نطاق الالتزام بضمان عدم رجوع الوسيط على عميله في تحصيل الديون التجارية

رزيق وسيلة،
أستاذة بكلية الحقوق
جامعة الجزائر 01
وباحثة في إطار الدكتوراه علوم

مقدمة:

إن المؤسسات الاقتصادية تحتاج بشكل مستمر إلى التمويل اللازم لكسب السيولة النقدية لمواجهة نشاطاتها و زيادة نسبة نموها و تحقيق الأرباح، و من أجل ذلك فهي قد تلجأ إلى عدة وسائل للتمويل منها الاقتراض، الذي يعد في غالب الأحيان الوسيلة المباشرة التي يتم اللجوء إليها.

لكن و نظرا للمخاطر التي قد تواجه هذه المؤسسات لا سيما عدم قيام المشتري بدفع ديونه في تواريخ الاستحقاق و أمام الصعوبات التي قد تتعرض لها أيضا في تحصيل حقوقها قبل عملائها، ظهرت وسيلة جديدة أكثر حداثة و ملائمة تتجلى أهميتها في الضمان الذي تقدمه لهذه المؤسسات بالحصول على تمويل معجل مع إمكانية الاستمرار في نشاطها بكل ارتياح دون الاكتراث بمشاكل تحصيل ديونها، بالإضافة إلى تقديم خدمات إضافية لها، و تتمثل هذه الآلية في التمويل عن طريق عقد تحويل الفاتورة[1]، الذي يعتبر من عمليات الائتمان قصيرة الأجل و الأكثر شمولية من مكشوف الحساب البنكي والخصم التجاري، و حوالة دايلي، ومن قرض تعبئة الديون التجارية[2].

ولقد عرف عقد تحويل الفاتورة شكل الضمان من خلال بيوت تحصيل الحقوق التجارية خلال القرن 17، حيث تطور دور وكلاء البيع تحت تأثير ظروف سوق لندن

لا سيما التضخم في البضائع و الكساد في السوق من البيع مقابل عمولة إلى التمويل مع ضمان قيام المشترين بالوفاء حتى قبل اكتمال صفقات الشراء، و لذلك أطلق على هؤلاء الوكلاء تسمية « مشترو الحقوق التجارية الضامنون» [3].

فيعتبر الضمان الذي يقدمه عقد تحويل الفاتورة الميزة الرئيسية لهذه الوسيلة الجديدة للتمويل و الذي يحفز على استعمالها.

ولقد تناول المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة ضمن الفصل الثالث من الكتاب الرابع من القانون التجاري [4] تحت عنوان « السندات التجارية»[5]، حيث عرف عقد تحويل الفاتورة في المادة 543 مكرر14 على أنه: « عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى «وسيط» محل زبونها المسمى «المنتمي» عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكفل بتبعة عدم التسديد وذلك مقابل أجر».

من خلال هذا التعريف يتبين أن عقد تحويل الفاتورة هو عقد ثنائي يبرم بين طرفين هما: المؤسسة المالية التي تشتري الحقوق و الطرف الثاني المتمثل في بائع الحقوق أي العميل، أما مدين العميل بالديون التي ستكون محلا لعقد تحويل الفاتورة فهو ليس طرفا في هذا العقد بل يعد طرفا في العملية، وبمقتضى هذا العقد يقوم مشتري الحقوق بالدفع بطريقة معجلة لمبلغ الفاتورة مقابل عمولة متفق عليها متحملا بذلك خطر عدم دفع مدين العميل لديونه، و بالتالي فما هو نطاق تكفل مؤسسة تحويل الفاتورة أو كما يسميها المشرع الجزائري بـ « الوسيط» بتبعة عدم التسديد؟ أو بعبارة أخرى ما مدى نطاق ضمان عدم رجوع الوسيط على عميله في حالة تعذر التحصيل ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي دراسة القواعد القانونية التي تحدد نطاق ضمان الوسيط بعدم الرجوع على العميل (الدائن)، و ذلك بتبيان حالات التزام الوسيط بالضمان (فرع أول)، و حالات إعفاءه منه (فرع ثاني) مع التطرق إلى الضمانات الممنوحة للوسيط في حالة رجوعه على العميل(فرع ثالث).

