحو، يعد التوريق أداة للربط بين السوق المصرفية وبين سوق المال، يناط بالأولى إعادة تمويل مانح الائتمان، عبر نقل أصوله غير السائلة والمتمثلة في محفظة حقوقه على مدينيه، إلى المنشأة الوسيطة بطريق حوالة الحق؛ وتختص الثانية بتفتيت هذه الأصول إلى وحدات، تطرحها المنشأة الوسيطة للاكتتاب في صورة صكوك مالية قابلة للتداول⁸⁵³.

الفرع الثاني: مزايا لجوء البنوك للتوريق.

إن المؤسسات المالية عندما تلجأ إلى عملية التوريق للحصول على السيولة النقدية فإنما تهدف إلى تحقيق مزايا كثيرة، فلا غرابة أن نجد أن أكثر من ثلثي القروض المحلية، وحوالي سبع قروض السيارات، وما يقارب من ربع مقبوضات الائتمان المتداولة في الولايات المتحدة الأمريكية قد تم توريقها⁸⁵⁴.

وتكمن أهمية التوريق، في تحويله لأصول غير سائلة إلى أصول سائلة، في صورة أوراق مالية (أسهم أو سندات) قابلة للتداول، ومن هنا تقل المخاطرة وتقل تبعاً لها تكلفة الدين⁸⁵⁵. فضلاً عن أن عملية التوريق، تحقق قيمة مضافة من خلال عمليات التخصص التي تمر بها مراحلها المختلفة، ما بين منشئ للقروض وممول له وحامل لمخاطره وقائم على خدمته؛ وهو ما يستتبع بالضرورة تعدد الهيئات العامة في نطاقه، والتي تتسع من خلالها دائرة النشاط الاقتصادي على مستوى الدولة⁸⁵⁶.

اختصاراً يمكن القول أن التوريق، بإمكانه تحقيق المزايا التالية:

1 التوريق مصدر تمويل بديل و فاعل.

ذلك أن التوريق، يوفر مصادر تمويل للبنوك والمؤسسات المالية، ذات ضمانات قوية وقليلة مخاطر الائتمان.

2: التوريق يعيد تخفيض أو تقسيم أو تنويع المخاطر.

ذلك أنه يمكن المؤسسة المتنازلة، من تحويل مخاطر الائتمان المتعددة لعدة أصول، إلى خطر ائتماني واحد؛ ومعنى ذلك، أنه بدلاً من أن تكون المؤسسة المنشئة أو الشركة المتنازلة (

853 - هشام فضلي، المرجع السابق ص 06.

854 - Leon Kendall. Op.cit. p. 1

855 - عبيد علي أحمد الحجازي، المرجع السابق، ص 29.

856 - نفس المرجع، ص 30.

(The originator) مطالبة بتحصيل دينها من مجموعة كبيرة من المدينين، للحصول على السيولة النقدية المطلوبة، فإن هذه السيولة يمكن الحصول عليها من مصدر واحد فقط، وهو مؤسسة التوريق⁸⁵⁷.

3: التوريق وسيلة تحسين هيكل رأس المال.

ذلك أنه سيمكن الشركة المتنازلة، من تحسين رأس مالها؛ إذ أن عملية التوريق إذا تمت معاملتها، على أساس أنها مثل بيع الأصول لأغراض محاسبية، فإن كلا من الأصول محل التوريق، وكذا المسؤوليات الناجمة عنها، سيتم شطبها من ميزانية هذه الشركة⁸⁵⁸.

4: التوريق مصدر جيد لاقتضاء الرسوم.

ذلك أن عملية التوريق، سينجم عنها حتماً فرض رسوم لخدمة الأصول محل هذه العملية.

5: التوريق سيجنب المؤسسة المالية مشكلة عدم المطابقة⁸⁵⁹.

عملية التوريق، تعمل على تجنب الشركة المتنازلة، قلق وجوب المطابقة بين مدة القروض محل التوريق والأصول المودعة لديها، خاصة وأن الأولى وفي كثير من الأحيان، تكون عبارة عن قروض عقارية طويلة الأجل، ومن ثم فإن توريقها يساعد على التخلص منها، دون الخشية من عدم مطابقتها مع المدة الزمنية للأموال المودعة.

المطلب الثاني: أنواع التوريق.

التوريق كما رأينا، هو عملية مركبة من عملتين أو أكثر، تتمثل في القيام بعملية شراء ديون أو أصول المؤسسة المنشأة أو المتنازلة Origination، من قبل آلية التوريق SPV أو مؤسسة التوريق، بعد تقويمها من مؤسسات التقويم Rating agencies، وهذه هي الصورة المبسطة لعملية التوريق⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ -Edward J.Park. Allowing Japanese Bank to engage in securitization Pontentiell benefits. Regulatory Obstacles and theories for reform.17 UPA.INT. Lecon.L 723 (1996).

⁸⁵⁸ - أحمد عبد الرحمن ملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 162

⁸⁵⁹ - و المقصود بمصطلح المطابقة في علم أصول التمويل، أن المؤسسات المانحة للائتمان تعتمد في تحقيق إيراداتها على الفرق بين سعر الفائدة على الأموال المودعة لديها وسعر الفائدة على الأموال المقترضة منها، إلا أن منح الائتمان هذا يجب أن يكون مقروناً بحصول تطابق بين المدة الزمنية للأموال المودعة لدى هذه المؤسسة والمدة الزمنية للقروض الممنوحة.

⁸⁶⁰ - أحمد عبد الرحمن ملحم، د.محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 177.

غير أن التطبيقات العملية لفكرة التوريق، تبين لنا تعدد أنواع التوريق بالنظر إلى أطرافه و
مراحلته، وهي الأنواع التي سنتناولها على النحو التالي:

أولاً: التوريق البسيط.

ثانياً: هيكله الدين (التوريق التقليدي).

ثالثاً: التوريق من خلال هيكله المرور.

رابعاً: قناة التوريق.

أولاً: التوريق البسيط.

هو الحالة الأكثر تبسيطاً لعملية التوريق، تتضمن القيام بشراء ديون أو أصول المؤسسة
أو الشركة المنشئة أو المتنازلة، وذلك بعد تقييمها من مؤسسات التقييم؛ وكما هو واضح، فإن
هذا النوع رغم أنه يشمل عمليات مركبة، إلا أنه أبسط أنواع التوريق⁸⁶¹.

ثانياً: هيكله الدين (التوريق التقليدي).

إذا كان التوريق في مفهومه البسيط يتكون من عمليتين مركبتين وهما المذكورتين أعلاه،
إلا أنه من الناحية العملية والتطبيقية فإن عملية التوريق تتخللها إجراءات، وتتدخل بها أطراف
لإنجاز العمليتين سالفتي الذكر.

في عملية التوريق التقليدي أو هيكله الدين Typical debt structure securitization، يدخل في هذه العملية الأطراف التالية:

1- **المؤسسة المتنازلة:** وهي التي تصنع قرض الأصول ليكون محلاً للتوريق، أي هي المؤسسة
التي تحدد ابتداء الأصول (الديون أو الحقوق التجارية) التي تملكها، لتخضعها لعملية التوريق.

2- **الخادم Le serviteur :** وهذا الخادم قد يكون المؤسسة المتنازلة نفسها أو غيرها، وهذا
الكيان القانوني أو الإداري، يعمل على خدمة الأصول محل التوريق.

3- **مؤسسة التوريق أو آلية التوريق SPV:** وهو الكيان القانوني الذي يقوم بعملية احتضان
التوريق، من خلال شراء الأصول محل التوريق من الشركة المتنازلة Origination.

⁸⁶¹ - أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية في التمويل العقاري (التجربة المصرية) شركة ناس للطباعة، القاهرة 2007، ص 166.

4- **مؤسسات التقييم Rating agencies**: وهي التي تتولى عملية تقويم الأصول محل التوريق وإعطائها درجة استثمار؛ فتقدم رأيها المدعم بالأسانيد الفنية، المتضمن إمكانية وفاء مؤسسة التوريق، بأصل الدين والفوائد كاملين في تواريخ الاستحقاق للمستثمرين، خلال فترة سريان ضمانات الأصول أو عدم إمكانية تحقيق ذلك⁸⁶².

خلاصة هذا النوع من التوريق أي (هيكل الدين)، تبدأ بتحديد الأصول من قبل المؤسسة المنشئة، ثم نقل ملكية هذه الأصول إلى مؤسسة التوريق، التي تقوم بدورها برهن هذه الأصول، عند شركة استثمارية (أمين الاستثمار)، وذلك بتحديد نوعية أداة الدين أي إصدار أسهم أو سندات؛ وأخيرا و من خلال وعاء أو ضامني تغطية الإصدار⁸⁶³، يتم بيع هذه الأسهم أو السندات للمستثمرين⁸⁶⁴.

ثالثا: التوريق من خلال هيكل المرور.

هذا النوع من التوريق، يشبه النوع الأول من ناحية الأطراف الممثلة فيه، لكن وجه الاختلاف بينهما، يكمن في اختلاف العملية التي تقوم بها مؤسسة التوريق. إذ خلافا عن الحالة السابقة، أين تقوم مؤسسة التوريق برهن الأصول لدى أمين الاستثمار، فإنها في هذا النوع من التوريق تقوم ببيع هذه الأصول له.

بعد أن يقوم أمين الاستثمار بشراء الأصول من مؤسسة التوريق، يعمل على إصدار شهادات تسمى شهادات المرور⁸⁶⁵، تتمتع بكيان خاص مستقل عن الشركة المورقة SPV؛ ثم

⁸⁶² - و أشهر هذه الوكالات في العالم:

- International Bank credit Analysis (IBCA)in London/-
- The Japan credit rating agency in Tokyo
- Slandard end poors (s.p) in New York.
- Moody's investor's service, in New York.
- Fitch investors service, in New York.
- Duffphelps end Fitch in new York;

⁸⁶³ - ضامن أو وكيل تغطية الإصدار، هو كل شخص أو مصرفي أو سندي يتعهد بتقديم المال المطلوب منه تجميعه لمؤسسة تجارية خلال فترة زمنية، وذلك مقابل إصدار أسهم أو سندات، وبعبارة أخرى هو كل متعهد بشراء جميع ما يصدر من حكومة أو مؤسسة من أسهم أو سندات خاصة أثناء فترة معينة.

⁸⁶⁴ - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق ص179.

⁸⁶⁵ - شهادات المرور تمثل أسهما عادية أو حصصا ذات فوائد غير محددة تمثل أصول مندمجة في وعاء التوريق.

تقوم هذه الأخيرة ببيع هذه الشهادات، من خلال وكلاء أو ضامني تغطية الإصدار، الذين يقومون بدورهم ببيعها للمستثمرين.

ومن تم فإن الأصول محل التوريق من خلال هيكله مرور الدين، سوف يتم شطبها عن ميزانية المؤسسة المنشئة أو المتنازلة.

رابعا: قناة التوريق.

وجه اختلاف هذا النوع عن الأنواع السابقة، يكمن في أنه يحتوي على برنامج يجمع مجموعة من المؤسسات المتنازلة، يطلق عليه (قناة التوريق) للحصول على السيولة المطلوبة، وذلك بتجميع أصولها المعنية، لتكون محلا للتوريق وتعمل بموجب إرشادات القناة⁸⁶⁶.

ثم يتم بيع القروض لقناة التوريق، التي تقوم بتجميع القروض في مؤسسة التمويل، التي تعمل مع القناة على تقييم هذه الأصول أو القروض بوساطة إحدى مؤسسات التقييم، ومن تم تحصل على درجة استثمار؛ ثم يتم تحويل ملكيتها إلى مؤسسة التوريق SPV، على أن تقوم هذه الأخيرة باستصدار سندات دفع أو إيداعات للأصول، من خلال أمين الاستثمار أو الشركات الاستثمارية، التي تستصدر بدورها شهادات من خلال وسيط، ثم تقوم ببيعها من خلال وكلاء أو ضامني تغطية الإصدار للمستثمرين.

866 - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 167.

المبحث الثاني: توريق الوسيط للحقوق المحولة من المنتمي.

يرى بعض الفقه⁸⁶⁷، أن عملية التوريق هي عملية مركبة تجمع بين عقد تحويل الفاتورة، أو شراء الحقوق التجارية الثابتة في فواتير مؤسسات تجارية، من قبل مؤسسات مالية متخصصة، وبين نقل ملكية هذه الحقوق لمؤسسة مالية أخرى تدعى مؤسسة التوريق؛ على أن تقوم هذه الأخيرة، باستصدار أسهم أو سندات (أوراق مالية)، بضمان هذه الحقوق التجارية التي تم شراؤها.

كما يخلط جانب من الفقه⁸⁶⁸، ما بين نظام التوريق المصرفي للديون وبين نظام تحويل الفاتورة، وذلك على أساس تضمن الأخير لأسلوب شبيهه، بالمشاركة الفرعية في نقل ملكية أصول البنك البادئ للتوريق، والمتمثلة في الفواتير.

ورغم التشابه، الظاهر ما بين عمليات تحويل الفاتورة وفقا لآلياته السابق شرحها وبين التوريق المصرفي، فإن هناك أوجه اختلاف ما بين النظامين، يمكن حصر أهمها فيما يلي⁸⁶⁹:

1- أنشطة تحويل الفاتورة، تستند بشكل أساسي على تحويل الحقوق التجارية من البائع أو الدائن الأصلي لمؤسسة تحويل الفاتورة، في حين أن آلية التوريق تغطي أنماطا كثيرة من سندات الديون، بما فيها الديون والحقوق التجارية⁸⁷⁰.

2- في نظام التوريق، تحتفظ المؤسسة المتنازلة بإدارة محفظة الأصول بعد نقلها لمؤسسة التوريق، بينما في عقد تحويل الفاتورة تبقى إدارة محفظة ديون الفواتير، بيد المدين حتى بعد حلول الوسيط محل المنتمي⁸⁷¹.

867 - أحمد عبد الرحمان الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق ص 143.

868 - خالد أمين عبد الله، (الخلفية العلمية و العملية للتوريق)، مجلة المصارف العربية، الصادرة عن اتحاد المصارف العربية، البحرين، 1995، ص 45-46.

869 - أنظر حسين فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 160 و ما بعدها، و أنظر أيضا هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 18-19.

870 - و إن كان للمشرع الجزائري، موقفا مغايرا كما سنلاحظ ذلك لاحقا.

871 - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 160.

3-ينقل نظام تحويل الفاتورة، مخاطر تحصيل الحقوق التجارية من الأسواق التجارية إلى الأسواق المصرفية، بينما ينقل نظام التوريق مخاطر التحصيل من الأسواق المصرفية إلى أسواق المال⁸⁷².

4-في نظام عقد تحويل الفاتورة يصبح الوسيط دائنا جديدا للمشتري، فينتقل إليه الحق بجميع توابعه بما فيها الحق في فوائد و أقساط الدين، ولا يحق للمنتمي- الدائن الأصلي- المطالبة بأي منها. بينما في نظام التوريق، يمكن للمؤسسة المتنازلة أن تستلم أثناء سريان الصفقة، جانبا من الفوائد المالية التي تدرها الأصول⁸⁷³.

التساؤل الذي نريد طرحه والإجابة عنه في هذا الجزء من بحثنا، يتمحور حول إمكانية دمج هذين النظامين؛ أو بتعبير أدق، مدى مكنة قيام الوسيط بإعادة نقل ملكية الحقوق التي اشتراها من المنتمي إلى مؤسسة التوريق، وقيام هذه الأخيرة باستصدار أسهم أو سندات بضمان هذه الحقوق التجارية، أو تحويلها إلى أوراق مالية قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

لذلك ستكون أول إشكالية تصادفنا، تتعلق بمدى ملائمة وقابلية الحقوق التجارية التي اشتراها الوسيط من المنتمي، في أن تتحول لأوراق مالية قابلة للتداول في البورصة أو أسواق الأموال. ومدى تمتع مؤسسة تحويل الفاتورة، بالشروط القانونية التي تسمح لها بالبدء في إجراءات التنازل، عن الحقوق المراد توريقها؛ ومدى ملائمة نظام التوريق، لطبيعة الحقوق التجارية التي تم تحويلها أو شراءها بمقتضى عقد تحويل الفاتورة.

كما سنتطرق في المطلب الثاني، إلى أهم الإجراءات التي ترافق عملية انتقال الحقوق التجارية، من السوق المصرفية إلى سوق الأموال أو البورصة.

وعليه سيتم تناول هاتين الإشكاليتين القانونيتين و فق التقسيم التالي:

المطلب الأول: شروط تطبيق أحكام التوريق المصرفي على عقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثاني: إجراءات تطبيق أحكام التوريق المصرفي على الحقوق التجارية المحولة للوسيط.

⁸⁷² - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 18.

⁸⁷³ - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 163.

المطلب الأول: شروط تطبيق أحكام التوريق المصرفي على عقد تحويل الفاتورة.

رأينا كيف أن الفقه المقارن، اختلف حول علاقة عقد تحويل الفاتورة بعملية التوريق المصرفي.

وكان هذا الاختلاف، بين الرأي الذي يرى في التوريق عملية مركبة، تجمع بين عقد تحويل الفاتورة وبين نقل ملكية الحقوق المحولة بمقتضى هذا العقد، لمؤسسة مالية أخرى تقوم بتحويل هذه الحقوق إلى أوراق مالية قابلة للتداول في سوق المال أو البورصة⁸⁷⁴؛ وبين الرأي الذي ينفي أي علاقة لعقد تحويل الفاتورة بنظام التوريق المصرفي، نظرا للفوارق العميقة التي تميز التصرفين⁸⁷⁵.

ونظرا للفوارق الجوهرية الموجودة بين النظامين، والتي سبق الإشارة إليها أعلاه، فإننا نستبعد كل الآراء القائلة بتماثل و تطابق نظام التوريق المصرفي ونظام شراء الفواتير؛ أو أن عملية توريق الديون المصرفية، هي شكلا متطورا من أشكال شراء الحقوق التجارية. غير أن الإشكالية التي نريد دراستها في هذا الجزء من بحثنا، تكمن في مدى إمكانية توريق الحقوق التجارية المحولة للوسيط من المنتمي، أي نقل هذه الحقوق من السوق المصرفية إلى السوق المالية، بعدما نقلت بسبب عقد تحويل الفاتورة من السوق التجارية إلى السوق المصرفية.

للإجابة على هذه الإشكالية وغيرها من الإشكاليات المتفرعة عنها، ينبغي معرفة أهم الشروط القانونية الجوهرية التي تحكم نظام التوريق المصرفي، ومعرفة مدى تطابق أو توافق هذه الشروط مع المبادئ والأحكام التي تنظم عقد تحويل الفاتورة؛ وهذا من خلال التطرق لنقطتين قانونيتين، نراهما جوهريتين في بناء حكمنا حول الإشكالية المطروحة أعلاه، تتمثلان في:

1- الشروط القانونية للأصول الخاضعة لعملية التوريق المصرفي.

2- الشروط القانونية للمؤسسة المتنازلة.

⁸⁷⁴ - و هو الرأي الذي جاء به الفقيهان، أحمد عبد الرحمن ملحم، و محمود احمد الكندري، مشار إليه في توطئة هذا المبحث.

⁸⁷⁵ - و هو الرأي الذي جاء به الفقيه هشام فضلي، في مؤلفه: الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 16.

لهذا سنتناول دراسة شروط تطبيق أحكام التوريق المصرفي على عقد تحويل الفاتورة، من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: الشروط القانونية لأصول الخاضعة لعملية التوريق المصرفي.

الفرع الثاني: الشروط القانونية للمؤسسة المتنازلة.

الفرع الأول: الشروط القانونية لأصول الخاضعة لعملية التوريق المصرفي.

تتميز الأصول المالية محل عملية التوريق المصرفي، بمجموعة من الخصائص التي تساهم في جذب المستثمرين، يمكن حصر أهمها فيما يلي⁸⁷⁶:

- 1- الصفة الوفائية لهذه الأصول، أي صلاحيتها لتسوية المعاملات التجارية وغيرها.
- 2- قابلية هذه الأصول للانقسام لأصغر حجم، يمكن عنده تسجيل الأصل واستبداله بالنقود.
- 3- إمكانية تقييم القيمة النقدية لكل وحدة أو جزء من أجزاء الأصل المفتت عند استحقاقه.
- 4- قابلية استرداد تكلفة الاستثمار في الأصول المالية، التي يتم التنازل عنها وتحويلها إلى الحالة النقدية.
- 5- أن تكون تواريخ استحقاق المتحصلات النقدية من المدينين الأصليين بها، متوافقة مع تواريخ استحقاق المستثمرين الجدد لفوائد ديونهم.
- 6- أن تكون الأصول المالية، مدعمة بضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة.
- 7- قابلية الأصل المالي للتحويل لأصول مالية أخرى.

هذه أهم الخصائص التي تميز الأصول المالية محل التوريق المصرفي.

إن كان نظام التوريق المصرفي، قد ولد في أحضان الرهن العقاري وأخصها قروض المنازل، فقد امتد ليشمل قروض السيارات وبطاقات الائتمان ورهن الممتلكات التجارية⁸⁷⁷. كما عرف طريقه حتى إلى مجال قروض المديونية الخارجية، عن طريق بيع جزء من الديون المستحقة على الدول النامية بواسطة مؤسسة مالية تساهم فيها الدول الصناعية⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 55.

⁸⁷⁷ - عبيد علي أحمد الحجازي، المرجع السابق، ص 38.

⁸⁷⁸ - عبد الفتاح الجبالي، (المناظرة حول تصفية الديون الإفريقية)، مجلة السياسة الدولية، مركز الدراسات السياسية و الإستراتيجية بالأهرام، العدد 98، سنة 1989، القاهرة، ص 112.

ورغم انتقال نظام التوريق المصرفي ليشمل الممتلكات التجارية، غير أنه لم يعرف نفس النجاح الذي حققه في سوق الرهن العقاري، نظرا لمغالاة المستثمرين في معدل الفائدة المطلوب، بحجة أن مخاطر الاستثمار في الممتلكات التجارية تفوق نظيرتها في الرهن العقاري⁸⁷⁹.

إن التطور الكبير في نظام التوريق المصرفي، وامتداده لمختلف أنواع الأسواق التجارية والمالية، بعد أن كان منحصرا عند نشأته في سوق الرهن العقاري، أدى لاختلاف التشريعات المقارنة حول مسألة الأصول أو الحقوق القابلة لعملية التوريق المصرفي، وفي هذا الصدد ظهر توجهان⁸⁸⁰.