الفرع الأول: التزام الوسيط بالضمان

من خلال نص المادة 543 مكرر 14 السالفة الذكر، يتضح أن الوسيط يتكفل بتبعة عدم التسديد مقابل الأجر الذي يتقاضاه من العميل، غير أننا إذا أردنا أن نبحث

عن نصوص خاصة تعالج مبدأ الضمان بعدم الرجوع و نطاق تطبيقه فلا وجود لها [6]، فهذا الالتزام يجد أساسه في المقابل الذي يحصل عليه الوسيط من عقد تحويل الفاتورة باعتباره عقد معاوضة [7].

و مصطلح الضمان « Ducroire » باللاتينية « Delcreder » يعني الثقة [8]، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الالتزام بضمان عدم الرجوع، فأمام غياب تعريف تشريعي، يرى بعض الفقهاء في هذا الالتزام اتفاقا بمقتضاه يتعهد أحد المتعاقدين في مواجهة المتعاقد الآخر بالنهاية الحسنة للعملية. ويتجه رأي آخر إلى أن الضمان هو تأمين تجاري يلتزم بمقتضاه الوسيط للمتعاقد معه بضمان تنفيذ العملية محل الوساطة، إلا أنه و استنادا إلى نماذج عقود شراء الحقوق التجارية، ذهب البعض إلى تعريف الالتزام بالضمان بأنه تعهد من المؤسسة بضمان النهاية الحسنة لتحصيل الحقوق و عدم الرجوع على العميل في حالة تخلف المدين الأصلي عن الوفاء [9].

إلا أن التوازن الذي يحققه شرط القصر أو الجماعية باعتباره خاصية مهمة من خصائص عقد تحويل الفاتورة و الذي بمقتضاه يلتزم العميل بأن يعهد إلى الوسيط بجميع فواتيره الخاصة بحقوقه لدى مدينيه المشترين، و ذلك حتى لا يعهد له بديونه الضعيفة فقط التي يصعب تحصيلها، حيث من المفروض أن توازن كافة الحقوق يبرر إلى حد ما حرمان الوسيط من فرصة الرجوع على العميل بالديون التي يفشل في تحصيلها [10].

و مع ذلك فقد يرد على هذا الشرط قيود كأن يتم قصر الاتفاق على فواتير التجارة الخارجية فقط، فالشرط قد يرد محددا لكنه يكون عاما في إطار حدوده [11].

و بالمقابل لا يعني مبدأ العمومية التزام الوسيط بقبول كل فواتير العميل، بل له أن يرفض البعض منها إذا تبين له بأنها مشكوك في تحصيلها [12]، و لكن يمكن للوسيط أن يتعامل مع عميله بخصوص هذه الفواتير الغير مقبولة على أساس وكالة التحصيل، بحيث يقبل تحصيلها بصفته وكيلا عن عميله فقط [13]، و لا يتم قيد هذه الفواتير في الحساب المفتوح بينهما إلا بعد تحصيلها [14].

وعليه يمكن القول بأن عقد تحويل الفاتورة يرتكز على فكرة الضمان الذي يمكن أن يكون لمصلحة الوسيط يتحقق باسترداد الائتمان الممنوح للتاجر، أو يكون ضمانا لمصلحة التاجر يترتب عنه عدم رجوع الوسيط عليه في حالة إعسار أو إفلاس المدينين بتلك الحقوق على النحو التالي:

أولا- توقف المدين عن دفع ديونه في آجال استحقاقها:

يلتزم الوسيط مقابل الأرباح التي يجنيها من عقد تحويل الفاتورة بعدم الرجوع على العميل في حالة تخلف المدين عن الوفاء، إذا كان سبب هذا التخلف لا يعود إلى العميل، وبذلك تنتقل تبعة هذا الخطر إلى الوسيط [15].