التوجه الأول: التحديد المصرفي للأصول المالية محل عملية التوريق المصرفي:

نظرا للمخاطر الكبيرة التي تكتنف عملية التوريق المصرفي، فقد ذهبت بعض التشريعات المقارنة إلى التحديد الحصري للأصول، التي يمكن أن تكون محل عملية توريق.

وقد تبني المشرع الجزائري هذا الموقف، بموجب أحكام قانون 06-05 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بتوريق القروض الرهنية؛ حيث جاء في نص المادة 02 من هذا القانون "أن المؤسسة المالية المتنازلة: هي مؤسسة مصرفية أو مالية تتنازل بواسطة جدول التنازل، عن قروض ممنوحة في إطار تمويل السكن". وجاء في نفس النص، "أن القروض محل التوريق هي سلفيات ممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية، في إطار تمويل السكن".

وكان المشرع الجزائري، أكثر دقة وصراحة في قصر عملية التنازل على القروض الممنوحة في إطار تمويل السكن، وهذا بموجب نص المادة 10 من نفس القانون التي تنص على "لا يمكن لمؤسسة التوريق شراء قروض، ماعدا تلك التي تمنح من طرف المؤسسات المتنازلة، في إطار تمويل السكن...".

فنلاحظ كيف أن المشرع الجزائري، تبني أقصى درجات التشدد في حصر نظام التوريق في القروض الممنوحة في إطار تمويل السكن، دون غيرها من الأصول التي يمكن أن تكون محلا لهذه العملية؛ ونرى أن المشرع الجزائري بتوجهه هذا قد أخطأ في ناحيتين:

879 - عبيد علي أحمد الحجازي، المرجع السابق، ص 32.

880 - أحمد عبد الرحمان الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 143.

فهو من ناحية، لم يواكب التطور الذي عرفه نظام التوريق المصرفي بالانتقال من سوق الرهن العقاري، ليمتد ويشمل الممتلكات التجارية ومختلف الأصول التجارية والمالية، التي تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتكون محلا لعملية التوريق.

كما أن المشرع الجزائري أخطأ من ناحية ثانية، عندما أورد أو حصر الأصول القابلة للتوريق ضمن نفس القانون المنظم لهذه الآلية؛ وكان يتعين على المشرع الجزائري، أن يترك تحديد هذه الأصول للتنظيم وليس للقانون، وهذا حتى يسهل له إضافة أصول أخرى بتعديل هذا التنظيم بإجراءات بسيطة، على عكس تعديل القانون التي يتطلب إجراءات طويلة و معقدة.

ومن المشرعين كذلك، الذين تبناوا التوجه الحصري للأصول الخاضعة للتوريق نجد المشرع التشيلي، الذي حدد الأصول الخاضعة لعملية التوريق على سبيل الحصر بمقتضى لائحة أو تنظيم تصدر في هذا الشأن. وحسن فعل المشرع التشيلي، بموقفه هذا الذي يتيح له مواكبة تطور السوق بإضافة بعض الأصول التي لم يرد ذكرها في اللائحة⁸⁸¹، بمجرد تعديل هذه الأخيرة وإيراد هذه الأصول ضمنها، بحيث تصبح أهلا لأن تكون محلا للتوريق⁸⁸².

التوجه الثاني: عدم تحديد الأصول أو الحقوق أو الديون الخاضعة لعملية التوريق.

يذهب أنصار هذا التوجه، إلى الأخذ بمبدأ الحرية التعاقدية الذي جاءت به معظم القوانين المقارنة، ومن بينها القانون المدني الجزائري في نص المادة 106 منه. ويبني أنصار هذا المبدأ رأيهم، على أساس أن عملية التوريق هي في الأساس علاقة تعاقدية بين طرفين وهما شركة التوريق والمستثمرين؛ وبما أنه لا يوجد في هذه العلاقة أي طرف ضعيف أو مدعن يخضع للطرف الآخر، فالأولى بالمشرع أن ينأى بنفسه عن التدخل في هذه العلاقة، ويترك لمؤسسات التوريق تسييل ما تراه مناسبا من الأصول المالية، وللمستثمرين شراء ما يرونه مناسبا من الأسهم المدعومة بهذه الأصول المالية⁸⁸³.

بالأخذ بمفهوم هذا التوجه، فإن الأصل أو القاعدة العامة أن كل الأصول المالية، سواء كانت قروض رهن عقاري أو حقوق ناجمة عن قروض السيارات أو استعمال بطاقات الائتمان

881 - وهو الموقف الذي كان يتعين على المشرع الجزائري الأخذ به.

882 - أحمد عبد الرحمان الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 175.

883 - أحمد عبد الرحمان الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 175.

أو قروض تجارية أو حقوق تجارية أو أقساط تأمين أو قروض امتياز تجاري أو غيرها، كلها تصلح لأن تكون محلا للتوريق.

والكثير إن لم نقل معظم التشريعات المقارنة تأخذ بهذا التوجه الثاني، خاصة الدول المتطورة التي تحوز على نظام متطور لحماية الدين وتحصيله بإجراءات سريعة وبسيطة. ورغم تبني الكثير من التشريعات المقارنة لهذا الموقف، إلا أنه يتعين الإشارة إلى أن الأخذ بهذا المبدأ لا يكون دوماً على إطلاقه؛ فمثلا المشرع الفرنسي ورغم عدم تحديده للأصول والديون القابلة للتوريق، إلا أنه وضع مجموعة من الشروط التي يتعين توافرها في هذه الأصول المالية.

فيشترط المشرع الفرنسي في المادة 08 من اللائحة التنفيذية 89-158 لقانون 23 ديسمبر 1988⁸⁸⁴، شروطا معينة في الأصول موضوع التوريق، على النحو التالي:

1- يتعين أن تكون الأصول الضامنة للدين محتفظا بها لدى مؤسسة ائتمانية Caisse des Etablissements de Crédit، أو لدى صندوق الودائع والأمانات Etablissements de Crédit، أو في شركات التأمين Entreprises d'assurance. dépôts et consignations.

2- يجب أن تكون الأصول المجمعة من نفس الطبيعة De la même nature.

3- أن لا تكون الأصول محل عملية التوريق، غير قابلة للتصرف فيها Immobilisées، أو مشكوك في ملكية المدين لها Douteuses، أو متنازع عليها Litigieuses⁸⁸⁵.

ومن ثمة، فإن المشرع الفرنسي وبموجب نص المادة 8 من اللائحة التنفيذية 89-158، وعلى خلاف المشرع الجزائري لم يحدد الأصول القابلة للتوريق، بل ترك لمؤسسات التوريق الحرية الكاملة في توريق ما تراه مناسبا من هذه الأصول؛ بشرط أن تكون هذه الأصول المجمعة من طبيعة واحدة، وأن تكون قابلة للتصرف فيها وملكيته ثابتة للمدين، وأن تكون

⁸⁸⁴-Loi n° 88-1201 DU 23 DÉCEMBRE 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances (JO 31 décembre 1988).

⁸⁸⁵ - حسين فتححي عثمان، المرجع السابق، ص 55-56.

المؤسسة المتنازلة عبارة، عن مؤسسة ائتمانية أو صندوق للودائع والأمانات أو شركة تأمين⁸⁸⁶.

تبنى المشرع الأرجنتيني من جهته نفس المبدأ، بترك الحرية التعاقدية للأطراف في اختيار ما يرويه مناسباً من الأصول أو الحقوق أو الديون التجارية لتكون محلاً للتوريق، غير أن المشرع الأرجنتيني حدد على سبيل الحصر بعض الأنواع من الأصول التي استبعد إخضاعها لعملية التوريق⁸⁸⁷. أي أن الأصل أو القاعدة حسب القانون الأرجنتيني، أن كل الأصول المالية قابلة للتوريق، إلا ما استثنى منها بصريح النص.

إن هذا التوجه في عدم تحديد الأصول محل عملية التوريق، يسمح بتوريق كل الأصول أو الديون والحقوق التجارية مهما كانت طبيعتها، بشرط أن تتوافر فيها الشروط القانونية التي تسلتزمها عملية التوريق المصرفي؛ وهي الشروط، التي تفرض أن تكون هذه الأصول عبارة عن سندات مديونية مضمونة بحقوق رهن أو ملكية لدى البنك، الذي يكون دائماً بها لمجموعة من المدينين الذين يكونون غالباً مقترضين⁸⁸⁸.

بتطبيق الشروط القانونية والخصائص التي تتميز بها الأصول المالية محل عملية التوريق المصرفي التي جاء بها الفقه والتشريعات المقارنة، مع خصائص وشروط ومميزات الحقوق

⁸⁸⁶- L'art. 8 du décret n° 89-158 du 9 mars 1989 Portant application de la loi n°88-1201 du 23 décembre 1988 sur les OPCVM et portant création des Fonds Communs de Créances. Modifié par le décret n° 93-589 du 27 mars 1993, le décret n° 97-919 du 6 octobre 1997 et le décret n° 98-1015 du 6 novembre 1998.

« I - Le fonds commun de créances ne peut acquérir que des créances résultant soit d'un acte déjà intervenu, soit d'un acte à intervenir mais dont le montant et la date d'exigibilité ne sont pas encore déterminés.

Un fonds dont le règlement autorise l'acquisition de créances de loyer résultant d'un contrat de crédit-bail peut également acquérir tout ou partie de la créance qui résultera de la vente du bien loué.

II-Les parts d'un fonds dont le règlement autorise l'acquisition de créances immobilisées, douteuses ou litigieuses ne peuvent être souscrites et détenues que par le cédant ou des investisseurs qualifiés au sens de l'article 6 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 précitée ou des investisseurs non résidents.

Le paiement des sommes dues au titre des créances doit être effectué en une ou plusieurs fois par versements périodiques ou à dates fixées, dont un montant minimum est fixé. Ces modalités de paiement doivent être convenues au préalable et par écrit.

⁸⁸⁷ - أحمد عبد الرحمان الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق، ص 176.

⁸⁸⁸ - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق ص 18-19.

التجارية المحولة من المنتمي للوسيط، يمكننا معرفة مدا صلاحية وقابلية هذه الحقوق التجارية، لأن تكون محلا لعملية توريق مصرفي وفق شروط وآليات هذا الأخير.

حيث بتطبيق الشروط القانونية التي اشترطها المشرع الفرنسي في اللائحة التنفيذية 89-158 لقانون 23 ديسمبر 1988 المذكورة أعلاه، نجد أن كل هذه الشروط تنطبق وتتوافق وتتسجم مع الحقوق التجارية المحولة للوسيط. فهذه الحقوق محتفظ بها لدى مؤسسة تحويل الفاتورة، وهي مؤسسة ذات طابع ائتماني، وهي حقوق من نفس الطبيعة أي ذات طبيعة تجارية، وقابلة للتصرف فيها وملكيته ثابتة للمدين بواسطة الفواتير، وغير متنازع في ملكيتها، ولولا ذلك لما قبل الوسيط شراءها أصلا.

ولم يتطلب المشرع الفرنسي، أن تكون المؤسسة المتنازلة دائنة أصلية بالحقوق المنقولة المراد توريقها، فيمكن توريق الحقوق التي انتقلت لهذه المؤسسة من الغير؛ ولذلك لم يستعمل المشرع الفرنسي لفظ الملكية بالنسبة للحقوق المتنازل عنها، وإنما استعمل لفظ الحياة-détenues- عند تحديد الحقوق التي يجوز للمؤسسة المتنازلة إدخالها في عملية التوريق المصرفي⁸⁸⁹. وهذه الخاصية بالذات تتوافق مع الحقوق محل عقد تحويل الفاتورة، باعتبارها انتقلت للوسيط من المنتمي الدائن الأصلي بها.

كما أنه ومن ناحية أخرى، وبالرجوع للشروط الفقهية نجد أن الحقوق التجارية المحولة للوسيط وباعتبارها ثابتة في الفواتير، فهي تحوز الصفة الوفائية، ومدعمة بضمان انتقال الملكية وهو ضمان يفوق الرهن أو أي ضمان عيني أو شخصي آخر، كما أنها تضمن تدفقات نقدية متوقعة، تتمثل في الفوائد والأرباح والعمولات المرتبطة بها.

وتبعا لذلك، يمكننا القول أنه إذا لم يكن هناك نص صريح بتحديد الأصول القابلة للتوريق يستثني الحقوق أو الديون التجارية⁸⁹⁰، فإننا لا نرى أي مانع في لجوء الوسيط لمؤسسة

⁸⁸⁹- Le Hir (ch.), Le fond commun de créances, La Revue Banque éditeur, 1994, p.40.

⁸⁹⁰ - كما فعل المشرع الجزائري بموجب قانون 05-06 المتعلق بتوريق القروض الرهنية، الذي قصر عملية التوريق على الديون الرهنية المتعلقة بقروض تمويل السكن.

التوريق⁸⁹¹، للتنازل عن حقوقه التجارية المحولة له من المنتمي، بغية استصدار أوراق مالية بضمان هذه الحقوق التجارية المشتراة.

غير أنه، ونظرا للمخاطر الكبيرة التي تكتنف عملية التوريق المصرفي، ومراعاة لمصلحة المستثمرين المكتتبين بالأوراق المالية، التي سيتم استصدارها بضمان الأصول المقدمة من المؤسسة المتنازلة، فإنه يتعين على مؤسسة التوريق توفير قدر من الحماية للمكتتبين أو المستثمرين، وذلك باختيار الأصول ذات الجودة العالية. كما أنه يتعين من جهة أخرى، على المشرع إبعاد الأصول صعبة التحصيل من عملية التوريق، وخاصة الأصول المترتبة عن الديون المعدومة.

لذلك نرى أن المشرع الفرنسي، حسن فعل عندما لم يحدد على سبيل الحصر الأصول محل عملية التوريق، وبدل من ذلك وضع شروطا معينة، إذا توافرت في أي دين أو حق كان قابلا للتوريق. بينما المشرع الجزائري، لم يواكب التطور الحادث في عملية التوريق في التشريعات المقارنة، وقصر هذه العملية على القروض الرهنية دون غيرها من الأصول المالية.

الفروع الثاني: الشروط القانونية للمؤسسة المتنازلة.

تفترض عملية التوريق المصرفي، بيع بنك أو مؤسسة مالية أو مصرفية بعض أصوله المضمونة بسعر منخفض لمنشأة متخصصة، من المستبعد تعرضها للإفلاس من خلال دعمها ائتمانيا، فتدخل الأصول في الذمة المالية لمؤسسة التوريق وتبتعد عن مخاطر إفلاس المؤسسة المتنازلة⁸⁹².

يشترط المشرع الجزائري، في المادة 02 من قانون 05-06 المتعلق بتوريق القروض الرهنية، أن تكون المؤسسة المتنازلة عبارة عن مؤسسة مصرفية أو مالية. وهو نفس التوجه الذي تبنته التشريعات المقارنة المختلفة، ومن بينها المشرع الفرنسي الذي أضفى الطبيعة

891 - أو ما يعرف في الفقه المقارن بالوسيلة الخاصة لتحقيق غرض التوريق S P V . (و هو الذي يعرف بمؤسسة التوريق في التشريع الجزائري).

892 - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق ص 18.

المصرفية على نظام التوريق، فلم يسمح إلا بتوريق الحقوق التي تملكها أو تحوزها مؤسسات ائتمانية⁸⁹³، وصناديق الودائع والأمانات، وشركات التأمين⁸⁹⁴.

ويبدو أن توجه المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي وغيرهم من المشرعين، إلى حصر نظام التوريق في الحقوق التي تحوزها المؤسسات ذات الطابع المالي أو المصرفي دون غيرها، يرجع إلى الرغبة في حماية المستثمرين والمكثبين؛ ذلك أن الحقوق أو الديون التي تحوزها أو تمتلكها المؤسسات المصرفية تتميز بما يلي⁸⁹⁵:

1- ضمان تحصيل هذه الحقوق، لأن البنوك والمؤسسات المالية تراعي احترام معدلات اليسار المسموح بها قانونا، في المقترضين أو المدينين بالحقوق الدائنة بها.

2- بالإضافة لضمان يسار المدينين، فإن المؤسسة المالية عادة ما تدعم حقوقها على مدينيها، بالعديد من الضمانات التي تقلل من مخاطر عدم الاسترداد.

السؤال الذي يطرح نفسه في هذه المقام، هو هل أن مؤسسات تحويل الفاتورة مؤهلة قانونا للقيام بالتنازل عن حقوقها التجارية لمؤسسة التوريق؟. أو بتعبير أدق، هل الطبيعة القانونية لمؤسسات تحويل الفاتورة تسمح لها بالدخول في عملية التوريق المصرفي، بالرجوع للشروط القانونية التي فرضها المشرع الجزائري في المادة 02 من قانون 05-06، والمشرع الفرنسي في المادة 08 من اللائحة التنفيذية 89-158 لقانون 23 ديسمبر 1988.

للإجابة على هذا السؤال، نقول أن المشرع الفرنسي قصر ممارسة نشاط تحويل الفاتورة، على الشركات والمؤسسات المصرفية الخاضعة لقانون 24 جانفي 1984، المتعلق بالنشاط والرقابة على المؤسسات المصرفية؛ كما أنه يتعين على شركات تحويل الفاتورة، وقبل البدء

⁸⁹³ - و قد حددت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 46/84 المتعلق بالنشاط و الرقابة على المؤسسات الائتمانية (Loi n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.) المقصود بالمؤسسات الائتمانية، على النحو التالي:

- Article 1/1 « Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque ».

⁸⁹⁴ - ارجع للشروط التي وضعها المشرع الفرنسي بموجب اللائحة التنفيذية لقانون 23 ديسمبر 1988، المذكورة في الفرع السابق من هذا المطلب.

⁸⁹⁵ - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 104.

بممارسة نشاطها الحصول على موافقة لجنة مؤسسات الائتمان⁸⁹⁶، وفقا للمادتين 15 و 29 من ذات القانون.

كما أن المشرع الجزائري بدوره، أصبح الصفة المصرفية على شركات تحويل الفاتورة؛ وهي الصفة التي يمكن تبينها بوضوح بالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 95-331، المتعلق بشروط تأهيل الشركات، التي تمارس تحويل الفاتورة. حيث تنص المادة الثانية من هذا المرسوم، على أن تأهيل هذه المؤسسات مرتبط بتقديم طلب كتابي للوزير المكلف بالمالية. وأن تحافظ مؤسسات تحويل الفاتورة دائما، على الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية، التي يحدد مبلغه وزير المالية بقرار.

ويتعين على مؤسسات تحويل الفاتورة، من جهة أخرى وبعد حصولها على التأهيل، أن ترسل الحصيلة الختامية إلى الوزارة المكلفة بالمالية كل سنة، مصحوبة بالمعلومات التفصيلية عن الوضعية المالية التي تسمح بإثبات أن الشركة تملك الحد الأدنى من الأصول الصافية المطلوبة فعلا؛ وأن تمكن الأعوان الذين يعينهم الوزير المكلف بالمالية، من الإطلاع على العقود المبرمة مع المنخرطين، وعلى كل الوثائق التي لها صلة بهذه العقود، والتي يكون تبليغها ضروريا للقيام بمهمتهم.

رغم أن مؤسسات تحويل الفاتورة، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-331 المتعلق بشروط تأهيل الشركات، التي تمارس تحويل الفاتورة، لا تخضع في طلب الحصول على التأهيل وتعديل قوانينها الأساسية وسحب اعتمادها لمجلس النقد والقرض، كما هو الحال بالنسبة لباقي المؤسسات المالية والمصرفية؛ إلا أن هذا لا يمنع من تمتعها بجميع الصلاحيات والشروط التي تسمح لها بممارسة أعمال مصرفية بحثه.

ومن ثمة فإن مؤسسات تحويل الفاتورة، تدخل ضمن المؤسسات أو الشركات التي يسمح لها المشرع الجزائري بدخول عملية التوريق المصرفي، طبقا لنص المادة 02 من قانون 05-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بتوريق القروض الرهنية؛ وكذا المشرع الفرنسي، طبقا لنص المادة 08 من اللائحة التنفيذية 89-158 لقانون 23 ديسمبر 1988.

بما أن معظم التشريعات المقارنة كما رأينا أعلاه، لا تضع قيودا على توريق الحقوق والديون التجارية، الصادرة عن المؤسسات المالية أو المصرفية، إذا توفرت في هذه الحقوق

⁸⁹⁶ - Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

الشروط والخصائص التي تسمح بحماية حقوق ومصحة المستثمرين المكتتبين بالأوراق المالية، التي سيتم استصدارها بضمان الأصول المقدمة من المؤسسة المتنازلة.

وبما أن مؤسسة تحويل الفاتورة، هي مؤسسة ذات طابع مالي أو مصرفي، وأن شراءها لحقوق المنتمي يأخذ شكل الانتمان من خلال الاعتماد المفتوح من الوسيط للمنتمي. فإنه من الناحية القانونية والواقعية، لا يوجد ما يمنع لجوء مؤسسات تحويل الفاتورة للتنازل عن الحقوق المحولة لها من المنتمي لشركات التوريق، وقيام هذه الأخيرة بتحويل هذه الحقوق إلى أوراق مالية وطرحها للاكتتاب العام في سوق الأوراق المالية.

وعليه سنتطرق في المطلب الثاني من مبحثنا هذا، إلى أهم الإجراءات التي ترافق عملية انتقال الحقوق التجارية من السوق المصرفية إلى سوق الأموال أو البورصة؛ أي الإجراءات التي ترافق تنازل مؤسسة تحويل الفاتورة للحقوق المحولة لها من الدائن الأصلي - المنتمي - إلى مؤسسات التوريق المصرفي.

المطلب الثاني: إجراءات تطبيق أحكام التوريق المصرفي على الحقوق التجارية المحولة للوسيط.

لفهم أشمل وأوضح لإجراءات تطبيق أحكام التوريق المصرفي، على الحقوق التجارية المحولة للوسيط من المنتمي، ينبغي علينا توضيح أهم المرحل التي تمر بها هذه العملية والتي تكون على النحو التالي:

1- عندما ترغب أي مؤسسة تحويل الفاتورة، في الحصول على التمويل من خلال عملية التوريق، يتوجب عليها ابتداء تعيين الأصول Assets التي تستخدمها للحصول على مثل هذه الأصول المطلوبة.

وهذه الأصول تتمثل في، الحقوق المحولة لها من قبل المنتمي بمقتضى عقد تحويل الفاتورة، المضمونة بانتقال ملكيتها للوسيط، وهو ضمان يفوق في قوته أي ضمانات شخصية أو عينية أخرى؛ وتوفر عائدات دورية تتمثل في أقساط هذه الحقوق وفوائدها وعمولاتها، ويتم تجميع هذه الأصول أو الحقوق في وعاء واحد.

2- مؤسسة تحويل الفاتورة، يمكن أن نطلق عليها تسمية المؤسسة المنشئة أو المتنازلة، وهي التي تقوم بنقل ملكية هذه الأصول إلى كيان قانوني خاص يخلق لهذا الغرض، ويسمى وسيلة خاصة لتحقيق غرض التوريق Spécial purpose vehicle أو اختصارا (S.P.V)، وهي

ترجمة حرفية للمصطلح الإنجليزي، استعاض عنه المشرع الجزائري بمصطلح مؤسسة التوريق⁸⁹⁷.

تتمتع مؤسسة التوريق، بكيان قانوني منفصل عن كيان المؤسسة المصرفية المتنازلة، وبالتالي فإن الأصول المحولة إلى مؤسسة التوريق - تخرج تلقائياً من الضمان العام لمؤسسة تحويل الفاتورة، ومن ثمة تكون هذه الأصول في معزل عن مخاطر الائتمان الممنوح للمؤسسة المنشئة أو المتنازلة. ولضمان ذلك فإن عملية نقل هذه الأصول، يجب أن تتم على أساس أنها تشكل بيع حقيقياً، بحيث تشطب هذه الأصول من ميزانية مؤسسة تحويل الفاتورة أو المؤسسة المتنازلة أو المنشئة⁸⁹⁸.

3- تأتي بعد ذلك، مرحلة تقويم هذه الأصول من قبل شركات خاصة ومستقلة، والهدف من ذلك هو إعطاءها درجة استثمار، أعلى من درجة الاستثمار الممنوحة لأصول المؤسسة المتنازلة.

4- بعد ذلك، يتم طرح الأصول في شكل أسهم وسندات للاكتتاب العام من طرف المستثمرين، الذين يشترون هذه الأوراق المالية من مؤسسات التوريق والذين يكون شغلهم الأساسي، ما تدره هذه الأوراق من فوائد دورية، بالإضافة إلى القيمة الاسمية لهذه السندات.

* يتعين على مؤسسة تحويل الفاتورة ومؤسسة التوريق أو SPV، ضرورة الاتفاق بشكل بالغ الأهمية ومحدد، على التوفيق مابين تواريخ استحقاق المتحصلات النقدية من المدينين، وتواريخ استحقاق المستثمرين لفوائد ديونهم؛ كما يجب الحرص على التوفيق، ما بين قيم الفوائد المقررة على الديون الأصلية، وقيم الفوائد على الأوراق المالية الموجودة بحوزة المستثمرين⁸⁹⁹.

نلاحظ أن عملية تحويل القروض الرهنية أو الحقوق التجارية إلى أوراق مالية، تتم وفق المراحل التالية:

1 - تنازل مؤسسة تحويل الفاتورة عن الحقوق التجارية المحولة لها من المنتمي، لفائدة مؤسسة مالية أخرى هي مؤسسة التوريق.

⁸⁹⁷ - و قد جاء في نص المادة 11 من ق 06-05 المذكور أعلاه أن مؤسسة التوريق، هي هيئة لها صفة مالية، تقوم بعملية التوريق في سوق

الوراق المالية.

⁸⁹⁸ - أحمد عبد الرحمن الملحم، محمود أحمد الكندري، المرجع السابق ص 147.

⁸⁹⁹ - حسين فتحي عثمان، التوريق المصرفي للديون، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 1999، ص 21.

2 - قيام هذه الأخيرة، بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

3- الآثار المترتبة عن عملية التوريق المصرفي.

وعليه سنتناول إجراءات تطبيق أحكام التوريق المصرفي، على الحقوق التجارية المحولة

للسيط من المنتمي، من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: اتفاق التنازل المبرم من مؤسسة تحويل الفاتورة و مؤسسة التوريق.

الفرع الثاني: إصدار الأوراق المالية و طرحها للاكتتاب العام من قبل مؤسسة التوريق.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن عملية التوريق المصرفي.

الفرع الأول: اتفاق التنازل المبرم من مؤسسة تحويل الفاتورة و مؤسسة التوريق.

تنص المادة الثانية من قانون 05-06 المتعلق بتوريق القروض الرهنية المذكور أعلاه،

أن التوريق هو عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية، وأن هذه العملية تتم عبر

مرحلتين؛ المرحلة الأولى: تتمثل في التنازل عن القروض الرهنية من قبل مؤسسة مالية أو

مصرفية لمؤسسة مالية أخرى، والمرحلة الثانية: تتمثل في قيام المؤسسة المتنازل لحسابها

بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق الممثلة للقروض الرهنية⁹⁰⁰.

من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري مثله مثل باقي المشرعين، قسم إجراءات

توريق الديون أو الحقوق إلى مرحلتين أساسيتين، وتعد مرحلة التنازل المرحلة الأساسية الأولى

التي تفتتح بها إجراءات التوريق. فالمؤسسة المتنازلة، عندما ترغب في الحصول على التمويل

المطلوب، يتعين عليها أولاً أن تحدد الأصول المملوكة لها والتي ترغب في توريقها، والتنازل

عنها لمصلحة مؤسسة التوريق.

ويتم إثبات كل تنازل عن الحقوق بين مؤسسة تحويل الفاتورة ومؤسسة التوريق بموجب

اتفاق بين الطرفين⁹⁰¹، وهو الاتفاق الذي يثبت الطبيعة العقدية التبادلية لعملية التوريق. وأن

يكون محل هذا العقد بالنسبة للوسيط، هو التنازل عن الحقوق التجارية الثابتة في الفواتير،

والمحولة له من المنتمي أو الدائن الأصلي بموجب عقد تحويل الفاتورة.

⁹⁰⁰ - راجع نص المادة 02 من قانون 05-06 المتعلق بتوريق القروض الرهنية المؤرخ في 20/02/2006.

⁹⁰¹ - حيث تنص المادة 08 من قانون 05-06: " يتم إثبات كل تنازل عن القروض الرهنية بين المؤسسة المتنازلة و مؤسسة التوريق، بموجب

اتفاق بين الطرفين. "

تنص المادة 14 من اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري المصري رقم 2001/148، على أن اتفاق حوالة محفظة التوريق المبرم بين المحيل و شركة التوريق، يتم وفقا للنموذج الذي تعده الهيئة العامة لسوق رأس المال؛ ويجب أن يتضمن الاتفاق ما يلي⁹⁰²:

- 1- قبول الممول (المحيل) حوالة حقوقه إلى المحال له (شركة التوريق).
- 2- بيان المقابل الذي التزم به المحال له (شركة التوريق)، وشروط الوفاء بهذا المقابل.
- 3- بيان تفصيلي بالحقوق المحالة، بما في ذلك الأقساط الخاصة بكل حق والضمانات المتعلقة بها وشروطها، وبيانات المدين بها وأي ضمانات أخرى (محفظة التوريق).
- 4- التزام الممول بتحصيل الأقساط التي تمت حوالتها بصفته نائبا عن المحال له، مقابل عمولة تحصيل يحددها الاتفاق.

أما المشرع الجزائري، وبموجب نص المادة 13 من قانون 05-06 المذكور أعلاه، فقد نص على أنه لا يمكن إجراء التنازل من طرف المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق، إلا بتسليم جدول خاص بالتنازل وهو ما يعرف بمحفظة الحقوق.

وحسب المادة 14 من نفس القانون، فإن جدول التنازل عن القروض أو الحقوق، يجب أن يتضمن البيانات الأساسية التالية:

- 1- تسمية عقد التنازل،
- 2- الإشارة إلى أن عملية التنازل تخضع لأحكام هذا القانون،
- 3- تعيين مؤسسة التوريق والمؤسسة المتنازلة،
- 4- قائمة الديون المتنازل عنها والمتضمنة البيانات التالية: (الاسم والعنوان ومكان التسديد من جانب المدينين، مبلغ الديون وتاريخ الأقساط النهائية ونسب الفائدة، مميزات الرهون ومرجع عقود التأمين إن وجدت)،
- 5- بيان يوضح المبلغ المدفوع من طرف مؤسسة التوريق للمؤسسة المتنازلة، مقابل القروض أو الحقوق محل التنازل،
- 6- التزام المؤسسة المتنازلة بالقيام باستبدال القروض أو الحقوق المشكوك فيها، أو المتنازع عليها أو صعوبة التحصيل، لفائدة مؤسسة التوريق،

902 - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 177.

7- تاريخ إيداع الجدول.

كما نصت المادة 14 في فقرتها الأخيرة، أنه يجوز للطرفين - أي المؤسسة المتنازلة ومؤسسة التوريق - تضمين العقد المبرم بينهما، ببيانات إضافية إلى جانب البيانات الإلزامية المذكورة أعلاه.

اتفاق التوريق، المبرم بين المؤسسة المتنازلة ومؤسسة التوريق، يجب أن يتضمن بالإضافة إلى البيانات الجوهرية والأساسية المذكورة أعلاه، عنصرين أساسيين يشكلان قاعدة ومنطلق عملية التوريق؛ يتمثلان في تحديد الأصول التي تدخل في عملية التوريق، وتقويم هذه الأصول من قبل المؤسسات أو الشركة المتخصصة في عمليات التقويم.

أولاً: تعيين أو تحديد الأصول Assets التي تدخل في عملية التوريق.

يتعين على مؤسسة تحويل الفاتورة، تحديد الأصول الملائمة أو القابلة للتحويل لأوراق مالية، بغية نقل ملكيتها لمؤسسة التوريق؛ ويشترط المشرع الجزائري في نص المادة 09 من قانون 05-06، أن تكون القروض المتنازل عنها من طرف المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق، في شكل مجموعة أو كتلة واحدة ومن طبيعة واحدة⁹⁰³، تشكل محفظة التوريق.

وإن كان المشرع الجزائري، قد قصر عملية التوريق على القروض الرهنية التي تمنح من طرف المؤسسات المتنازلة في إطار تمويل السكن،- كما أشرنا إليه سابقاً-؛ فإن المشرع الفرنسي، وبموجب اللائحة التنفيذية لقانون 23 ديسمبر 1988، حصر الحقوق والأصول التي تدخل في عملية التوريق، في الحقوق المتولدة عن عقد ائتمان، بشرط أن لا تكون موقوفة أو مجمدة أو مشكوك في استرداد قيمتها أو متنازع عليها.

كما حضرت اللائحة التنفيذية لقانون 23 ديسمبر 1988، على صناديق الاستثمار تملك الحقوق التي تقل آجالها عن سنتين، ذلك أن التوريق لم ينشأ لتشجيع الائتمان قصير الأجل، و إنما لمعالجة المشكلات المتعلقة بالائتمان متوسط أو طويل الأجل⁹⁰⁴.

غير أن المشرع الفرنسي، وبموجب التعديل الصادر بموجب القانون 98-546 المؤرخ في 2 جويلية 1998⁹⁰⁵، للائحة التنفيذية 89-158، توسع في مد نطاق عملية التوريق حتى

⁹⁰³ - إذ أن المشرع الجزائري قصر عملية التوريق على القروض الرهنية التي تمنح من طرف المؤسسات المتنازلة في إطار تمويل السكن.

⁹⁰⁴ - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 177.

⁹⁰⁵ - Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. J.O. Numéro 152 du 3 Juillet 1998.

أصبحت تشمل كافة الحقوق التجارية، دون تطلب أي شروط محددة؛ سواء بالنسبة لطبيعة الحقوق المحالة أو لشروط صفة المؤسسة المتنازلة، الذي تم إلغائه نهائياً بمقتضى المادة 34-1 من قانون 98-546⁹⁰⁶، وأصبح متاحاً لسائر المؤسسات والشركات، مهما كانت طبيعتها حوالة حقوقها لمؤسسات التوريق.

كما ألغى التعديل المذكور أعلاه، الشروط التي وضعتها المادة 08 من اللائحة التنفيذية 89-158، للحقوق محل الحوالة من المؤسسة المتنازلة لمؤسسة التوريق؛ والتي تشترط في الحقوق المحالة، أن تكون من طبيعة واحدة وغير مجمدة أو مشكوكا في تحصيلها أو متنازعا عليها. وتركت اللائحة المعدلة، لشركة التوريق تحديد طبيعة الحقوق التي ترغب في تملكها، وأصبح متاحاً للمؤسسة المتنازلة حوالة محفظة الحقوق مهما كان مصدرها أو طبيعتها أو مدتها.

ومن ثمة، فقد أزال المشرع الفرنسي كافة القيود المتعلقة بصفة المحيل أو مصدر الحقوق ودرجة مخاطرها، أو المصدر الذي تتولد عنه هذه الحقوق وأجالها؛ وأصبح من حق أي شركة أو مؤسسة، بما فيها مؤسسة تحويل الفاتورة، تحويل ما لديها من حقوق أو أصول لمؤسسات التوريق، بشرط موافقة هذه الأخيرة عليها ضمن البنود المتفق عليها في الاتفاق المبرم بين الطرفين.

ثانياً: تقويم الأصول المتنازل عنها.

بعد تحديد أو تعيين الأصول أو الحقوق محل التوريق من قبل مؤسسة تحويل الفاتورة، تتم عملية تعدد هي الأساس القانوني لضمان حقوق المكتتبين، وهي عملية تقويم هذه الأصول أو الحقوق؛ وتقوم بعملية التقويم، وكالات متخصصة ومستقلة، تدعى شركات أو وكالات التقويم.

تجري هذه الوكالات، دراسات دقيقة حول تقييم الدعم الائتماني والمخاطر الائتمانية لمحفظة الأوراق المالية للمؤسسة المتنازلة، ومن خلال هذه الدراسات المعمقة تحدد القدرة

⁹⁰⁶ - حيث تنص المادة 34-1 من قانون 98-546 الصادر في 2 جويلية 1998 على ما يلي:

- « I - Au premier alinéa de l'article 34 de la loi no 88-1201 du 23 décembre 1988 précitée, les mots : (détenues par des établissements de crédit, la Caisse des dépôts et consignations ou les entreprises d'assurance), sont supprimés ».

الائتمانية لهذه الأوراق المالية، من خلال رموز متفق عليها تتدرج من الحرف A إلى الحرف D على النحو التالي:

- درجة ائتمان AAA: هي درجة ائتمان ممتازة، عالية جدا و تقدر درجة مخاطرها ب 100 نقطة فقط.
- درجة ائتمان AA: و تقدر درجة مخاطرها ب 120 نقطة.
- درجة ائتمان BBB: و تقدر درجة مخاطرها ب 200 نقطة.
- درجة ائتمان BB: و تقدر درجة مخاطرها ب 400 نقطة.
- درجة ائتمان CCC.
- درجة ائتمان CC.
- درجة ائتمان DDD.
- درجة ائتمان DD.

والتقديرات أقل من الرمز BBB، تعني أن التعامل مع مؤسسة التوريق SPV، يمثل ضربا من المخاطرة.

وبهذا، تعتبر هذه الوكالات بمثابة حارس لدرجة الجودة، وعندما تقوم الوكالة بعملية التقييم فإنها تضع في الحسبان مجموعة من الاعتبارات المادية والقانونية الخاصة بالضمان، كوجود منازعات قضائية بشأنه، كمنازعات الورثة والإفلاس ووجود رهون أخرى ذات أولوية.....الخ.

كما تضع الوكالة في الحسبان، الأداء التاريخي لمقبوضات السند والتوقعات المحتملة لأزمات التضخم والركود، ومقدار الضمانات الإضافية، والقوانين والقرارات المنظمة لأداء الأسواق المالية والتشريعات الضريبية، المتعلقة بكل هذه الجوانب⁹⁰⁷.

ومن جانب آخر، تضطلع وكالات التصنيف بدراسة جدارة مؤسسة التوريق في دعم عمليات الاكتتاب، وكفاءة السياسات الائتمانية للمؤسسة أو الشركة المتنازلة، والكفاءة الائتمانية للمدين وتاريخ الديون متأخرة السداد من جانبه، ومدى ملائمة هيكل التنظيم المعتمد لإتمام صفقة التوريق⁹⁰⁸.

⁹⁰⁷ - عبيد علي أحمد الحجازي، المرجع السابق، ص 38.

⁹⁰⁸ - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق ص 71.

الفرع الثاني: إصدار الأوراق المالية و طرحها للاكتتاب العام من قبل مؤسسة التوريق.

الإصدار هو العملية التي تمكن الشركة من طرح سندات على الجمهور، ويتم ذلك بطريق الاكتتاب العام، ويكون عادة بواسطة البنوك، وتعلن الشركة كل المقومات المتعلقة بالسندات، وأهمها الوفاء بالمبلغ الذي تعهد به، ومقدار الفائدة القانونية⁹⁰⁹.

عندما تقوم مؤسسة تحويل الفاتورة، ببيع سندات الدين الأصلي لمؤسسة التوريق، فإن هذه الأخيرة تقوم بسداد القيمة نقداً، ويكون سعر بيع الديون عادة أقل من القيمة الاسمية لهذا الدين؛ وهو الفارق الذي يضمن لمؤسسة التوريق هامش الربح بين قيمة الديون التي اشترتها من مؤسسة تحويل الفاتورة، وقيمة الأوراق المالية التي تطرحها للبيع للمكتبتين.

تقوم مؤسسة التوريق بعد ذلك، بإصدار سندات جديدة تسمى الأوراق المالية، يراعى فيها أن تكون قيمتها موافقة لقيم السندات الأصلية وليس لقيمة شراءها، وأن تكون تواريخ استحقاق المتحصلات النقدية من المدينين الأصليين، متوافقة مع تواريخ استحقاق المستثمرين الجدد أو المكتبتين لفوائد ديونهم⁹¹⁰.

تكون الأوراق المالية المطروحة للاكتتاب العام، مدعومة بضمانات أصلية وضمانات مستحدثة. أما الضمانات الأصلية فيقصد بها ضمانات الدين الأصلي، التي تنتقل بقوة القانون للسندات الجديدة أو الأوراق المالية؛ وأما الضمانات المستحدثة، فهي الضمانات التي تنشأ بعد انتقال ملكية الدين لمؤسسة التوريق، وتقدمها هذه الأخيرة عادة لجلب المكتبتين وتشجيعهم على شراء الأوراق المالية المطروحة في سوق الأوراق المالية.

من بين الضمانات المستحدثة من قبل مؤسسة التوريق، ضمان رجوع المكتبتين على البنك المورق بأعباء السندات، إذا كانت هذه الأخيرة معدومة، أو أن العائد الذي تدره غير كافي للوفاء بمستحقات المكتبتين الدورية. كما يمكن لمؤسسات التوريق اللجوء لتأمين هذه الأوراق المالية لدى شركات التأمين، التي تقدم لها بوليصة تأمين بنسبة 100% لجميع الخسائر الائتمانية المتوقعة. أو قيام مؤسسة التوريق بتوزيع نشاطها على عدة مجالات تضمن بها تغطية الأوراق المالية المتعثرة؛ أو أن تلجأ مؤسسات التوريق للحصول على ائتمان من بنك

909 - عبد العزيز الخياط، الأسهم و السندات من منظور إسلامي، مؤسسة دار السلام ج2، 1988، ص 106.

910 - عبيد أحمد حجازي، المرجع السابق، ص 21.

آخر، ثم تودع مبلغ هذا الائتمان في حساب يدر فوائد، تساهم في سداد مستحقات المكتتبين الجدد⁹¹¹.

وحسب نص المادة 304 من اللائحة التنفيذية لقانون 1992/95 المذكورة أعلاه، فإن المشرع المصري اشترط في تقديم طلب إصدار الأوراق المالية أو سندات التوريق، أن يوجه الطلب إلى الهيئة العامة لسوق المال، وأن يكون مرفقا بالبيانات التالية⁹¹²:

1- اسم وعنوان ورأس المال المدفوع ورقم التخصيص، لكل من شركة التوريق وشركة تغطية، وترويج الاكتتاب في الأوراق المالية في حال الاتفاق معها، وأمين الحفظ المسئول عن متابعة عملية التوريق.

2- قيمة محفظة التوريق، وبيان بالحقوق التي تتضمنها بالتفصيل، بما في ذلك الأوراق التجارية وغيرها من المستندات المثبتة لهذه الحقوق، والضمانات المتصلة بها، ومدى تنوعها من حيث القيمة وأجال السداد ومعدلات الإخلال بالالتزامات المقابلة لتلك الحقوق، ومتوسط أجل المحفظة وأسس تقييمها.

3- حجم إصدار السندات المقابلة للمحفظة، وسعر العائد عليها وتاريخ استحقاقها والشروط الرئيسية الأخرى للإصدار.

4- التصنيف الائتماني للسندات، بشرط أن لا تقل درجته عن المستوى الدال على القدرة على الوفاء بالالتزامات، وذلك وفقا للقواعد التي يحددها مجلس إدارة الهيئة.

5- المخاطر التي يتحملها حملة السندات، وما تم اتخاذه من تدابير أو الحصول عليه من ضمانات للحد منها.

6- تحديد الجهة التي تقوم بتغطية الاكتتاب أو ضمانه في سندات التوريق إن وجدت.

7- تحديد الجهة التي تقوم بتحصيل المبالغ المستحقة عن الحقوق المحالة، إذا لم يكن المحيل مسئولا عن ذلك.

8- بيان ما إذا كان هناك أي نوع من الارتباط، بين محيل المحفظة وشركة التوريق، وعناصر الارتباط إن وجدت.

⁹¹¹ - راجع في موضوع أساليب تعزيز الائتمان من قبل شركات التوريق: - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 90 و ما بعدها، و

راجع أيضا، عبید أحمد حجازي، المرجع السابق، ص 23.

⁹¹² - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 180-181.

9- تحديد مواعيد سداد مستحقات حملة السندات، و العمولات و المصاريف التي يتم خصمها من حصيلة الحقوق المحالة و مواعيد خصمها، و قواعد التصرف في فائض محفظة التوريق.

10- إقرار المستشار القانوني لعملية التوريق، أن اتفاق الحوالة قد أعد وفقا لأحكام القانون واللائحة، وأن الحوالة بموجبه نافذة وناجزة وغير معلقة على شرط، وناقلة لجميع الحقوق والضمانات المحالة، مالم ينص الاتفاق على أنها ستتم على هذا الوجه بعد تغطية الاكتتاب في السندات بالكامل.

أما المشرع الجزائري، فقد نص بموجب المادة 04 من قانون 05-06، على وجوب تسجيل مؤسسة التوريق، للأوراق المالية التي أصدرتها، لدى المؤتمر المركزي على السندات⁹¹³؛ وأن إصدار هذه الأوراق المالية يمكن أن يكون بقسيمة أو بدونها، بفائدة أو بخصم، لحاملها أو اسمية، وتكون قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

كما أحالنا المشرع الجزائري بموجب نص المادة 03 من نفس القانون، على المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو سنة 1993⁹¹⁴، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم، فيما يتعلق بشروط إصدار الأوراق المالية؛ وحسب نص المادة 03 من هذا القانون، فإن بورصة القيم المنقولة تتكون من هيئتين:

- لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة.

- شركة تسيير بورصة القيم.

بالرجوع لنص المادة 31 من قانون 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003، تقوم لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها بتنظيم سير سوق القيم المنقولة، وبسن تقنيات متعلقة بعدة أوجه، من بينها شروط إصدار الأوراق المالية⁹¹⁵. وحسب المادة 16 من نظام لجنة تنظيم

⁹¹³ - المؤتمر المركزي للسندات: أنشئ بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو سنة 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل و المتمم.

⁹¹⁴ - المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 مايو 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة(ج.ر العدد 34 المؤرخ في 23 مايو 1993)، معدل و متمم بالأمر رقم 96-10 المؤرخ في 10 يناير 1996 (ج.ر العدد 3 المؤرخ في 14 يناير 1996).

⁹¹⁵ - راجع نص المادة 31 من قانون 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003.

عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-03⁹¹⁶، فإن طلب قبول القيم المنقولة في عمليات التداول في البورصة، يجب أن يكون لدى اللجنة، وأن قبول القيم المنقولة في عمليات التداول في البورصة يكون بموجب مقرر يصدر عن اللجنة⁹¹⁷.

وعلى كل، فإنه وبالرجوع للقواعد العامة التي تحكم خصائص السندات، فإن هذه الأخيرة تتميز بالميزات التالية⁹¹⁸:

1- أنها تمثل ديناً على الشركة أو الجهة التي أصدرتها، بحيث إذا أفلست أو قامت بأعمال تضعف التأمينات الخاصة الممنوحة من قبلها لحاملي هذه السندات سقط أجل الدين، واشترك حاملو هذه السندات مع باقي دائني الشركة المصدرة⁹¹⁹.

2- يستوفي حامل السند فائدة ثابتة، سواء ربحت الشركة المصدرة لها أم خسرت، ويجوز أن يشترط حامل السند نسبة مئوية من الأرباح، ولا يعد مساهماً، لأنه لا يحق له التدخل في إدارة الشركة.

3- لحامل السند حق الأولوية في استيفاء قيمة السند عند التصفية، قبل المساهم.

4- لا يشترك حامل السند في الجمعيات العامة للمساهمين، ولا يكون لقراراتها أي تأثير بالنسبة له، ولا يجوز لهذه القرارات أن تمس بشروط التعاقد مع المكتتبين، سواء من حيث الفوائد المقررة أو أجل الاستحقاق.

5- يتعلق قرض السند عادة بالقروض طويلة الأجل.

6- تكون السندات الصادرة عن مؤسسة التوريق، سندات اسمية يذكر فيها اسم الدائن، وتنتقل حيازتها من خلال تداولها في سوق الأوراق المالية.

7- لأن السندات تتعلق بحقوق أو أصول جماعية، مقسمة إلى أجزاء متساوية، أو ملكية مشتركة تهدف إلى تملك الحقوق، تصدر حصصاً متساوية تمثل تلك الحقوق⁹²⁰؛ فإن

⁹¹⁶ - نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها رقم 97-03، المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1997 يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة (ج.ر العدد 87 المؤرخ في 1997/12/29) معدل بالنظام رقم 03-01 المؤرخ في 18 مارس سنة 2003 المتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات (ج.ر العدد 73 المؤرخ في 2003/11/30).

⁹¹⁷ - طبقاً لنص المادة 22 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها رقم 97-03.

⁹¹⁸ - خالد محمد حسن إبراهيم، التصرف في الديون و تطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 628.

⁹¹⁹ - أحمد عبد العزيز الخياط، المرجع السابق، ص 102.

الشركة المصدرة لها، لا تتعاقد مع كل مكتب على حدا، وإنما تضع مجموعة من الشروط تسري على جميع المكتتبين.

عندما تعرض مؤسسة تحويل الفاتورة، سندات الدين الأصلي التي تحوزها للبيع، فإنها تقصد التخلص من مخاطر هذه السندات بصفة نهائية، وذلك من خلال نقل ملكيتها لشركات التوريق، التي تتقدم لشرائها ثم تحويلها لأوراق مالية، وطرحها للاكتتاب العام في سوق الأوراق المالية. فيدخل في هذه العلاقة ثلاثة أطراف أساسية، هي مؤسسة تحويل الفاتورة أو الشركة المتنازلة أو المحيل، ومؤسسة التوريق أو المحال له، وأخيرا المكتتبين.

ومن ثمة سنتناول في الفرع الأخير من مطلبنا هذا، الآثار القانونية الناجمة عن عملية التوريق المصرفي من خلال أطرافه الرئيسية، مؤسسة التوريق أو الجهة المحال إليها، المؤسسة المتنازلة أو المنشأة -وهي في موضوعنا هذا مؤسسة تحويل الفاتورة-، المدين، وأخيرا حاملي السندات.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن عملية التوريق المصرفي.

بعد إتمام اتفاق التنازل عن الديون المبرم بين المؤسسة المتنازلة ومؤسسة التوريق، تنشأ روابط قانونية جديدة بين الأطراف القديمة في الحق، وهي الدائن السابق -مؤسسة تحويل الفاتورة- و المدين، والأطراف الجديدة في الحق وهي الدائن الجديد -مؤسسة التوريق، والمكتتبين أو حاملي السندات.

يمكننا بناء على ذلك، دراسة الآثار المترتبة عن عملية التوريق المصرفي، من خلال العلاقة الجديدة الناشئة بين مؤسسة التوريق ومؤسسة تحويل الفاتورة، ومن خلال أثر هذا العقد على كل من المدين، والمكتتبين أو حاملي السندات.

أولاً: الآثار المترتبة عن تنازل مؤسسة تحويل الفاتورة عن حقوقها لمؤسسة التوريق.

تنص المادة 11 من قانون 20 فبراير 2006، على أنه يترتب عن تنازل المؤسسة المنشأة عن حقوقها لمؤسسة التوريق، نقل جميع الضمانات والتأمينات المتعلقة بهذه الحقوق؛

⁹²⁰ - Art. 34/1 de la loi n° 88-1201 du 23 déc. 1988. « Le fonds commun de créances est une copropriété qui a pour objet exclusif d'acquérir des créances et d'émettre des parts représentatives de ces créances. »

وأن هذه الأخيرة، وفقا لنص المادة 12 من نفس القانون تدخل في الذمة المالية لمؤسسة التوريق، بمجرد أن تصبح عملية التنازل فعلية.

وبالتالي، فإن حوالة مؤسسة تحويل الفاتورة لحقوقها لمؤسسة التوريق، يؤدي إلى نقل الحق نقلا تاما من الذمة المالية للمؤسسة المتنازلة، للذمة المالية لمؤسسة التوريق. ويمكن حصر أهم الآثار المترتبة عن تنازل مؤسسة تحويل الفاتورة عن حقوقها لمؤسسة التوريق فيما يلي:

1- انتقال صفة الدائنية من مؤسسة تحويل الفاتورة لمؤسسة التوريق:

يؤدي تنازل مؤسسة تحويل الفاتورة، عن حقوقها الثابتة في الفواتير- التي حولت إليها بدورها من الدائن الأصلي أو المنتمي-، إلى انتقال ملكية هذه الحقوق لمؤسسة التوريق؛ وبالتالي فقدان الوسيط لصفته كدائن، وانتقال هذه الصفة لمؤسسة التوريق.

2- انتقال الحق محل التنازل بجميع توابع و ضماناته و دفعه:

ينتقل الحق محل التنازل، من مؤسسة تحويل الفاتورة لمؤسسة التوريق، بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع⁹²¹.

3- انتقال الحق محل التنازل بقيمته الاسمية:

يكون التنازل عن الحق في عملية التوريق، بأقل من قيمته الحقيقية أو الاسمية؛ غير أن انتقال الحق لمؤسسة التوريق، يكون بقيمته الاسمية وليس بقيمة الشراء، ويمثل الفارق بين القيمتين عائد الاستثمار الذي يستفيد منه حاملي السندات، والأجهزة القائمة على إدارة الصندوق وتشغيله⁹²².

4- تسليم المحك المثبتة للمديونية:

تلتزم مؤسسة تحويل الفاتورة، بتسليم الفواتير المثبتة للديون أو الحقوق محل التنازل لمؤسسة التوريق، حتى تتمكن هذه الأخيرة من الرجوع قضائيا أو وديا على المدينين بها؛ وبنات بماسك الحسابات أو الحافظ، مسك هذه الفواتير وحفظها.

⁹²¹ - حيث تنص المادة 11 من قانون 05-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 " يترتب على التنازل عن مجموعة أو كتلة من القروض من

جانب المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق، نقل الضمانات و التأمينات المتعلقة بها. و تكون ملزمة للغير".

⁹²² - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 121.

5- الالتزام بضمان وجود الحق:

تلتزم مؤسسة تحويل الفاتورة، بضمان وجود الحق المحال به أو المتنازل عنه وتوابعه وضماناته وقت التنازل، فإذا انقضى الحق بعد ذلك أو توابعه، بسبب لا يرجع للوسيط أو المؤسسة المتنازلة، فلا مسؤولية عليها؛ وهي لا تضمن يسار المدين إلا إذا كان ثمة اتفاق صريح على ذلك بينها وبين مؤسسة التوريق.

كما تضمن مؤسسة تحويل الفاتورة، جميع الأفعال الشخصية التي تصدر عنها بعد التنازل، والتي يكون من شأنها الانتقاص من الحق المتنازل عنه أو زواله أو إضعاف تأميناته أو ضماناته، وباختصار كل فعل شخصي يصدر عن المؤسسة المتنازلة، من شأنه الإضرار برجوع مؤسسة التوريق على المدينين أو المحيل⁹²³.

6- إدارة الأصول من قبل مؤسسة تحويل الفاتورة:

على الرغم من انتقال ملكية الأصول الضامنة للوفاء بقيمة الأوراق المالية المصدرة، من الذمة المالية لمؤسسة تحويل الفاتورة للذمة المالية لمؤسسة التوريق - كما رأينا-، فإنه يناط في غالب الأحيان بالمؤسسة المتنازلة، إدارة واستثمار محفظة الأصول وضماداتها، أثناء إنجاز أو تنفيذ عمليات التوريق⁹²⁴.

فيقع على عاتق مؤسسة تحويل الفاتورة، الإبقاء على سعر الفائدة المقرر لهذه الأصول، ومتابعة أي تأخير في الوفاء بهذه الفوائد للمكاتبين، إلى جانب المنازعات الخاصة بذلك أمام القضاء⁹²⁵.

وتقضي المادة 1/36 من قانون 23 ديسمبر 1988، بأن تحصيل الحق محل التنازل يبقى في يد المحيل أو المؤسسة المتنازلة. ومن ثمة ورغم انتقال صفة الدائنية، من مؤسسة تحويل الفاتورة لمؤسسة التوريق بموجب إبرام عقد التوريق، إلا أن تحصيل الحق من المدين به يبقى

923 - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 122.

924 - حيث تنص المادة 22 من قانون 05-06: " يمكن مؤسسة التوريق، أن تكلف المؤسسة المتنازلة أو أي مؤسسة أخرى باسترداد القروض الرهنية التي تم التنازل عنها، و استخدام رفع اليد و كذا كل المهام الأخرى المتعلقة بالتسيير لحسابها، وفقا للشروط المحددة في اتفاقية تسيير القروض المرهنة بين الطرفين و استردادها.".

925 - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 73.

بيد مؤسسة تحويل الفاتورة، مقابل استفادة هذه الأخيرة نضير هذه الخدمة من عمولة التحصيل⁹²⁶.

7- الالتزام باستبدال بعض الأصول:

طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 14 من قانون 05-06، فإن المؤسسة المتنازلة تلتزم بالقيام باستبدال، القروض المشكوك فيها أو المتنازع عليها أو صعبة التحصيل، لفائدة مؤسسة التوريق.

ثانيا: أثر اتفاق التوريق على المدين بالحقوق المتنازل عليهما.

المدين ليس طرفا في اتفاق التوريق المبرم بين المؤسسة المتنازلة- وهي هنا مؤسسة تحويل الفاتورة- ومؤسسة التوريق، ومع ذلك فإن أثر العقد ينسحب عليه باعتباره مدينا بالحقوق محله؛ ويمكن حصر أهم أوجه تأثر المدين بعقد التوريق المبرم بين مؤسسة تحويل الفاتورة ومؤسسة التوريق فيما يلي:

1- سريان عقد التوريق في مواجهة المدين:

لأن المدين ليس طرفا في عقد التوريق، فإن هذه الأخير يسري مفعوله في حق طرفيه فقط وهما مؤسسة تحويل الفاتورة ومؤسسة التوريق من تاريخ إبرام اتفاق التنازل. فتحل الأخيرة محل الأولى بقوة القانون، في الحقوق المتنازل عنها وكل أشكال الضمانات والتأمينات المتعلقة بها ابتداء من هذا التاريخ، دون أن يكون قبول الطرف المدين بهذه الحقوق لازما⁹²⁷.

غير أن نفاذ العقد في حق طرفيه، لا يعني أن المدين أصبح ملزما بما ورد فيه، ما لم يصبح هذا العقد نافذا في حق المدين بدوره. حيث تقضي المادة 2/19 من قانون 05-06⁹²⁸، بأن اتفاق التنازل المبرم بين المؤسسة المتنازلة ومؤسسة التوريق، لا يلزم المدين إلا من تاريخ تبليغه بهذا التنازل عن طريق رسالة مضمنة مع إشعار بالاستلام، ترسله المؤسسة المتنازلة، وأن يكون هذا التنازل مؤشرا عليه في هامش النسخة الأصلية ليصبح نافذا.

⁹²⁶ - حيث تنص المادة 1/36 من قانون 23 ديسمبر 1988، على ما يلي:

- « Le recouvrement des créances cédées continue d'être assuré par l'établissement cédant, dans des conditions définies par une convention passée avec la société de gestion du fonds commun de créances... ».

⁹²⁷ - راجع نص المادة 15 من قانون 05-06 المتعلق بتوريق القروض الرهنية.

⁹²⁸ - راجع نص المادة 2/19 من قانون 05-06 المتعلق بتوريق القروض الرهنية.

2- تغيير طبيعة المظلمة بتحصيل الحق من المدين:

قبل نفاذ عقد التوريد في حق المدين، فإن مؤسسة تحويل الفاتورة تقوم بتحصيل الحق باعتبارها دائنة به، بعد أن قامت بشراء هذا الحق من الدائن الأصلي به أو المنتمي-كما سبق و أن رأينا-؛ غير أنه وبعد تنازل مؤسسة تحويل الفاتورة عن حقوقها لفائدة مؤسسة التوريد، تنتقل صفة الدائنية بموجب هذا التنازل لهذه الأخيرة.

ورغم فقدان مؤسسة تحويل الفاتورة لصفقتها كدائنة للمدين، إلا أن تحصيل الحق المنقول بموجب اتفاق التنازل يبقى في غالب الأحيان منوطا بها؛ غير أنها لا تقوم بأعمال التحصيل في هذه الحالة، باسمها ولحسابها الخاص كما هو الحال قبل إبرام اتفاق التنازل، وإنما باسم ولحساب مؤسسة التوريد، أي بصفقتها وكيلا عن هذه الأخيرة⁹²⁹.

ويجوز للوكيل أن ينهي هذه الوكالة ويتعهد بالتحصيل بنفسه، أو أن يسند هذه المهمة للغير. فأجاز المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 2/36 من قانون 23 ديسمبر 1988، أن تباشر مؤسسة التوريد بنفسها عملية التحصيل، أو أن تكلف إحدى مؤسسات الائتمان أو صناديق الإيداع و الأمانات بذلك، مع وجوب إخطار المدين بنقل عملية التحصيل بخطاب أو إعلان بسيط⁹³⁰.

أما المشرع الجزائري، فإنه يتفق مع المشرع الفرنسي في قاعدة جواز إنهاء مؤسسة التوريد لوكالة التحصيل المسندة للمؤسسة المتنازلة، إلا أنه يختلف معه في شروط هذا الإنهاء. فإذا كان المشرع الفرنسي- كما رأينا أعلاه -، ترك الحرية المطلقة لمؤسسة التوريد في أن تباشر بنفسها عملية التحصيل، أو أن تعهد بذلك لأي مؤسسة ائتمان أخرى غير المؤسسة المتنازلة، فإن المشرع الجزائري قيد هذا الأمر بشروط نصت عليها المادة 24 من قانون 06-05.

حيث أن المادة 24 من قانون 06-05، قيدت نقل مهمة تحصيل الحقوق محل التنازل من المؤسسة المتنازلة إلى أي مؤسسة مالية معتمدة أخرى، بشرط مباشرة الإجراءات القضائية

⁹²⁹- Le Hir (ch.), Le fond commun de créances, thèse paris I, 1992.

⁹³⁰ - حيث تنص المادة 2/36 من قانون 23 ديسمبر 1988، على ما يلي:

- « Toutefois, tout ou partie du recouvrement peut être confié à un établissement de crédit ou à la Caisse des dépôts et consignations, dès lors que le débiteur en est informé par lettre simple. »

المتعلقة بإفلاس أو تصفية المؤسسة المتنازلة، أو أي إجراء قضائي آخر من شأنه عرقلة عملية التحصيل من قبل المؤسسة المتنازلة، أو يجعلها في حالة توقف.

3- تمسك المدين بكافة الدفع المتعلقة بالحق:

يكون للمدين أن يتمسك قبل مؤسسة التوريق، بكافة الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل مؤسسة تحويل الفاتورة، قبل إبرام اتفاق التنازل؛ فيستطيع المدين أن يدفع ببطلان العقد الذي تولد عنه الحق المنقول أو انقضاءه، إذا قام سبب البطلان أو الانقضاء، أو عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ العقد، أو الدفع المتعلقة بالأوصاف اللاحقة بالحق، وهي الشرط الواقف والشرط الفاسخ والأجل⁹³¹. وهذا النوع من الدفع يسمى بالدفع اللصيقة أو الملازمة للحق، ويمكن للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن، حتى ولو انتقلت صفة الدائنية لشخص من الغير، كما هو الحال في عقد التوريق، أين انتقلت صفة الدائنية من المؤسسة المتنازلة لمؤسسة التوريق. في المقابل بالنسبة للدفع الخارجية، فإنه يتعين التفرقة بين ما إذا كان الدفع قد نشأ في مواجهة مؤسسة تحويل الفاتورة، قبل خروج الحق من ذمتها لذمة مؤسسة التوريق أو بعد ذلك. ففي الحالة الأولى، فإنه يمكن للمدين التمسك بهذه الدفع الخارجية في مواجهة مؤسسة التوريق، وأبرز مثال على ذلك أن يدفع المدين بالمقاصة إذا توافرت شروطها، بشرط أن يكون هذا الدفع متولد قبل نقل الحق من مؤسسة تحويل الفاتورة لمؤسسة التوريق، كما قدمنا⁹³².

ثالثاً: أثر اتفاق التوريق على حاملي السندات.

لحاملي السندات حقان أساسيان:

- الحصول على الفائدة القانونية في المواعيد المتفق عليها، سواء أربحت الشركة، أم خسرت.
- استيفاء قيمة السند في الأجل المحدد.

وما عدا ذلك فلحامل السند كافة حقوق الدائنين تجاه مدينيهم، وفقاً للأحكام القانونية

العامة⁹³³.

931 - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 124.

932 - حسين فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 159.

933 - خالد محمد حسين إبراهيم، المرجع السابق، ص 629.

بالرجوع للأحكام العامة لمدونة البورصة، والنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بها، فإن المستثمرين أو المكتتبين في السندات المطروحة من قبل الجهات المصدرة- وهي هنا شركات التوريق-، يستفيدون من نوعين أساسيين من الحقوق، مالية وغير مالية.

1- الحقوق المالية لحاملي السندات أو المكتتبين:

تتمثل الحقوق المالية لحاملي السندات أو المكتتبين، في الحصول على الفائدة القانونية في المواعيد المتفق عليها، واستيفاء قيمة السند في الأجل المضروب من جهة؛ بالإضافة إلى حق المكتتب في تداول الصك أو السند في بورصة الأوراق المالية، أو التنازل عنه للغير من جهة أخرى.

وعلى كل يمكن حصر أهم حقوق المكتتبين المالية في عملية التوريق المصرفي فيما يلي:

1-1: الحق في استيفاء قيمة السند و الفوائد التي يدرها:

بما أن مؤسسة التوريق، قد اشترت محفظة الحقوق من مؤسسة تحويل الفاتورة بأقل من قيمته الاسمية، وقامت بطرح هذه الحقوق في شكل سندات أو أوراق مالية، فإن غرض المكتتبين من الاستثمار في هذه السندات، هو الحصول من جهة على الفارق بين القيمة الاسمية للأصول المدعمة لها وقيمة شراءها، ومن جهة ثانية الحصول على الفوائد التي تدرها هذه الأصول، وهي الفوائد التي يتم تحصيلها دوريا من المدينين بها.

1-2: الحق في تداول السندات:

تنص المادة 04 من قانون 05-06، أن الأوراق المالية أو السندات الناجمة عن عملية التوريق المصرفي، تكون قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية؛ ومن ثمة فإنه يجوز للمكتتب أو حامل السندات، تداولها في بورصة الأوراق المالية إذا كانت مسجلة فيها، أو التنازل عنها للغير بالحوالة⁹³⁴.

2- الحقوق غير المالية لحاملي السندات: (حق الإطلاع و الإطلاع لحاملي السندات).

بعد قيام مؤسسة التوريق بتسجيل الأوراق المالية التي قامت بإصدارها، لدى المؤتمن المركزي على السندات، وفقا لنص المادة 04 من قانون 05-06 المذكور أعلاه، يفتح المؤتمن

⁹³⁴ - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 132.

المركزي حسابا جاريا أو أكثر من السندات لكل مؤسسة قبل انخراطها، ويرمز إلى كل حساب جار برمز المنخرط المخصص له⁹³⁵.

عندما يستخدم مصدر السندات، حق إصدار سندات مقيدة في الحساب، فإنه يتم تسجيل السندات لدى وسيط مؤهل من طرف لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، بصفته ماسك الحسابات وحافظ السندات⁹³⁶؛ ويتعين على ماسك الحسابات أن يبلغ في أقرب الآجال كل صاحب حساب بما يلي:

1- كل العمليات أو الحركات التي تشمل السندات المقيدة باسمه،

2- العمليات الجارية على السندات، التي تقررها الكيانات المصدرة- وهي هنا مؤسسة التوريق-، والتي تتطلب ردا من صاحبها،

3- الأحداث التي تعدل حقوق صاحب السندات، على السندات المحفوظة، عندما يفوض ماسك الحسابات- الحافظ، بالتفكير في أن صاحب السندات لم يبلغ بذلك،

4- العناصر الضرورية لإعادة تصريحه الجبائي⁹³⁷.

كما يلتزم ماسك الحسابات - الحافظ-، بتسليم كل صاحب حساب للسندات إن طلب ذلك، شهادة توضح طبيعة السندات المقيدة في حسابه وعددها، وكذا البيانات المذكورة فيه، ويرسل إليه هذا الكشف دوريا وعلى الأقل مرة في كل سنة⁹³⁸.

أما المشرع الفرنسي، وبمقتضى المادة 40 من قانون 23 ديسمبر 1988، فإنه يلزم مؤسسة التسيير، بأن ترسل وفي خلال مدة ستة أسابيع من نهاية كل فصل من الممارسة، بيانا يحوي جردا لأصول الصندوق الذي تتولى تسييره، تحت مراقبة أمين الاستثمار⁹³⁹.

⁹³⁵ - المادة 1/20 من نظام لجنة عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 03-01 مؤرخ في 18 مارس سنة 2003، يتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات.

⁹³⁶ - المادة 19 من قانون 03-04، المؤرخ في 17 فبراير 2003.

⁹³⁷ - المادة 12 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، رقم 03-02 مؤرخ في 18 مارس سنة 2003، يتعلق بمسك الحسابات و حفظ السندات.

⁹³⁸ - المادة 13 من نفس النظام.

⁹³⁹ - «... Dans un délai de six semaines à compter de la fin de chaque semestre de l'exercice, la société de gestion dresse, pour chacun des fonds qu'elle gère, l'inventaire de l'actif sous le contrôle du dépositaire... »

كما ألزمت لجنة عمليات البورصة الفرنسي (COB) مدير الاستثمار، توزيع كشفا للحساب يحتوي من ناحية على الميزانية السنوية للصندوق، ومن ناحية أخرى على تقرير تفصيلي لنشاط الصندوق، يتضمن تقييما لحالة الأصول وتطورها؛ وهذا الالتزام يكون لحساب حاملي السندات، وخلال أربعة شهور من نهاية السنة المالية. ومن جهة أخرى، يلتزم مدير الاستثمار أن يوزع خلال ثلاثة أشهر من انتهاء الفصل الأول من السنة المحاسبية، بيانا يحوي جردا لأصول الصندوق، وسائر المعلومات المتعلقة بحالة الأصول وتطورها⁹⁴⁰.

⁹⁴⁰ - هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة، التوريق، المرجع السابق، ص 134.



الخاتمة

في ختام هذه الدراسة القانونية لعقد تحويل الفاتورة؛ نذكر أننا حاولنا جاهدين التطرق لمختلف جوانب وآليات هذا العقد، من خلال دراسة أحكامه العامة وأساسه وشروطه القانونية، وتحديد آثاره وخصائصه ومميزاته، وتفريقه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له.

وتبين لنا من خلال ما تقدم أن ثمة عدة مناهج في تكييف وتحديد الأساس القانوني لعقد تحويل الفاتورة، فقد أخذ النظام الأنجلوساكسوني كما رأينا بحوالة الحق كأساس قانوني لنظام تحويل الفاتورة؛ وهو نفس المنهج الذي تبنته اتفاقية أوتاوا لتوحيد قواعد شراء الحقوق التجارية. بينما تبنى النظام اللاتيني الحلول الاتفاقي، واستحدث لاحقا حوالة دايلي كأساس قانوني للعقد محل دراستنا. وأخيرا رأينا كيف أن المشرع الجزائري- المحسوب نظريا على فقه المدرسة اللاتينية-، وعلى خلاف العادة اتجه لتبني موقف النظام الأنجلوساكسوني، في أخذه بحوالة الحق كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

بعد تناولنا للأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة في الفصل التمهيدي، وللأساس القانوني الذي يحكم هذا العقد في الفصل الأول من الباب الأول، انتقلنا لدراسة الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة في الفصل الثاني من الباب الأول، والتي اعتمدنا فيها بحسب الأصل، على القواعد القانونية للنظام القانوني المتبنى كأساس لتكييف انتقال الحق من المنتمي إلى الوسيط. بعد ذلك بحثنا في الباب الثاني من بحثنا هذا، الآثار القانونية لعقد تحويل الفاتورة، والتي كانت من خلال تناولنا بالدراسة والتحليل لثلاث إشكالات قانونية رئيسية، شكلت جوهر وأساس انتقال الحق من المنتمي للوسيط في عقود تحويل الفاتورة. وبذلك كنا قد خالفنا ما درج عليه الفقه التقليدي عند دراسة الآثار القانونية للعقود الكلاسيكية، من خلال تناوله لحقوق والتزامات أطراف العقد، التي سبق لنا تناولها بالدراسة في الفصل الثاني من الباب الأول، المتعلق بالشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة.

بعد هذه الدراسة القانونية لعقد تحويل الفاتورة، والتي اعتمدت تارة على أسلوب التحليل وتارة أخرى على أسلوب المقارنة، يمكننا أن نخلص إلى الحقائق القانونية التالية، والتي تشكل نتائج بحثنا هذا فيما يلي:

1- الطبيعة الحديثة لهذا العقد: يعتبر عقد تحويل الفاتورة من العقود التي استحدثها الواقع التجاري، فهو من العقود حديثة النشأة والظهور، وهو نتاج تطور الفكر القانوني الذي عادة ما يؤدي إلى بروز قوالب عقدية، تتسجم مع التطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي.

هذا التلازم القديم بين تطور الفكر الاقتصادي والفكر القانوني، أدى إلى قيام حاجة ماسة لدى رجال القانون، لمسايرة وملازمة رجال الأعمال الذين اتجهوا بصفتهم كوكلاء عن المؤسسات الاقتصادية، إلى تحمل التزامات جديدة، كالتحويل والضمان والخدمات الإدارية، لم تكن تعرفها الوكالة الكلاسيكية. فأصبح النظام القانوني الذي يحكم هذه الأخيرة، لا ينسجم وهذا التطور، مما أدى إلى بروز عقد تحويل الفاتورة في شكله الحالي، وهو على كل حال عقد لا يزال في طور النشأة وأحكامه لا تزال في طور التبلور.

2- اختلاف النظم القانونية للعقد يؤدي إلى اختلاف أساسه القانوني: عند دخول عقد تحويل الفاتورة إلى فرنسا من موطنه الأنجلوساكسوني، كان يأخذ شكل حوالة الحق؛ غير أن رغبة المشرع الفرنسي، في إضفاء الطابع والصبغة الفرنسية Francisation على العقود الأنجلوساكسونية لتتلاءم مع قواعد النظام اللاتيني، دفعته إلى اللجوء إلى الحلول الاتفاقي كإطار قانوني للعقد، ثم استحداث ما يعرف بحوالة دايلي.

وقد سايرت اتفاقية أوتاوا ما هو سائد في معظم بلدان العالم، من اللجوء إلى حوالة الحق كإطار قانوني للعقد، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري. ونحن نؤيد المشرع الجزائري فيما ذهب إليه، فرغم بعض العيوب التي تعترى حوالة الحق كأداة اثتمان، وخاصة ما تعلق بالشروط الشكلية، المتعلقة بالكتابة والإعلان، والتي تتعارض مع ما تتصف به التجارة من السرعة في التنفيذ، فإن حوالة الحق تبقى حسب رأينا الإطار الأنجع والأسلم للعقد.

ذلك أن الحلول الاتفاقي، لا يرد بحسب الأصل إلا في شكل مدني بعيدا عن أي وجه من أوجه المضاربة، وعقد تحويل الفاتورة هو عقد تجاري تشكل فيه المضاربة أساس العملية، والتي تتجسد من خلال العمولة المستحقة لمؤسسة تحويل الفاتورة، وحوالة الحق لا تمنع المضاربة بل هي تقوم أساسا عليها.

كما أن الحلول الاتفاقي، يقوم على أساس انقضاء الدين ولا يشترط فيه دوما رضاء الدائن، فقد يكفي رضاء المدين والموفي؛ وهي ميزة لا تتسجم مع العقد محل دراستنا، والذي ينشأ برضاء الدائن والموفي ولا محل لرضاء المدين إلا لنفاذ العقد وليس لنشأته.

ويتعين من ناحية أخرى استبعاد وكالة دايلي، ذلك أنها تتعارض مع أهم أهداف عقد تحويل الفاتورة، وهو تجنب المنتمي المشاكل الإدارية والمالية لعمليات التحصيل.

وعلى هذا، فإن المشرع الجزائري ورغم أنه يتبع نظرياً حظيرة الفكر اللاتيني، إلا أنه اختار في مجال هذا العقد، إتباع الاتجاه القانوني الذي أخذ به الفكر الأنجلوساكسوني، في جعل حوالة الحق الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة وحسن فعل المشرع الجزائري.

3- الطبيعة القانونية المميزة للعقد: إن الطبيعة المميزة للعقد، تظهر من خلال عنصرين اثنين: - عقد تحويل الفاتورة، هو مركب عقود Complex de contra، ولذلك يسمى الاتفاق الذي يتعلق به، بالاتفاق الإطار convention-cadre؛ وهذا الاتفاق، يشمل مجموعة من العقود الكلاسيكية في عقد واحد، وهي: عقد الوكالة وعقد القرض وعقد خصم الأوراق التجارية وعقد التأمين على الحقوق، فجميع هذه العقود تنصهر في عقد واحد، هو عقد تحويل الفاتورة أو عقد الفاكورينغ.

- عقد تحويل الفاتورة، هو عقد ائتماني متميز عن باقي عقود الائتمان الأخرى، إذ أنه عادة ما تنتج عقود الائتمان لتحقيق غاية معينة، وتظهر فكرة الائتمان في العقد محل دراستنا، لمجابهة مشكلة تحصيل الحقوق التجارية، التي عادة ما تقع فيها المؤسسات الصغيرة ومتوسطة الحجم.

ونظراً لخصوصية هذا العقد، فإن عنصر الائتمان المرتبط به، لا يغدو أن يختص ويتميز بدوره، عما يعرفه النظام القانوني من قواعد أساسيات العقود الائتمانية، وأن هذا التمييز يظهر بالخصوص في:

4- خصوصية استرداد الائتمان: فإذا كان في عقود الائتمان الكلاسيكية، يتم استرداد الائتمان بحسب الأصل بالرجوع على العميل متلقيه، فإن استرداد الائتمان في عقد تحويل الفاتورة، يتم بحسب الأصل بالرجوع على المدين لتحويل الحق منه؛ وعلى هذا فإن الملزم برد الائتمان ليس المستفيد منه كما جرى عليه الأصل وإنما مدينه، وهي ميزة تجعل عقد تحويل الفاتورة، متفرداً عن غيره من عقود الائتمان الأخرى.

- **خصوصية منح الضمان المتعلق بالائتمان:** العادة وبحسب الأصل، أن يقوم الضمان لصالح مانح الائتمان، حتى يأمن مخاطر عدم استرداده؛ غير أنه في عقد تحويل الفاتورة، يقوم الضمان لصالح متلقي الائتمان. وهي نتيجة غريبة عن عقود الائتمان الكلاسيكية، فعوض أن يكون متلقي الائتمان، هو من يمنح الضمان لمانح الائتمان، جعلت خصوصية العقد محل دراستنا،

حقوق والتزامات المراكز القانونية للعقد تتقلب، بحيث يصبح مانح الائتمان هو مانح الضمان في نفس الوقت، ومتلقي الائتمان هو متلقي الضمان في آن واحد.

- **خصوصية طبيعية الضمان الممنوع:** إن الضمان الممنوح بحسب العادة لضمان عقد الائتمان، يتمثل في تأمينات سواء كانت شخصية أو عينية، بينما الضمان الممنوح في عقد تحويل الفاتورة، هو ضمان اقتصادي وليس ضمان قانوني، ويتمثل في ضمان عدم الرجوع.

- **اندماج عنصر الائتمان في باقي عناصر العقد:** في العادة، ينفصل عقد منح الائتمان عن عقد ضمانه فنكون أمام عقدين، عقد ائتمان وعقد ضمان؛ بينما يشمل عقد تحويل الفاتورة، عناصر منح الائتمان وعناصر الضمان في عقد واحد، ولهذا سمي هذا العقد كما أردنا بالعقد الإطار.

لإنجاح عمليات تحويل الفاتورة في الجزائر، يتعين مراعاة ما يلي:

☞ - تظهر الحاجة الماسة لوضع تشريع قانوني خاص بعقد تحويل الفاتورة، ونظرا للخصوصية الشديدة لهذا الأخير، فإنه لا يمكن الاعتماد بالقواعد العامة لحالة الحق أو الحلول الاتفاقي، لحل الإشكالات القانونية الناشئة بين أطرافه أو مع الغير.

وحتى اتفاقية أوتاوا، رأينا كيف اقتضت أحكامها على نشأة العقد ونفاذه وبعض الالتزامات أو الآثار المترتبة عنه، بينما امتنعت عن الخوض في الأساليب القانونية لفض المنازعات، التي يمكن أن تطرح بمناسبة تنفيذ هذا العقد. ونرى أن اتفاقية أوتاوا بهذا التوجه، تركت مسألة تحديد هذه الأساليب القانونية للتشريعات الوطنية، التي تكون مختصة بفض النزاع، والتي تكون محاكمها الوطنية مختصة بذلك وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص.

وحسنا فعل المشرع الفرنسي، عندما اتجه إلى إنشاء حوالة دايلي كإطار قانوني أمثل لعقد تحويل الفاتورة، غير أن الفكرة القانونية لهذه الحوالة لم تنجح كما رأينا في استيعاب الفكرة الجوهرية للعقد، وهي تحصيل الحقوق التجارية.

مما يتعين معه على المشرع الجزائري أن يستفيد من تجربة المشرع الفرنسي، وينشأ تشريع قانوني خاص بالعقد؛ على أن يشمل هذا التشريع الخاص، ما يتلاءم وأحكام حوالة الحق والحلول الاتفاقي وحوالة دايلي، مع الفكرة الجوهرية للعقد، المتمثلة في تحصيل الحقوق

التجارية، وباقي الأفكار الأساسية المرتبطة بالخصوص بالصفة الائتمانية للعقد من جهة، والصفة التجارية من جهة ثانية.

☛ - نظم عقد تحويل الفاتورة في الجزائر لأول مرة، بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 08/93، المؤرخ في 1993/04/25 والمعدل للقانون التجاري، ثم صدر لاحقا المرسوم التنفيذي رقم 95-331، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة، ورغم أن المشرع الجزائري يعد من بين المشرعين القلائل الذي تصدوا لتنظيم هذا العقد، إلا أنه يؤخذ على هذا التشريع الذي جاء به المشرع الجزائري، وجود العديد من النقائص هذا من جهة.

حيث أنه و من جهة أخرى، طرح تساؤل في بداية هذه الدراسة، حول ما إذا كان عقد تحويل الفاتورة الذي جاء به المرسوم التشريعي رقم 08/93، المؤرخ في 1993/04/25 والمعدل للقانون التجاري، هو ورقة تجارية كما ذهب إليه المشرع الجزائري، أو هو عقد ائتمان يتعلق بشراء الحقوق التجارية.

من خلال تحليلنا لمضمون المرسوم التشريعي رقم 08/93، نقف على أن المشرع الجزائري قد اقتصر في تنظيمه لهذا العقد على خمسة مواد، وجعل تسميته عقد تحويل الفاتورة، وأخيرا جعل أطرافه كل من المنتمي والوسيط، وعلى هذا تكون توصيتنا في هذا المجال بالذات.

♦ أن خمسة مواد، لا تكفي بأي حال من الأحوال لتنظيم عقد مركب مثل عقد تحويل الفاتورة، الذي يستلزم نظام قانوني تشريعي خاص به كما وضعناه أعلاه.

♦ أن إدراج المشرع الجزائري هذا العقد ضمن الأوراق التجارية، هو الذي خلق لبس لدى بعض الفقه الوطني في اعتباره ورقة تجارية، وهو بعيد كل البعد أن يكون كذلك كما سبق وأن بينا ذلك، خاصة وأنه لا يتوفر على أهم شرط من الشروط المطلوبة في الورقة التجارية وهو التظهير.

مما يتعين معه التأكيد على الطبيعة العقدية للتصرف، وجعله في فصل مستقل عن الفصل المتعلق بالأوراق التجارية، أو إنشاء نظام قانوني خاص به مستقل عن القانون التجاري برمته.

♦ يتعين إعادة النظر كذلك في التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري للعقد، والأخذ بأحد التسميات التي اتفقت عليها باقي التشريعات العربية، أي الخيار بين تسمية عقد شراء الحقوق التجارية، أو عقد تحصيل وضمن الحقوق التجارية. ورغم العيوب المرتبطة بهاتين التسميات كما سبق وأن شرحنا، فإنه يبقى من الأحسن الأخذ بأحدهما لسببين رئيسيين:

أ- صعوبة الوصول إلى تسمية غير منقّدة.

ب- اتجاه الفكر التشريعي العربي إلى توحيد المصطلحات القانونية.

♦ كما يتعين إعادة النظر في التسميات التي جاء بها المشرع الجزائري لأطراف العقد، فهي تسميات حسب رأينا غريبة وغير مستساغة؛ فلا نجد أي معنى لتسمية المنتمي، كما أن مؤسسة الشراء ليست وسيطا بل هي طرفا أصيلا في العلاقة العقدية، ونرى من الأنسب استبدال مصطلح المنتمي بالعميل ومصطلح الوسيط بالوكيل الائتماني.

→ أما من حيث أهم الملاحظات التي يمكن تسجيلها حول مجمل الشروط والإجراءات التي جاء بها المشرع الجزائري لتأهيل الشركات محولة الفاتورة، وفق أحكام المرسوم التنفيذي 331/95 يمكن حصرها فيما يلي:

♦ يطرح التساؤل، حول المغزى من تجاوز المشرع الجزائري لصلاحيات مجلس النقد والقرض، المؤهل الوحيد قانونا باتخاذ جميع القرارات، المتعلقة بالترخيص بفتح البنوك والمؤسسات المالية وتعديل قوانينها الأساسية وسحب اعتمادها؛ وبما أن الشركات محولة الفاتورة تقوم بأعمال مصرفية بحتة، فكان يتعين إخضاعها لسلطة مجلس النقد والقرض في منح التأهيل أو سحبه، وليس للوزارة.

♦ أن المرسوم التنفيذي 331/95، أغفل التطرق للأحكام والشروط الشكلية الواجب توافرها في شركات تحويل الفاتورة الأجنبية، والتي ترغب في فتح فروع لها في الجزائر، خاصة فيما يتعلق بالهيكلية الإدارية لهذا الفرع ومدا ارتباط هذا الفرع بالمؤسسة الأم، وأسس تنظيم الرقابة والضوابط الداخلية المعتمدة في الفرع المزمع إنشاؤه.

♦ نصت المادة 08 من المرسوم المذكور أعلاه، أن طلب الحصول على التأهيل، يمكن أن يكون محل قرار مسبب بالرفض من طرف وزارة المالية، غير أنها لم تحدد المدة الزمنية

اللازمة، لصدور القرار بقبول منح التأهيل أو رفضه، كما لم تحدد إجراءات الطعن في قرار منح التأهيل، في حالة صدوره بالرفض.

وهي أمور يتعين أخذها بعين الاعتبار في أي تشريع قانوني خاص يصدر لاحقا، لتنظيم عقد تحويل الفاتورة.

☞ - بالنظر إلى الخدمات الجمة التي يمكن أن يقدمها عقد تحويل الفاتورة للاقتصاد الوطني، من خلال النهوض بالاستثمار وتحسين الظروف الاقتصادية للمنشآت التجارية، عن طريق تعجيل حقوقها على عملائها، وتخفيفها من الأعباء الإدارية والمالية للتحصيل وإدارة الحسابات، مما يتيح لها التفرغ للإدارة الفنية وترك باقي الأعباء لمؤسسة تحويل الفاتورة.

نظرا لكل هذه المزايا، فإن حجم رقم أعمال مؤسسات تحويل الفاتورة يرتفع سنة بعد سنة. فعلى سبيل المثال بلغ حجم رقم أعمال مؤسسة (FCI) Factors Chain International، وهي مؤسسة شراء حقوق أمريكية، سنة 1991 حوالي 266 مليار دولار أمريكي وهو رقم مهول؛ ولعلنا نتصور عشرات أو مئات المؤسسات الصغرى والمتوسطة، التي انتعشت واستمرت في الإنتاج، بفضل شراء حقوقها التجارية لدى الغير، من طرف هذه المؤسسة المالية الضخمة. ونحن في الجزائر، في أمس الحاجة لمثل هذه المؤسسات المالية، لأجل دعم الاستثمار الوطني وحماية المؤسسات الصغرى والمتوسطة التي تشكل العمود الفقري لأي اقتصاد وطني. غير أنه ومن المؤسف أنه و بعد مرور أكثر من خمسة عشر سنة، من ظهور أول تنظيم تشريعي لعقد تحويل الفاتورة بالجزائر، لم نشهد بروز أي مؤسسة متخصصة في هذا المجال.

لذلك نقترح و كبداية إنشاء فروع في البنوك الجزائرية، مرتبطة مع إحدى المجموعات الدولية لشراء الحقوق، على أن يتطور هذا الفرع مع الوقت إلى مؤسسة مالية، تأخذ شكل شركة مساهمة ذات رأسمال اجتماعي مهم، ومتكونة من أسهم تتقاسمها بنسبة كبيرة البنوك الوطنية، وبنسبة أقل يمكن طرح بعض الأسهم للتداول الدولي. وهذا بالنظر إلى الطابع الدولي للعقد في العديد من الأحيان من جهة، وللاستفادة من تجارب المؤسسات المالية الأجنبية من جهة أخرى.

☞ - عند دراستنا لآلية توريق الديون المصرفية، في الفصل الثالث من الباب الثاني من بحثنا هذا، وقفنا على أن المشرع الجزائري، أصبغ الصفة المصرفية على شركات تحويل الفاتورة؛

وهي الصفة التي يمكن تبينها بوضوح بالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 95-331، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة.

وبما أنها مؤسسة تحويل الفاتورة، ذات طابع مالي أو مصرفي، وأن شراءها لحقوق المنتمي يأخذ شكل الائتمان من خلال الاعتماد المفتوح من الوسيط للمنتمي؛ فإنه من الناحية القانونية والواقعية، لا يوجد ما يمنع لجوء مؤسسات تحويل الفاتورة للتنازل عن الحقوق المحولة لها من المنتمي لشركات التوريق، وقيام هذه الأخيرة بتحويل هذه الحقوق إلى أوراق مالية وطرحها للاكتتاب العام في سوق الأوراق المالية.

لإنجاح عمليات التوريق المصرفي كأداة استثمارية داعمة للاقتصاد الوطني، يتعين على المشرع الجزائري، إزالة كافة الحواجز التي وضعها في وجه عمل هذه الآلية، وهي العراقيل والحواجز التي تظهر من خلال تبنيه أقصى درجات التشدد في حصر نظام التوريق في القروض الممنوحة في إطار تمويل السكن، دون غيرها من الأصول التي يمكن أن تكون محلا لهذه العملية.

وعليه، وللاستفادة الكاملة من دمج نظام تحويل الفاتورة، ونظام التوريق المصرفي، يتعين إدخال تعديلات جوهرية على أحكام قانون 06-05 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بتوريق القروض الرهنية، وذلك من خلال معالجة الإشكالات التالية:

♦ إلغاء أو تعديل مجمل أحكام قانون 06-05 المتعلق بتوريق القروض الرهنية: على أن يكون أول شيء يتم تعديله هو تسمية القانون نفسه، بإزالة عبارة القروض الرهنية، والاستعاضة عنها بعبارة القروض المالية.

♦ تخلي المشرع الجزائري، على التشدد في حصر نظام التوريق في القروض الممنوحة في إطار تمويل السكن، دون غيرها من الأصول التي يمكن أن تكون محلا لهذه العملية، أخذا بموقف المشرع الفرنسي، الذي توسع في مد نطاق عملية التوريق حتى أصبحت تشمل كافة الحقوق التجارية، دون تطلب أي شروط محددة، بموجب التعديل الصادر بموجب القانون 98-546 المؤرخ في 2 جويلية 1998، للائحة التنفيذية 89-158.

♦ يتعين على المشرع الجزائري، أن يترك تحديد هذه الأصول للتنظيم وليس للقانون، وهذا حتى يسهل له إضافة أصول أخرى، بتعديل هذا التنظيم بإجراءات بسيطة، على عكس تعديل القانون التي يتطلب إجراءات طويلة و معقدة.

♦ يتعين على المشرع الجزائري إبعاد الأصول صعبة التحصيل من عملية التوريق، وخاصة الأصول المترتبة عن الديون المعدومة، وإجبار مؤسسة التوريق على توفير قدر من الحماية للمكتبتين أو المستثمرين، وذلك باختيار الأصول ذات الجودة العالية.

♦ السماح لكل المؤسسات المالية والمصرفية، بما فيها مؤسسات تحويل الفاتورة، ببيع حقوقها أو أصولها المحولة لها من التجار، لمؤسسة التوريق؛ حتى تتمكن من استرجاع وتحسين سيولتها النقدية، وعدم انتظار حلول أجل الفواتير التي اشترتها من عند هؤلاء التجار.

♦ تعديل بعض التشريعات التي تحكم بورصة القيم المنقولة، لاسيما المرسوم التشريعي 93-10، المتضمن بورصة القيم المنقولة، وهذا من خلال السماح لمؤسسات التوريق، بإصدار الأسهم والسندات المالية، وطرحها للاكتتاب في البورصة.

♦ ضرورة تعديل بعض أحكام قانون الإفلاس، بحيث تتمتع مؤسسة التوريق، بكيان قانوني منفصل عن كيان المؤسسة المصرفية المتنازلة، وبالتالي فإن الأصول المحولة إلى مؤسسة التوريق تخرج تلقائيا من الضمان العام لمؤسسة تحويل الفاتورة، ومن ثمة تكون هذه الأصول في معزل عن مخاطر الائتمان الممنوح للمؤسسة المنشئة أو المتنازلة.

♦ لضمان ذلك فإن عملية نقل هذه الأصول، يجب أن تتم على أساس أنها تشكل بيع حقيقيا، بحيث تشطب هذه الأصول من ميزانية مؤسسة تحويل الفاتورة أو المؤسسة المتنازلة أو المنشئة.

✍️ تم بعون الله.

الملاحق

Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988)

LES ETATS PARTIES A LA PRESENTE CONVENTION,

CONSCIENTS du fait que l'affacturage international a une fonction importante à remplir dans le développement du commerce international,

RECONNAISSANT en conséquence l'importance d'adopter des règles uniformes établissant un cadre juridique qui facilitera l'affacturage international et de veiller à l'équilibre entre les intérêts des différentes parties à l'opération d'affacturage,

SONT CONVENUS de ce qui suit:

CHAPITRE I - CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GENERALES

Article premier

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

2. - Au sens de la présente Convention, on entend par "contrat d'affacturage" un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage, ci-après dénommée le cessionnaire) en vertu duquel:

a) le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique;

b) le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes:

- le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé;

- la tenue des comptes relatifs aux créances;

- l'encaissement de créances;

- la protection contre la défaillance des débiteurs;

c) la cession des créances doit être notifiée aux débiteurs.

3. - Dans la présente Convention, les dispositions qui s'appliquent aux marchandises et à leur vente s'appliquent également aux services et à leur prestation.

4. - Aux fins de la présente Convention:

- a) une notification par écrit n'a pas besoin d'être signée, mais doit indiquer par qui ou au nom de qui elle est faite;
- b) une "notification par écrit" comprend également les télégrammes, les télex ainsi que tout autre moyen de télécommunication de nature à laisser une trace matérielle;
- c) une notification par écrit est donnée lorsqu'elle est reçue par le destinataire.

Article 2

1. - La présente Convention s'applique lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des Etats différents et que:

- a) ces Etats ainsi que l'Etat où le cessionnaire a son établissement sont des Etats contractants; ou
- b) que le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un Etat contractant.

2. - L'établissement auquel il est fait référence dans la présente Convention désigne, si l'une des parties a plus d'un établissement, l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat en question et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion de ce contrat.

Article 3

1. - L'application de la présente Convention peut être exclue:

- a) par les parties au contrat d'affacturage; ou
- b) par les parties au contrat de vente de marchandises à l'égard des créances nées soit au moment soit après que la notification par écrit de cette exclusion a été faite au cessionnaire

2. - Lorsque l'application de la présente Convention est exclue conformément au paragraphe précédent, cette exclusion ne peut porter que sur l'ensemble de la Convention

Article 4

1. - Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son objet, de ses buts tels qu'ils sont énoncés dans son préambule, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

2. - Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

CHAPITRE II - DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

Article 5

Dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage:

- a) une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance elles sont déterminables;
- b) une clause du contrat d'affacturage en vertu de laquelle des créances futures sont cédées opère leur transfert au cessionnaire dès leur naissance, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert

Article 6

1. - La cession de la créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession.
2. - Toutefois, ladite cession n'a pas d'effet à l'égard du débiteur qui, lors de la conclusion du contrat de vente de marchandises, a son établissement dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article 18 de la présente Convention.
3. - Les dispositions du paragraphe 1 ne portent pas atteinte à toute obligation de bonne foi qui incombe au fournisseur envers le débiteur ou à toute responsabilité du fournisseur à l'égard du débiteur du chef d'une cession réalisée en contravention des termes du contrat de vente de marchandises.

Article 7

Dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage, le contrat peut valablement prévoir le transfert, directement ou par un nouvel acte, de tout ou partie des droits du fournisseur provenant de la vente de marchandises, y compris le bénéfice de toute disposition du contrat de vente de marchandises réservant au fournisseur la propriété des marchandises ou lui conférant toute autre garantie.

Article 8

1. - Le débiteur est tenu de payer le cessionnaire s'il n'a pas eu connaissance d'un droit préférable et si la notification par écrit de la cession:
 - a) a été donnée au débiteur par le fournisseur ou par le cessionnaire en vertu d'un pouvoir conféré par le fournisseur;
 - b) précise de façon suffisante les créances cédées et le cessionnaire à qui ou pour le compte de qui le débiteur doit faire le paiement; et
 - c) concerne des créances qui naissent d'un contrat de vente de marchandises qui a été conclu soit avant soit au moment où la notification est donnée.
2. - Le paiement par le débiteur au cessionnaire est libératoire s'il est fait conformément au paragraphe précédent, sans préjudice de toute autre forme de paiement également libératoire.

Article 9

1. - Au cas où le cessionnaire forme contre lui une demande en paiement d'une créance résultant du contrat de vente de marchandises, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire tous les moyens de défense dérivant du contrat qu'il aurait pu opposer si la demande avait été faite par le fournisseur.

2. - Le débiteur peut aussi exercer contre le cessionnaire tout droit à compensation relatif à des droits ou actions existants contre le fournisseur en faveur duquel la créance est née, et qu'il peut invoquer à l'époque où la notification par écrit de la cession a été donnée conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 8.

Article 10

1. - Sans préjudice des droits conférés au débiteur par l'article 9, l'inexécution ou l'exécution défectueuse ou tardive du contrat de vente de marchandises ne permet pas au débiteur de recouvrer le paiement qu'il a fait au cessionnaire, s'il dispose d'un recours en répétition des sommes payées au fournisseur.

2. - Néanmoins, le débiteur qui dispose d'un tel recours contre le fournisseur peut recouvrer le paiement qu'il a fait au cessionnaire dans la mesure où:

a) le cessionnaire ne s'est pas acquitté de son obligation de payer au fournisseur les créances cédées; ou

b) le cessionnaire a payé à un moment où il avait connaissance de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse ou tardive par le fournisseur du contrat de vente ayant trait aux marchandises dont il a reçu paiement du débiteur.

CHAPITRE III - CESSIONS SUCCESSIVES

Article 11

1. - Lorsqu'une créance est cédée par un fournisseur à un cessionnaire en vertu d'un contrat d'affacturage régi par la présente Convention:

a) sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, les règles énoncées dans les articles 5 à 10 s'appliquent à toute cession successive de la créance par le cessionnaire ou par un cessionnaire successif;

b) les dispositions des articles 8 à 10 s'appliquent comme si le cessionnaire successif était l'entreprise d'affacturage.

2. - Aux fins de la présente Convention, la notification au débiteur de la cession successive constitue également notification de la cession à l'entreprise d'affacturage.

Article 12

La présente Convention ne s'applique pas à une cession successive interdite par le contrat d'affacturage.

CHAPITRE IV - DISPOSITIONS FINALES

Article 13

1. - La présente Convention sera ouverte à la signature à la séance de clôture de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de Conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international et restera ouverte à la signature de tous les Etats à Ottawa jusqu'au 31 décembre 1990.
2. - La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les Etats qui l'ont signée.
3. - La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les Etats qui ne sont pas signataires, à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.
4. - La ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion s'effectuent par le dépôt d'un instrument en bonne et due forme à cet effet auprès du dépositaire.

Article 14

1. - La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date du dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.
2. - Pour tout Etat qui ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la Convention entre en vigueur à l'égard de cet Etat le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

Article 15

La présente Convention ne prévaut pas sur un traité déjà conclu ou à conclure.

Article 16

1. - Tout Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration par une nouvelle déclaration.
2. - Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. - Si en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un Etat contractant, mais non pas à toutes et si l'établissement d'une partie est situé dans cet Etat, cet établissement sera considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un Etat contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. - Si un Etat contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 17

1. - Deux ou plusieurs Etats contractants qui, dans des matières régies par la présente Convention, appliquent des règles juridiques identiques ou voisines peuvent, à tout moment, déclarer que la Convention ne s'applique pas lorsque le fournisseur, le cessionnaire et le débiteur ont leur établissement dans ces Etats. De telles déclarations peuvent être faites conjointement ou être unilatérales et réciproques.

2. - Tout Etat contractant qui, dans des matières régies par la présente Convention, applique des règles juridiques identiques ou voisines de celles d'un ou de plusieurs Etats non contractants peut, à tout moment, déclarer que la Convention ne s'applique pas lorsque le fournisseur, le cessionnaire et le débiteur ont leur établissement dans ces Etats.

3. - Lorsqu'un Etat à l'égard duquel une déclaration a été faite en vertu du paragraphe précédent devient par la suite un Etat contractant, la déclaration mentionnée aura, à partir de la date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur à l'égard de ce nouvel Etat contractant, les effets d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 1, à condition que le nouvel Etat contractant s'y associe ou fasse une déclaration unilatérale à titre réciproque.

Article 18

Un Etat contractant peut à tout moment déclarer, conformément au paragraphe 2 de l'article 6, qu'une cession en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 n'a pas d'effet à l'égard du débiteur qui, lors de la conclusion du contrat de vente de marchandises, a son établissement dans cet Etat.

Article 19

1. - Les déclarations faites en vertu de la présente Convention lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. - Les déclarations, et la confirmation des déclarations, seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. - Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'Etat déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois à compter de la date de leur réception par le dépositaire. Les déclarations unilatérales et réciproques faites en vertu de l'article 17, prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de la réception de la dernière déclaration par le dépositaire.

4. - Tout Etat qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la retirer par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. - Le retrait d'une déclaration faite en vertu de l'article 17 rendra caduque, à l'égard de l'Etat qui a fait le retrait, à partir de la date de sa prise d'effet, toute déclaration conjointe ou unilatérale et réciproque faite par un autre Etat en vertu de ce même article.

Article 20

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Article 21

La présente Convention s'applique lorsque des créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de marchandises conclu après l'entrée en vigueur de la Convention dans les États contractants visés à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 2, ou dans l'Etat ou les Etats contractants visés à l'alinéa b) du paragraphe 1 dudit article, à condition que:

- a) le contrat d'affacturage soit conclu après cette date; ou que
- b) les parties au contrat d'affacturage soient convenues que la Convention s'applique.

Article 22

1. - La présente Convention peut être dénoncée par l'un quelconque des Etats contractants à tout moment à compter de la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de cet Etat.

2. - La dénonciation s'effectue par le dépôt d'un instrument à cet effet auprès du dépositaire.

3. - La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date du dépôt de l'instrument de dénonciation auprès du dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans l'instrument de dénonciation, celle-ci prend effet à l'expiration de la période en question après le dépôt de l'instrument de dénonciation auprès du dépositaire.

Article 23

1. - La présente Convention sera déposée auprès du Gouvernement du Canada.

2. - Le Gouvernement du Canada:

a) informe tous les Etats qui ont signé la présente Convention ou qui y ont adhéré et le Président de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit):

i) de toute signature nouvelle ou de tout dépôt d'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et de la date à laquelle cette signature ou ce dépôt sont intervenus;

- ii) de toute déclaration, effectuée en vertu des articles 16, 17 et 18;
 - iii) du retrait de toute déclaration, effectué en vertu du paragraphe 4 de l'article 19;
 - iv) de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention;
 - v) du dépôt de tout instrument de dénonciation de la présente Convention, ainsi que de la date à laquelle ce dépôt est intervenu et de la date à laquelle la dénonciation prend effet;
- b) transmet des copies certifiées de la présente Convention à tous les Etats signataires et à tous les Etats qui y adhèrent, et au Président de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit).

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

FAIT à Ottawa, le vingt-huit mai mil neuf cent quatre-vingt-huit, en un seul original, dont les textes anglais et français sont également authentiques.

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

PRÉAMBULE

Les États contractants, Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,
Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable à la cession de créances constituent un obstacle au commerce international,
Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative aux cessions de créances tout en préservant les pratiques de cession actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,
Souhaitant aussi dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances,
Estimant que l'adoption de règles uniformes régissant la cession de créances favoriserait l'offre de capitaux et de crédit à des taux plus favorables et faciliterait ainsi le développement du commerce international,
Sont convenus de ce qui suit :

CHAPITRE PREMIER CHAMP D'APPLICATION

Article premier Champ d'application

1. La présente Convention s'applique :
 - a) Aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un État contractant ; et
 - b) Aux cessions subséquentes, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention.
2. La présente Convention s'applique à une cession subséquente qui satisfait aux critères de l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article, même si elle ne s'appliquait pas à une cession antérieure de la même créance.
3. La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur à moins qu'à la date de la conclusion du contrat initial ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État contractant.
4. Les dispositions du chapitre V s'appliquent aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre indépendamment des paragraphes 1 à 3 du présent article. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une

déclaration au titre de l'article 39.

5. L'annexe de la présente Convention s'applique comme il est prévu à l'article 42.

Article 2 Cession de créances

Aux fins de la présente Convention :

- a) Le terme «cession» désigne le transfert qu'effectué par convention une personne («cédant») à une autre personne («cessionnaire») de la totalité, d'une fraction ou d'une part indivise du droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent («créance») due par une troisième personne («débiteur»). La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme un transfert ;
- b) En cas de cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire («cession subséquente»), la personne qui effectue cette cession est le cédant et la personne à qui cette cession est effectuée est le cessionnaire.

Article 3 Internationalité

Une créance est internationale si, à la date de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents.

Article 4 Exclusions et autres limitations

1. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions effectuées :
 - a) À un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques ;
 - b) Dans le cadre de la vente de l'entreprise commerciale à laquelle sont attachées les créances cédées ou de la modification de son régime de propriété ou de son statut juridique.
2. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions de créances nées :
 - a) D'opérations sur un marché boursier réglementé ;
 - b) De contrats financiers régis par des conventions de compensation, sauf dans le cas d'une créance due après la liquidation de toutes les opérations ;
 - c) D'opérations de change ;
 - d) De systèmes de paiement interbancaire, d'accords de paiement interbancaire ou de systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers ;
 - e) Du transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou de la vente, du prêt, de la détention ou d'une convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments ;
 - f) De dépôts bancaires ;
 - g) D'une lettre de crédit ou d'une garantie indépendante.

3. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les droits et obligations d'une personne en vertu du droit régissant les instruments négociables.

4. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les droits et obligations du cédant et du débiteur en vertu des lois particulières régissant la protection des parties aux opérations effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

5. Aucune disposition de la présente Convention :

a) N'a d'incidences sur l'application de la loi d'un État où est situé un immeuble :

i) À un droit réel sur cet immeuble dans la mesure où, en vertu de cette loi, la cession d'une créance confère un tel droit ; ou

ii) À la priorité d'un droit sur une créance dans la mesure où, en vertu de cette loi, celui-ci est conféré par un droit réel sur l'immeuble ; ou

b) Ne rend licite l'acquisition d'un droit réel immobilier, si elle n'est pas autorisée par la loi de l'État où est situé l'immeuble.

CHAPITRE II DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 5 Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente Convention :

a) Le terme « contrat initial » désigne le contrat entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée ;

b) Le terme « créance existante » désigne une créance qui naît avant ou à la date de la conclusion du contrat de cession et le terme « créance future » désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession ;

c) Le terme « écrit » désigne toute forme d'information accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure. Lorsque la présente Convention exige qu'un écrit soit signé, cette exigence est satisfaite si, par des méthodes généralement acceptées ou suivant une procédure agréée par la personne dont la signature est requise, l'écrit identifie cette personne et indique qu'elle en approuve le contenu ;

d) Le terme « notification de la cession » désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire ;

e) Le terme « administrateur de l'insolvabilité » désigne une personne ou un organisme, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs ou des activités du cédant ;

f) Le terme « procédure d'insolvabilité » désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les actifs et les activités du cédant sont soumis à contrôle ou supervision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente aux fins de redressement ou de liquidation ;

g) Le terme « priorité » désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur

le droit d'une autre personne et détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit d'un droit personnel ou réel, s'il a été ou non créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation et si les mesures nécessaires pour qu'il produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent ont été prises ;

h) Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ;

i) Le terme «loi» désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé ;

j) Le terme «produit» désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel quelle qu'en soit la forme. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n'inclut pas les biens meubles corporels restitués ;

k) Le terme «contrat financier» désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus ;

1) Le terme «convention de compensation globale» désigne une convention entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes :

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement ;

ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre ; ou

iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii) précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus ;

m) Le terme «réclamant concurrent» désigne :

i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris une personne qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale ;

ii) Un créancier du cédant ; ou

iii) L'administrateur de l'insolvabilité.

Article 6 Autonomie des parties

Sous réserve de l'article 19, le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent, par convention, déroger aux dispositions de la présente Convention relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Article 7 Principes d'interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son objet et de son but tels qu'énoncés dans le préambule, de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'application uniforme, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.
2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.

CHAPITRE III EFFETS DE LA CESSION

Article 8 Efficacité des cessions

1. Une cession n'est pas dépourvue d'effet entre le cédant et le cessionnaire, ou à l'égard du débiteur ou d'un réclamant concurrent, et le droit d'un cessionnaire ne peut être privé de son rang de priorité, au motif qu'il s'agit de la cession de plus d'une créance, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances, si ces créances sont désignées :
 - a) Individuellement en tant que créances faisant l'objet de la cession ; ou
 - b) De toute autre manière, à condition qu'elles soient identifiables à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession.
2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.
3. Sous réserve de ce qui est énoncé au paragraphe 1 du présent article, à l'article 9 et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 10, la présente Convention n'a pas d'incidences sur toute limitation prévue par la loi au droit d'effectuer une cession.

Article 9 Limitations contractuelles de la cession

1. La cession d'une créance a effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.
2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la

responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

3. Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances :

- a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles ;
- b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale ;
- c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit ; ou
- d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

Article 10 Transfert de sûretés

1. Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est transférée au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert. Si, en vertu de la loi régissant la sûreté, celle-ci est transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert, le cédant a l'obligation de la transférer, ainsi que son produit, au cessionnaire.
2. Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée est transférée en vertu du paragraphe 1 du présent article nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur ou une autre personne ayant constitué la sûreté, qui limite d'une manière quelconque le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté en garantissant le paiement.
3. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.
4. Les paragraphes 2 et 3 du présent article s'appliquent uniquement aux cessions de créances :
 - a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles ;
 - b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle

- ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale ;
- c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit ; ou
- d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation globale regroupant plus de deux parties.
5. Le transfert d'une sûreté réelle avec dépossession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne ayant constitué la sûreté sur le bien transféré en vertu de la loi régissant cette sûreté.
6. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente Convention, relatives à la forme ou à l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée.

CHAPITRE IV DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

Section I Cédant et cessionnaire

Article 11 Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées.
2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.
3. Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés aux fins de la cession à tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à ce type particulier de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de créances.

Article 12 Garanties dues par le cédant

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que :
 - a) Il a le droit de céder la créance ;
 - b) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire ; et
 - c) Le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation.

2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur peut ou pourra payer.

Article 13

Droit de notifier la cession au débiteur

1. Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions.

2. Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée au paragraphe 1 du présent article, ne sont pas invalidées aux fins de l'article 17 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Article 14

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

1. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée :

a) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance ;

b) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée ; et

c) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.

2. Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

Section II

Débiteur

Article 15

Principe de protection du débiteur

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention et à moins que le débiteur n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial.

2. Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne :

- a) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial ; ou
- b) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur est situé.

Article 16

Notification de la cession au débiteur

1. Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial.

2. La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification.

3. La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Article 17

Paiement libératoire du débiteur

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

2. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 3 à 8 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

3. S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement.

4. S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.

5. S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.

6. S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé.

7. S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées ; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu.

8. Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Article 18

Exceptions et droits à compensation du débiteur

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant.
2. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession.
3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, les exceptions et droits à compensation que le débiteur peut, en vertu des articles 9 ou 10, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire.

Article 19

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

1. Le débiteur peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 18. Une telle convention empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation.
2. Le débiteur ne peut renoncer à invoquer :
 - a) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire ; ou
 - b) Les exceptions fondées sur son incapacité.
3. Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application du paragraphe 2 de l'article 20.

Article 20

Modification du contrat initial

1. Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants.

2. Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf :

a) Si celui-ci y consent ; ou

b) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat.

3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Article 21

Recouvrement des paiements

La non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

Section III

Tiers

Article 22

Loi applicable aux droits concurrents

À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 23 et 24, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent.

Article 23

Ordre public et règles impératives

1. L'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant peut être refusée uniquement si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

2. Les règles de la loi de l'État du for ou de tout autre État qui sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs ne peuvent faire obstacle à l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.

3. Nonobstant le paragraphe 2 du présent article, dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est accordé par la loi de l'État du for et qui se voit donner la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité

nonobstant l'article 22. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.

Article 24 Règles spéciales relatives au produit

1. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cessionnaire, ce dernier a le droit de le conserver dans la mesure où son droit sur la créance cédée avait la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la même créance.
2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, le droit du cessionnaire sur ce produit a la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent, de la même manière que le droit du cessionnaire avait la priorité sur le droit dudit réclamant sur la créance cédée si :
 - a) Le cédant a reçu le produit et le détient sur instructions du cessionnaire pour le compte de ce dernier ; et
 - b) Le produit est détenu séparément par le cédant pour le compte du cessionnaire et est raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant, par exemple dans un compte de dépôt ou de valeurs mobilières distinct contenant uniquement un produit composé d'espèces ou de valeurs mobilières.
3. Rien dans le paragraphe 2 du présent article n'a d'incidences sur la priorité d'une personne ayant sur le produit un droit à compensation ou un droit créé par convention et ne découlant pas d'un droit sur la créance.

Article 25 Renonciation

Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout cessionnaire existant ou futur.

CHAPITRE V AUTRES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

Article 26 Application du chapitre V

- Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux questions :
- a) Qui entrent dans le champ d'application de la présente Convention comme prévu au paragraphe 4 de l'article premier ; et
 - b) Qui entrent par ailleurs dans le champ d'application mais ne sont pas réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention.

Article 27 Forme du contrat de cession

1. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui sont situées dans un même État est valable entre elles quant à la forme s'il satisfait aux conditions de

la loi qui le régit ou de la loi de l'État dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui sont situées dans des États différents est valable entre elles quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui le régit ou de la loi de l'un de ces États.

Article 28

Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont régis par la loi qu'ils ont choisie.

2. Si le cédant et le cessionnaire n'ont pas choisi de loi, leurs droits et obligations réciproques découlant de leur convention sont régis par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit.

Article 29

Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur

La loi régissant le contrat initial détermine l'efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et détermine également si le débiteur est libéré de ses obligations.

Article 30

Loi applicable à la priorité

1. La loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent.

2. Les règles de la loi de l'État du for ou de tout autre État qui sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs ne peuvent faire obstacle à l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.

3. Nonobstant le paragraphe 2 du présent article, dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est accordé par la loi de l'État du for et qui se voit donner la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant le paragraphe 1 du présent article.

Article 31

Règles impératives

1. Rien dans les articles 27 à 29 ne limite l'application des règles de la loi de l'État du for lorsqu'elles sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

2. Rien dans les articles 27 à 29 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions réglées dans lesdits articles ont une relation étroite si et dans la mesure où, en vertu de la loi de cet autre État, ces règles doivent être appliquées quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

Article 32
Ordre public

Pour ce qui est des questions réglées par le présent chapitre, l'application d'une disposition de la loi spécifiée dans le présent chapitre peut être refusée uniquement si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

CHAPITRE VI
CLAUSES FINALES

Article 33
Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention.

Article 34
Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion

1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au 31 décembre 2003.
2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.
3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États non signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.
4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation et d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 35
Application aux unités territoriales

1. Si un État comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, cet État peut à tout moment déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.
2. Ces déclarations doivent désigner expressément les unités territoriales auxquelles la présente Convention s'applique.
3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un État et si le cédant ou le débiteur sont situés dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ils sont considérés comme n'étant pas situés dans un État contractant.
4. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un État

et si la loi régissant le contrat initial est la loi en vigueur dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, la loi régissant le contrat initial est considérée comme n'étant pas la loi d'un État contractant.

5. Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à toutes les unités territoriales de cet État.

Article 36

Lieu de situation dans le cas d'unités territoriales

Si une personne est située dans un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, cette personne est située dans l'unité territoriale dans laquelle elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'une unité territoriale, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'une unité territoriale, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu. Un État qui comprend deux unités territoriales ou plus peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant où est située une personne dans cet État.

Article 37

Loi applicable dans les unités territoriales

Toute référence dans la présente Convention à la loi d'un État, dans le cas d'un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, est considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant la loi applicable, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État.

Article 38

Conflits avec d'autres accords internationaux

1. La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure, régissant spécifiquement une opération qui serait sinon couverte par la présente Convention.
2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international («la Convention d'Ottawa»). Dans la mesure où la présente Convention ne s'applique pas aux droits et obligations d'un débiteur, elle n'exclut pas l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est des droits et obligations de ce débiteur.

Article 39

Déclaration sur l'application du chapitre V

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

Article 40
Limitations concernant les personnes publiques

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié ou dans quelle mesure il ne sera pas lié par les articles 9 et 10 si le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité ou une institution ayant une mission d'intérêt public. Si un État a fait une telle déclaration, les articles 9 et 10 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne. Un État peut énumérer dans une déclaration les types d'institution qui font l'objet de la déclaration.

Article 41
Autres exclusions

1. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à des types particuliers de cession ou à la cession de catégories particulières de créance clairement décrites dans une déclaration.
2. Après qu'une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article a pris effet :
 - a) La présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créance si le cédant est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat de cession ; et
 - b) Les dispositions de la présente Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, à la date de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans cet État ou la loi régissant le contrat initial est la loi de cet État.
3. Le présent article ne s'applique pas aux cessions de créances énumérées au paragraphe 3 de l'article 9.

Article 42
Application de l'annexe

1. Un État peut à tout moment déclarer :
 - a) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en vertu de la section II de l'annexe ;
 - b) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à ces règles en utilisant un système d'enregistrement permettant d'en atteindre les objectifs, auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, un enregistrement effectué en application d'un tel système aura le même effet qu'un enregistrement effectué en vertu de la section II de l'annexe ;
 - c) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section III de l'annexe ;
 - d) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section IV de l'annexe ;ou
 - e) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées aux articles 7 et 9 de

l'annexe.

2. Aux fins de l'article 22 :

a) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa a) ou b) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section I de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article ;

b) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article ;

c) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section IV de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article ; et

d) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa e) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble des règles énoncées aux articles 7 et 9 de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article.

3. Un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut établir des règles en vertu desquelles, compte tenu d'un délai raisonnable, les contrats de cession conclus avant que la déclaration prenne effet sont soumises à de telles règles.

4. Un État qui n'a pas fait de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut, conformément aux règles de priorité qui sont en vigueur dans cet État, utiliser le système d'enregistrement établi en vertu de la section II de l'annexe.

5. Au moment où il fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ou après cette déclaration, un État peut déclarer :

a) Qu'il n'appliquera pas les règles de priorité choisies en vertu du paragraphe 1 du présent article à certains types de cession ou à la cession de certaines catégories de créance ; ou

b) Qu'il appliquera ces règles de priorité avec les modifications spécifiées dans ladite déclaration.

6. À la demande d'États contractants ou d'États signataires représentant au moins un tiers des États contractants et des États signataires, le depositaire convoque une conférence des États contractants et des États signataires pour désigner l'autorité de supervision et le premier conservateur du registre et pour élaborer ou réviser le règlement mentionné à la section II de l'annexe.

Article 43

Effet des déclarations

1- Les déclarations faites en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 au moment de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et les confirmations de déclarations seront faites par écrit

et formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Un État qui fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 peut la retirer à tout moment par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'applicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe :

a) Sous réserve de l'alinéa b) du présent paragraphe, cette règle est applicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur s'applique uniquement dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

6. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'inapplicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe :

a) Sous réserve de l'alinéa b) du présent paragraphe, cette règle est inapplicable aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur est inapplicable dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

7. Si une règle qui est rendue applicable ou inapplicable en raison d'une déclaration visée aux paragraphes 5 ou 6 du présent article ou de son retrait est pertinente pour la détermination de la priorité concernant une créance faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant que la déclaration ou son retrait prenne effet ou concernant le produit de cette créance, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent de la même

façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité avant qu'une telle déclaration ou son retrait prenne effet.

Article 44 Réserves

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Article 45 Entrée en vigueur

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.
2. Pour tout État qui deviendra État contractant à la présente Convention après la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit État.
3. La présente Convention s'applique uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date de son entrée en vigueur à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur s'appliquent uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.
4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en l'absence de la présente Convention.

Article 46 Dénonciation

1. Un État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au depositaire.
2. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le depositaire. Lorsqu'un délai plus long est spécifié dans la notification, la

dénonciation prend effet à expiration du délai en question à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire.

3. La présente Convention demeure applicable aux cessions faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur demeurent applicables uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en vertu de la présente Convention.

Article 47

Révision et amendements

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la présente Convention telle qu'elle aura été amendée.

ANNEXE DE LA CONVENTION

Section I

Règles de priorité fondées sur l'enregistrement

Article premier

Priorité entre plusieurs cessionnaires

Entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les données relatives à la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quelle que soit la date de transfert de la créance. Si aucune donnée n'a été enregistrée, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

Article 2

Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant un tel droit, si la créance a été cédée et si les données relatives à la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Section II Enregistrement

Article 3 Création d'un système d'enregistrement

Il sera créé, en vertu du règlement devant être promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision, un système d'enregistrement des données relatives aux cessions, même si la cession ou la créance concernée n'est pas internationale. Le règlement promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision en vertu de la présente annexe est conforme à cette dernière. Il prescrira dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionnera, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement.

Article 4 Enregistrement

1. Toute personne peut enregistrer des données relatives à une cession dans le registre conformément à la présente annexe et au règlement. Comme prévu dans le règlement, les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire et incluent une description succincte des créances cédées.
2. Un même enregistrement peut porter sur une ou plusieurs cessions effectuées par le cédant au cessionnaire d'une ou plusieurs créances existantes ou futures, que ces créances existent ou non au moment de l'enregistrement.
3. Un enregistrement peut être effectué avant la cession à laquelle il se rapporte. Le règlement établira la procédure d'annulation d'un enregistrement si la cession n'est pas effectuée.
4. L'enregistrement ou sa modification produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 du présent article sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans le règlement, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, un enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans.
5. Le règlement spécifiera la manière dont l'enregistrement peut être renouvelé, modifié ou annulé et régira toute autre question afférente au fonctionnement du système d'enregistrement.
6. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant qui empêcherait une recherche faite à partir d'une identification correcte dudit cédant d'aboutir aux données enregistrées prive d'effet l'enregistrement.

Article 5
Recherches dans le registre

1. Toute personne peut faire une recherche dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément au règlement, et obtenir le résultat de cette recherche par écrit.
2. Le résultat écrit d'une recherche qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste l'enregistrement des données sur lesquelles porte la recherche, notamment la date et l'heure de l'enregistrement.

Section III
Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession

Article 6
Priorité entre plusieurs cessionnaires

Entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

Article 7
Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Article 8
Preuve de la date du contrat de cession

Pour ce qui des articles 6 et 7 de la présente annexe, la date de la conclusion d'un contrat de cession peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins.

Section IV Règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession

Article 9
Priorité entre plusieurs cessionnaires

Entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les notifications des différentes cessions ont été reçues par le débiteur. Cependant, un

cessionnaire ne peut, en adressant une notification au débiteur, obtenir la priorité sur une cession antérieure dont il avait connaissance à la date de la conclusion du contrat de cession à son profit.

Article 10

Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée et la notification a été effectuée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

FAIT À New York, ce 12e jour de décembre de l'an deux mille un, en un seul exemplaire original, dont les versions anglaise, arabe, chinoise, espagnole, française et russe font également foi.

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

قائمة المراجع

المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

I- الكتب:

- 1- أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية، دار النهضة العربية-القاهرة- 2006.
- 2- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول- مصادر الالتزام- الطبعة الثانية، (بدون تاريخ).
- 3- أحمد عوض يوسف عوضين، مسؤولية البنك عن الخطأ في فتح الحساب الجاري وقفله في القانون التجاري المصري، غير مذكور دار النشر، 2007.
- 4- أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام- الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، بدون بيانات.
- 5- أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية في التمويل العقاري(التجربة المصرية) شركة ناس للطباعة، القاهرة 2007.
- 6- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الأول، (بدون بيانات).
- 7- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبه، 1967.
- 8- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، 1985.
- 9- جمال محمود عبد العزيز، مسؤولية البنك في حالة إفلاس العميل على ضوء القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية-القاهرة- 2005.
- 10- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، 1996، (بدون بيانات).
- 11- حسين فتحي عثمان، التوريق المصرفي للديون، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 1999.
- 12- حسن حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية، جامعة عين شمس (بدون تاريخ).

- 13- خالد محمد حسين إبراهيم، التصرف في الديون و تطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 14- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999.
- 15- تورية توفيق، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، رسالة من عين شمس، 1987.
- 16- توفيق حسن فرج، - الأصول العامة للقانون، توزيع مكتبة مكاوي، بيروت لبنان، 1975.
- 17- توفيق حسن فرج، - نظرية العقد في القانون اللبناني، (بدون بيانات).
- 18- محمد حسنين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف بالإسكندرية 1993.
- 19- محمد لبيب شنب، دروس نظرية الالتزام، 1974- 1975 (غير مذكور مكان النشر).
- 20- محمد شريف عبد الرحمان، حوالة الالتزام في ضوء الفقه وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 2005.
- 21- محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الثاني في أحكام الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة، 1974.
- 22- محمود عبد الرحمن، الطول الشخصي، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية. (غير مذكور سنة الطبع).
- 23- محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة، الديوان الوطني للأشغال العمومية، ط 1 2003.
- 24- محمود مختار أحمد بريري، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات، دار النهضة العربية- القاهرة- 2007.
- 25- محي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج1، 1987.
- 26- مراد فهميم منير، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
- 27- مروان الكوكبي، عقد الفاكوتورينغ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ج2.

- 28- مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة حسون، بيروت، 1995.
- 29- مصطفى كمال طه وعلي البارودي، القانون التجاري، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، 2001.
- 30- مصطفى عبد السلام الجارجي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1988.
- 31- صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان من منظور قانوني ومصرفي، دار النهضة العربية-القاهرة-2008.
- 32- عاطف نقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، 1988.
- 33- عبد الحق بوعتروس، الوجيز في البنوك التجارية، (بدون بيانات).
- 34- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، طبعة المطبعة العالمية، القاهرة، 1958.
- 35- عبد العزيز الخياط، الأسهم والسندات من منظور إسلامي، مؤسسة دار السلام ج2، 1988.
- 36- عبد الرحمن الملح. محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 2004.
- 37- عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة للنشر، ط 3، 2006.
- 38- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة، 1992.
- 39- عبد المنعم بدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1968.
- 40- عبد علي احمد الحجازي، التوريق، دار النهضة العربية بالقاهرة ط 2، 2001.
- 41- عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، طبعة 1993.
- 42- علي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، الجزء الأول، 1987.
- 43- علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية 1975.

- 44- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجة القانونية، دار النهضة العربية، ط 1998.
- 45- علي سيد قاسم، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، دار النهضة العربية، 1991.
- 46- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 92.
- 47- فتحي عبد الرحيم، دروس في أحكام الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، (بدون تاريخ).
- 48- سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة القاهرة الحديثة، ط1، 1970.
- 49- عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة للنشر، ط 3، 2006.
- 50- سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، (بدون تاريخ).
- 51- نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكورنغ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان 2005.
- 52- نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار هومة، ط2، 1998.
- 53- ناصر أحمد إبراهيم النشوى، بيع الدين- دراسة في فقه الشريعة الإسلامية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.
- 54- نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، 1991.
- 55- نزيه محمد صادق، الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، و تطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة الجديدة، 1990.
- 56- هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 57- هشام فضلي، الاستثمار الجماعي في الحقوق الآجلة (التوريق)، دار الفكر الجامعي، 2004.
- 58- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

II- المجالات والدوريات القانونية:

- خالد أمين عبد الله، (الخلفية العلمية والعملية للتوريق)، مجلة المصارف العربية، الصادرة عن اتحاد المصارف العربية، البحرين، 1995.

- عبد الفتاح الجبالي، (المناظرة حول تصفية الديون الإفريقية)، مجلة السياسة الدولية، مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام، العدد 98، القاهرة سنة 1989.
- عمر الزاهي، المجلة القضائية للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد رقم 01 ص 39، سنة 1995.
- هاني دويدار، (عقد تحصيل الديون التجارية)، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإدارية، العددان 1 و 2، ص 298-1991، 352.

III- المداخلات المكتوبة:

- بن طلحة صليحة، معوشي بوعلام، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات، بكلية الحقوق جامعة بسكرة، 2006.
- شوايدية منية، نجار لويزة، مداخلة بعنوان: مسؤولية البنك عند خرق السرية المصرفية، ومعوقاتها في الملتقى الوطني الثالث، حول (الإصلاحات البنكية في ضل التشريعات و التحولات الاقتصادية)، كلية الحقوق جامعة قالم، 2010.

IV- النصوص القانونية الوطنية:

- القانون المدني الجزائري.
- المرسوم التشريعي الصادر عام 1993، المتمم والمعدل للقانون التجاري، الصادر عام 1975.
- المرسوم التشريعي 93-10، المؤرخ في 23 مايو 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة (ج.ر، العدد 34 المؤرخ في 23 مايو 1993).
- المرسوم التنفيذي 331/95، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة، (ج.ر، العدد رقم 64 المؤرخ في 29 أكتوبر 1995).

- الأمر رقم 96-10، المؤرخ في 10 يناير 1996 (ج.ر، العدد 3 المؤرخ في 14 يناير 1996).
- الأمر رقم 23/96، المؤرخ في 09 جويلية 1996، (ج.ر، عدد 43 الصادر في 10 جويلية 1996).
- نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، رقم 97-03، المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1997، المتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة (ج.ر، العدد 87 المؤرخ في 1997/12/29).
- النظام رقم 03-01، المؤرخ في 18 مارس سنة 2003، المتعلق بالنظام العام للمؤتمن المركزي على السندات (ج.ر، العدد 73 المؤرخ في 2003/11/30).
- قانون 03-11، مؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض.
- قانون 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (ج.ر، العدد 41 المؤرخ في 2004/06/27).
- قانون 04-08، المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، (ج.ر، العدد 52 المؤرخ في 2004/08/18).
- المرسوم التنفيذي 05-468 المؤرخ في 10/12/2005، المحدد لشروط تحرير الفاتورة، ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية، (ج.ر، العدد 80 المؤرخ في 2005/12/11).

V - النصوص القانونية العربية:

- - القانون المدني المصري.
- - القانون المدني السوري.
- - القانون المدني الليبي.
- - القانون المدني العراقي.

- - قانون الموجبات والعقود اللبناني.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:

I- OUVRAGES

- Bancal (L.), Lagelle- Charrette (Christine), Du croire Du Banque, juris-Classeurs, Commercial (Banque et crédit) ,1993.
- Batiffol (H.), Traité élémentaire de droit international privé, 3eme édition, paris, 1959.
- Biscoe (Peter M.), “Law and Practice of Credit factoring”. Chap.5, London, Butterworths, 1975.
- Boas,"legal and Economic aspects of Accounts Receivable financing and factoring, 59. Com. L. J. 65 (1954).
- Bostin (J.), la défaillance de paiement et sa protection, l’assurance crédit, L.G.D.J éd, 1993.
- Cabriallac et Rives-Lang: Crédit et document crédit, R.T.D.com., 1968.
- Carroll G. Moore, «Factoring- A unique and important form of financing end service, «the business lawyer, April 1959.
- Desgorces (R.), Relecture de la Théorie du compte courant, R.T.D.com.1996.n.5.p.386.
- Desgorces (R.), Relecture de la Théorie du compte courant, R.T.D.com.1996.n.5.p.386.
- Demogue (R.), Traite des obligations, 1925. T. 5.
- Duboc (G), la compensation et le droit de tiers, L.G.D.J 1989.
- Ferronniere et De Chillaz: opération bancaire, éd.VI, Paty, Dalloz, Paris, 1980.
- Fournier (M.), bordereau de transfert des créances, Juris classeurs Commercial, 1990.
- Fourgoux (J.C.): droit du marketing, Dalloz, 1974, (introduction).

- Gavalda (CH.), le Factoring, (encycl. Dalloz, Droit Commercial), répertoire, droit commercial, 1987.
- Gavalda (CH), AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz-com., 1996.
- Gavalda (CH), perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage JCP 1989, éd E, fax 15579, n° 34.
- Gavalda (CH.) et Stoufflet (J.): le contrat dit de factoring, J.C.P; G., 1966.
- Gavalda (CH.): AFFACTURAGE, Encyclopédie Dalloz-Com; 1996-I-, A-B, no.2.
- Gavalda (CH.): AFFACTURAGE, Juris-Classeur, 2002.
- Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque-1974. P.u.f.- paris.
- Gautier (B.) : Autres Moyens De Paiement et De Recouvrement-Affacturage International, Edition du Juris-Classeur, 1998.
- Ghestin (J.), La Destination Entre Les Partis et Les Tiers Du Contrat, J.C.P., 1992.
- Ghestin (J.), Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D 1981 Chr 1, n° 38.
- Ghozi, Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, D.1986 Chr.321.
- Grillot (J.), et Saint Cène (M.), le conflit entre le cessionnaire par bordereau dailly et le porteur d'une lettre de change non acceptée, Banque et droit, 1993.
- Jude (J.), Technique et Pratique Du FACTORING, Centre De Librairie Et D'éditions Techniques, Paris1984.
- Legeais (D.), les garanties conventionnelles sur créances, Economica, 1986.
- Legeais (D.), Bordereaux dailly, Juris- classeurs, éd techniques. Commercial (entreprise) 1993.
- Legeais (D.), droit commercial, édition Dalloz, 11^e éd, Siery.
- Legeais (D.), Affacturage, édition du Juris-classeur, 2002, Facicule 361.

- Legeais (D.), L'affacturage, Juris-Classeur 2004. Vol 3.
- Lemoine (L.)- Deschant (J.), affacturage, Juris-Classeur com. ; Banc et Crédit, 1994.
- Martin (D), Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété, D. 1986, Chr. P.233.
- Mendergris (R.), la nature juridique de la compensation, L.G.D.J, 1969.
- Mestre (J.), La subrogation personnelle, biblio droit privé, L.G.D.J. 1979.
- Mestre (J.), de la transmissibilité de la clause de réserve de propriété, PA, 25 avril 1986, p 85.
- Planiol (M.) et Ripert (G.), traite pratique de droit civil Français, 2^e éd.,t.XIII, suretés réelles, 2^e partie, par Bécqué, 1953.
- Pérochon (F.), la réserve de propriété dans la vente des meubles corporels, Litec 1988.
- Pizar (S.), «Legal Aspects of International Factoring – An American concept Goes abroad, «The Business Lawyer, July 1970.
- Rambure (D.), Le paiement du sous-traitant, L.G.D.J éd droit des affaires 1990.
- Raynaud (P.), Les Contrats Ayant Objet une Obligation, Cours, D.E.A., Paris II, 1978,1989, Les Cours de Droit.
- Rodière(R.) Rives Lange (J-L), droit bancaire, Dalloz 1975.
- Rodière (R.), Rives lange (J-L.), droit bancaire 2^e édition, précis Dalloz, 1975.
- Ripert (G.) et Roblot (R.), Traité élémentaire de droit commercial, Tome I, L.G.D.J. ,1990.
- Ripert (G.) et Roblot (R), Droit Commercial, II, Paris, 1981, n.245.
- Rives-Lang (J.)-Contamine-Raynaud (M.), Droit bancaire, Dalloz, 1990.
- Savatier (R.), Les contrats du conseil professionnel en droit privé. Recueil Dalloz Sirey 1972.
- Stofflet (J.), « l'usage de la propriété à des fins de garantie », la sûreté, Féduci, Bruxelles, 1984.

- Sussfeld (L.): le factoring, Presses Universitaires de France 1968.
- Taylor (P.); securitization in Europe, asset- Backed securities, published by frank J. Fabozzi Associates, New York, 1996.
- Vasseur(M.), Les opérations de banque, fascicule I, la relation banquier-client, quatrième édition 1987- 1988, les cours de droit, p 217.
- Vasseur (M.), Le Contrat D'Escompte, Nature Juridique et Portée, Banque, 1982.
- VIVIER (Jean loup); l'affacturage : un contrat commercial d'avenir, la vie judiciaire 3 mars 1985.

II- THESES ET MEMOIRES.

- Batiffol (H.), les conflits de lois en matière de contrats, thèse Paris, 1938, N° 22.
- Bouraoui Darghout (F.), Le Factoring en Droit Interne, et International, Thèse de Doctorat en Droit Prive, Université de Tunis, 2004.
- chappi (D.), les sûretés réelles et garanties assimilables au regard des procédures de redressement judiciaire des entreprise, thèse, paris I 1990.
- Eman Thibault, De la responsabilité en matière de renseignements commerciaux. Thèse Doctorat. Paris 1900.
- Escombe Moussio (J-J.) .Aspects juridiques de la Mobilierisation des marches de capitaux, thèse. Montpellier I, 1991.
- Larroumet (Ch.), les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeaux 1976.
- Le toux (J.), le contrat de factoring, thèse, Rennes, 1977.
- Maciejczyk (S.), la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, thèse, Clermont – ferrant I 1992.
- Mactor (S.) : Le Crédit Par Cession de Créance, Thèse, Orléans, 1990.

- Mathias(F), un nouveau mode de financement : Le Factoring-
ses perspectives de développement en France, thèse, Paris,
1970.
- Merlaud (J-F.), le Ducroire, thèse, Bordeaux, 1984.
- Merqui (J.), aspects économique et adaptation juridique de
l'affacturage, thèse, Nice, 1976.
- Mukoie (O.), Le factoring technique de gestion et financement,
une analyse, DR. Eco. Thèse Montpellier 1975.
- Paillard (H.), Les conflits sur créances, Thèse, Aix 3, 1993.
- Pérochon (F.), La réserve de propriété dans la vente de meubles
corporels, Thèse Paris 1980.
- Rodolphe (P.): la mobilisation des créances en droit français.
Thèse. Paris IX 1993.
- Romulus (A-B.), L'affacturage, thèse D.E.A. de Droit privé, 4
janvier 2005.
- Solviche (G.), De la responsabilité civile et pénale des
informateurs. Thèse Doctorat paris, 1972.
- Tubiana (A.), Le domaine de la loi du contrat en droit Int. Privé,
thèse Paris, D'aloz 1972.
- Turcas Philippe (M.), l'application de la loi dailly par les
établissements de crédit thèse, paris 2, 1983.
- Vassagne (J.), Les agences de renseignements commerciaux.
Thèse de doctorat, Poitiers 1942.
- Vezian (J.), La responsabilité du banquier en droit privé
français. Thèse Doctorat en droit. Paris 1983.
- Waill (A.), La relativité des conventions en droit privé français,
thèse Strasbourg, 1938.
- Zuin (Michel), les aspects nouveaux du droit des sûretés ayant
pour objet les créances mobilières, thèse paris I, 1982.

III- ARTICLES.

- A.Stoulling : 25 ans d'affacturage en France ; Banque juin 1990.
- Anne Sunay–Cyterman, les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance, Revue Crit, 1992.
- Bancal (Louis), lagelle, charrette (Christine), du croire Du banque, Juris classeurs commercial (banque et crédit) 1993.
- Cabrillac (Michel), la cohabitation de la traite et du bordereau Dailly, revue du droit bancaire et de droit du crédit et de la bourse 1987.
- Claude Thomas, La distinction des obligations des moyens et obligations des résultats. Revue Critique 1937.
- Clément, le banquier, vecteur d'information, RTD com. 1997 p.203.
- Daurinzeau (Jean-Michel), convention d'Ottawa du 28 Mai 1988 sur l'affacturage international, la revue Banque & Droit N° 19, 1991.
- Deschanel Jean Pierre, Lemoine Laurent, Taux moyen mensuel du marché monétaire. Affacturage, Juris Classeurs commercial (Banque ET Credit) 1994, n° 31.
- Dhaeyer (B.), L'affacturage en droit belge, in, La transmission des obligations, 9èmes journées J.Dabin, Université catholique du Louvain, LGDJ 1981.
- Grillot (Jean) et Saint-céne (Marc), la loi dailly et la réforme des procédures civiles d'exécution, banque et droit, mai – juin 1993.
- Hocquet (A, S), Lajartre (D), la protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly, RTD Com, 1996.
- Legeais (D), les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances, professionnelles et des débiteurs cédés, Revue droit bancaire et bourse, 1990.
- Le Hir (CH.), Le fond commun de créances, La Revue Banque éditeur, 1994.

- M. de Juglar, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD civ 1945.1.
- Ripert (G), Renseignements Fournis sur un tiers. Revue Critique 1911.
- Romain (Jean – François) Examen du régime de la titrisation des créances en droit belge .questions d'actualité en droit économique. Bruylant Bruxelles, 1994.
- Rood (Philip) .law and practice of international finance, title finance, Derivatives, securitisations .setff and Netting, 1995.
- Stoufflet (Jean), L'ouverture de crédit peut –elle- être source de responsabilité envers les tiers ? J.C.P. 1965- DOC- 1882.
- Vasseur (Michel), le contrat d'escompte, nature et portée, revue banque, 1982 p 2458.
- Vivant (Michel), convention du du croire, juris- classeurs, contrats, Distribution, 1998, fascicule 955.
- VIVIER (Jean loup), l'affacturage: un contrat commercial d'avenir, la vie judiciaire, 3 Mars 1985.

IV- LOIS, ARRETES ET DECRETS FRANÇAIS.

- **Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.**
- L'arrêté du 29 novembre 1973 qui a adopté la terminologie française.
- **Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.**
- Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises. Modifié par Loi n°84-46 du 24 janvier 1984.
- Loi N°84-46, DU 24 JANVIER 1984 Modifiée, Relative à L'activité, et au Contrôle des Établissements de Crédit.
- Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.
- Décret n° 89-158 du 9 mars 1989 Portant application de la loi n°88-1201 du 23 décembre 1988 sur les OPCVM et portant création des

Fonds Communs de Créances. Modifié par le décret n° 93-589 du 27 mars 1993, le décret n° 97-919 du 6 octobre 1997 et le décret n° 98-1015 du 6 novembre 1998.

- Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.
- Décret no 95-846 du 18 juillet 1995 portant publication de la Convention sur l'affacturage international, faite à Ottawa le 28 mai 1988 et signée par la France le 7 novembre 1989.
- Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. J.O. Numéro 152 du 3 Juillet 1998.

V- CONVENTIONS INTERNATIONALES.

- La convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international, Convention UNIDROIT.
- La convention Des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

VI- SITE INTERNET.

- Sous <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/affacturage.php>.
- Sous <http://www.Finagios.com/finagios.htm>.
- Sous <http://www.conventiond'unidroit.org>.
- Sous <http://www.Finagios.FR>.
- sous <http://www.mlfinance.fr/affacturage>.
- sous <http://www.e-affacturage.fr/affacturage/affacturage-export>.
- sous <http://www.e-affacturage.fr/affacturage/affacturage-import>.
- sous <http://www.legislation.gov.uk>.
- sous <http://www.legifrance.gouv.fr/affichtexte.do>.



الفهرس العام

الفهرس العام

الصفحة	الموضوع
أ - م	المقدمة:
65-22	الفصل التمهيدي: الأحكام العامة لعقد تحويل الفاتورة.
23	المبحث الأول: المضمون القانوني لعقد تحويل الفاتورة.
25	المطلب الأول: المفاهيم العامة للعقد في التشريعات و الفقه المقارن.
36	المطلب الثاني: مفهوم اتفاقية أوتاوا لعقد تحويل الفاتورة.
42	المبحث الثاني: الأنواع المختلفة لعقد تحويل الفاتورة.
43	المطلب الأول: تمييز عقد تحويل الفاتورة، من حيث طبيعة الوفاء.
43	أولاً: عقد تحويل الفاتورة المعجل الوفاء.
44	ثانياً: عقد تحويل الفاتورة لأجل.
44	المطلب الثاني: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث الضمان.
45	أولاً: عقد ضمان عدم الرجوع.
46	ثانياً: عقد الرجوع على المنتمي محول الحقوق التجارية.
47	المطلب الثالث: تمييز عقد تحويل الفاتورة من حيث مجال التطبيق.
48	أولاً: عقد تحويل الفاتورة الوطني.
48	ثانياً: عقد تحويل الفاتورة الدولي.
49	ثالثاً: عقد تحويل الفاتورة للتصدير.
51	رابعاً: عقد تحويل الفاتورة للتوريد.
53	المبحث الثالث: خصائص عقد تحويل الفاتورة.
54	المطلب الأول: عقد تحويل الفاتورة هو عقد ائتماني.
56	المطلب الثاني: عقد تحويل الفاتورة هو عقد مركب.
59	المطلب الثالث: عقد تحويل الفاتورة هو عقد متميز في أطرافه.
61	المطلب الرابع: الطبيعة التجارية الدولية لعقد تحويل الفاتورة.
213-67	الباب الأول: الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة.
70	الفصل الأول: التكييف القانوني لعقد تحويل الفاتورة.
72	المبحث الأول: التكييف القانوني التقليدي لعقد تحويل الفاتورة.
73	المطلب الأول: الإنابة في الوفاء، كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.

74	الفرع الأول: من حيث شروط الإنابة في الوفاء
81	الفرع الثاني: من حيث آثار الإنابة.
85	الفرع الثالث: استبعاد الإنابة في الوفاء كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة
87	المطلب الثاني: التجديد كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.
89	الفرع الأول: من حيث شروط الانعقاد.
91	الفرع الثاني: من حيث آثار العقد.
93	المطلب الثالث: حوالة الحق كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة
94	الفرع الأول: انعقاد ونفاذ الحوالة.
98	الفرع الثاني: آثار حوالة الحق.
102	الفرع الثالث: عيوب حوالة الحق الضامنة للائتمان.
105	الفرع الرابع: تطبيقات أحكام حوالة الحق، كأساس قانوني لعقد تحويل الفاتورة في بعض الأنظمة المقارنة.
110	المبحث الثاني: الإطار القانوني الحديث لعقد تحويل الفاتورة.
111	المطلب الأول: الحلول الاتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.
112	الفرع الأول: شروط الحلول الاتفاقي.
115	الفرع الثاني: آثار الحلول الاتفاقي.
116	الفرع الثالث: مدا انسجام نظام الحلول الاتفاقي و نظام تحويل الفاتورة
120	المطلب الثاني: حوالة دايلي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة
122	الفرع الأول: نشأة حوالة دايلي.
124	الفرع الثاني: آثار حوالة دايلي.
132	المطلب الثالث: الإطار القانوني لعقد تحويل الفاتورة في ضوء اتفاقية أوتاوا
133	الفرع الأول: أسباب استبعاد اتفاقية أوتاوا للحلول الاتفاقي كإطار قانوني لعقد تحويل الفاتورة.
135	الفرع الثاني: أسباب عزوف اتفاقية أوتاوا عن الأخذ بحوالة دايلي.
137	المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من الأساس القانوني لتكييف انتقال الحق من المنتمي للوسيط في عقد تحويل الفاتورة.
140	الفصل الثاني: الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة.
143	المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاهد.
145	المطلب الأول: التحري عن المركز المالي للمنتمي.
145	الفرع الأول: التحري لدى المنتمي.

151	الفرع الثاني: التحري لدى الغير.
154	المطلب الثاني: نتيجة التحري.
155	الفرع الأول: أجل القرار.
156	الفرع الثاني: شكل القرار.
157	الفرع الثالث: مضمون القرار.
159	المبحث الثاني: مرحلة تكوين عقد تحويل الفاتورة.
161	المطلب الأول: الشروط القانونية لنشأة عقد تحويل الفاتورة.
163	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لعقد تحويل الفاتورة.
172	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لعقد تحويل الفاتورة.
174	الفرع الثالث: الشروط العامة و الخاصة لصياغة عقد تحويل الفاتورة.
177	المطلب الثاني: أطراف عقد تحويل الفاتورة.
178	الفرع الأول: الوسيط أو الشركة محولة الفواتير.
182	الفرع الثاني: المنتمي أو بائع الدين.
183	الفرع الثالث: المدين.
185	المبحث الثالث: مرحلة تنفيذ العقد.
186	المطلب الأول: تنفيذ العقد من جانب المنتمي:
186	الفرع الأول: تحرير الفاتورة.
188	الفرع الثاني: تقديم جميع الفواتير للوسيط - مبدأ الجماعية أو القصر -.
190	الفرع الثالث: التزام المنتمي بإخطار المدين.
192	الفرع الرابع: التزام المنتمي بدفع عمولة الوسيط.
193	المطلب الثاني: تنفيذ العقد من جانب الوسيط.
194	الفرع الأول: التزام الوسيط بالإدلاء بالمعلومات والاستشارات التجارية.
195	الفرع الثاني: التزام الوسيط بالوفاء و بتحصيل ديون المنتمي.
197	الفرع الثالث: التزام الوسيط بعدم الرجوع.
349-215	الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد تحويل الفاتورة.
217	الفصل الأول: الآليات القانونية لضمان انتقال الحق للوسيط.

218	المبحث الأول: الحفاظ على حقوق و ضمانات الشركة محولة الفواتير.
219	المطلب الأول: الضمانات المتعلقة بالحق محل التحويل.
219	الفرع الأول: انتقال الدين بصفاته و دفعه.
226	الفرع الثاني: انتقال توابع الدين المحال به.
229	المطلب الثاني: التزام المنتمي بضمان الدين المحال به إلى الوسيط.
229	الفرع الأول: الضمان بحكم القانون.
232	الفرع الثاني: ضمان المنتمي لأفعاله الشخصية.
233	الفرع الثالث: الضمان بحكم الاتفاق.
238	المبحث الثاني: الأولوية في استفاء الحق بين الوسيط والغير
239	المطلب الأول: التزام الناجم عن نقل الحق أكثر من مرة.
239	الفرع الأول: قاعدة الأسبقية في تقرير حق المحال له.
241	الفرع الثاني: قاعدة المسؤولية التقصيرية في الرجوع على الموفي له سوء النية.
242	الفرع الثالث: الأساس القانوني للرجوع على الموفي له حسن النية.
245	المطلب الثاني: التزام الرجوع إلى الحماية الخاصة التي يوليها المشرع لبعض الطوائف من الدائنين.
245	الفرع الأول: التزام مع الدائن الحاجز.
250	الفرع الثاني: التزام مع الوكيل المتصرف القضائي "وكيل التفليسة.
255	المطلب الثالث: التزام مع الغير على أساس طبيعة الحق ذاته.
256	الفرع الأول: التزام الوسيط، مع البائع المحتفظ بملكيته.
262	الفرع الثاني: التزام الوسيط مع المقاول من الباطن.
272	الفصل الثاني: المسؤولية الناجمة عن عقد تحويل الفاتورة.
273	المبحث الأول: مسؤولية الوسيط أو الشركة محولة الفواتير.
274	المطلب الأول: المسؤولية العقدية للوسيط عن ممارسة دوره الائتماني.
274	الفرع الأول: مسؤولية الوسيط الناجمة عن التعسف في ممارسة حرية الاختيار.

276	الفرع الثاني: مسؤولية الوسيط عن الإخلال بمهمته الاستشارية.
282	الفرع الثالث: المسؤولية الناجمة عن عدم مراقبة استخدام الاعتماد.
289	المطلب الثاني: مسؤولية الوسيط كوكيل عادي.
291	الفرع الأول: الخطأ.
294	الفرع الثاني: الضرر و العلاقة السببية.
297	المبحث الثاني: مسؤولية المنتمي أو الدائن الأصلي.
297	المطلب الأول: المسؤولية المدنية للمنتمي.
298	الفرع الأول: مسؤولية المنتمي قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة.
300	الفرع الثاني: مسؤولية المنتمي عن خطأه بعد إبرام عقد تحويل الفاتورة.
301	المطلب الثاني: مسؤولية المنتمي الجزائية.
303	الفرع الأول: جريمة التزوير و استعمال المزور.
304	الفرع الثاني: جريمة النصب و الاحتيال.
309	الفصل الثالث: آلية توريق الديون المحولة بمقتضى عقد تحويل الفاتورة.
310	المبحث الأول: ماهية التوريق المصرفي ومزاياه وأنواعه الرئيسية.
311	المطلب الأول: ماهية التوريق المصرفي و مزاياه.
311	الفرع الأول: تعريف التوريق و إجراءاته.
313	الفرع الثاني: مزايا لجوء البنوك للتوريق.
315	المطلب الثاني: أنواع التوريق.
315	أولاً: التوريق البسيط.
315	ثانياً: هيكله الدين (التوريق التقليدي).
317	ثالثاً: التوريق من خلال هيكله المرور.
317	رابعاً: قناة التوريق.
318	المبحث الثاني: توريق الوسيط للحقوق المحولة من المنتمي.
320	المطلب الأول: شروط تطبيق أحكام التوريق المصرفي على عقد تحويل الفاتورة.
321	الفرع الأول: الشروط القانونية للأصول الخاضعة لعملية التوريق المصرفي.
327	الفرع الثاني: الشروط القانونية للمؤسسة المتنازلة.
330	المطلب الثاني: إجراءات تطبيق أحكام التوريق المصرفي على الحقوق التجارية المحولة

	للسيط.
332	الفرع الأول: اتفاق التنازل المبرم من مؤسسة تحويل الفاتورة و مؤسسة التوريق.
337	الفرع الثاني: إصدار الأوراق المالية و طرحها للاكتتاب العام من قبل مؤسسة التوريق.
341	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن عملية التوريق المصرفي.
360-351	الخاتمة
.....	الملاحق
.....	المراجع
.....	الفهرس العام