و يشكل التزام الوسيط بضمان عدم الرجوع على عميله حجر الزاوية في عقد تحويل الفاتورة، و مرد هذا الالتزام هو أن الوسيط لا يقدم على شراء ديون العميل (بائع الديون) إلا بعد التأكد من الوضعية المالية للمدين و مدى قدرته على التسديد، ومن تم تقرير ما إذا كانت مخاطر عدم الوفاء تشكل نسبة مقبولة من القيمة الإجمالية للديون و بالتالي يمكن تغطيتها أم لا [16]. و في الكثير من الحالات، يتولى الوسيط اختيار الزبائن الذين يعرضهم على المنتمي للتعامل معهم باستعمال عقد تحويل الفاتورة، لتفادي الوقوع في زبائن غير قادرين على الدفع، و منه التقليل من مخاطر الوقوع في عدم التسديد [17].

و يشكل عجز المدين عن الدفع بسبب إعساره أو إفلاسه المصدر الرئيسي لعدم التنفيذ الذي يغطيه ضمان الوسيط [18]، و يمتد أيضا إلى أبعد من ذلك ، حيث يغطي تخلف المدين عن الدفع في مواعيد الاستحقاق، بغض النظر عما إذا كان هذا التوقف راجعا إلى إعسار المدين أو إفلاسه أو تعمده عدم الوفاء رغم حالته المالية الموسرة، فلا تلازم بين إعمال الضمان و بين تحقق الشروط اللازمة لشهر إفلاس المدين أو إعساره [19].

و بالتالي فحتى إذا لم يتوقف المدين عن دفع ديونه في تاريخ الاستحقاق، فبمجرد عدم توفره للسيولة في هذا التاريخ يؤدي إلى تحقق الضمان، مما يجعل الوسيط ينضم إلى التفليسة و يصبح عضوا في جماعة الدائنين [20].

و من هنا يتبين أن ضمان عدم رجوع الوسيط على العميل واسع النطاق حيث يشكل ضمانا حقيقيا لهذا الأخير.

ثانيا- القوة القاهرة:

لم يرد تعريف القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري ، بل أشار إليها المشرع كسبب أجنبي معفي للمسؤولية في نص المادة 127 بقولها: « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك».

و مهما تعددت تعاريف الفقهاء للقوة القاهرة إلا أنها تتفق في كون القوة القاهرة حادث غير متوقع، ولا يمكن للشخص دفعه مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا [21]، و كمثال عن ذلك: الكوارث الطبيعية كالزلازل و الفياضات و البراكين .....الخ، أو غير الطبيعية كالحروب، الإضراب، الحريق...الخ ، و هي تعفي المدين من المسؤولية طبقا لنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

و قد جرت الأعراف التجارية التي تحكم شرط الضمان في العقود على امتداد الوسيط بالضمان إلى حالات عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي بسبب القوة القاهرة، ما لم يتم استبعادها قانونا أو اختياريا في العقد [22].

الفرع الثاني: إعفاء الوسيط من الضمان

إذا كان الأصل هو أن الوسيط يتكفل بتعبة عدم تسديد مدين العميل لديونه و ذلك بضمان عدم الرجوع عليه في حالة تعذر التحصيل من المدين طبقا لنص المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري ، إلا أنه يوجد بعض الحالات الاستثنائية التي تعفي الوسيط من الضمان و تخول له حق الرجوع على عميله و مطالبته بمبلغ الفواتير وفقا لما يلي:

أولا- أساس إعفاء الوسيط من الضمان:

يرجع الوسيط على العميل بسبب سلوك هذا الأخير على أساس قواعد الحلول الاتفاقي باعتبار عقد تحويل الفاتورة يقوم على هذا الأساس، وهذا ما انتهى إليه الفقه و

القضاء الفرنسيين مستبعدين الأساليب الأخرى المقترحة المتمثلة في تجديد الحق بتغيير الدائن، الإنابة في الوفاء و حوالة الحق لأنها كلها تتطلب لصحتها أو نفاذها شروطا قد يصعب توافرها و قد يعطل استعمالها على سير العمليات التجارية بشكل سريع (23)، و بتمعننا في نص المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري الجزائري نجدها تنص أن عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى «وسيط» محل زبونها المسمى «المنتمي» .....».

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد أسس أيضا فكرة عقد تحويل الفاتورة على أساس قواعد الحلول الاتفاقي، حيث تنص المادة 262 من القانون المدني الجزائري على أن: « يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، و لا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء». فبدفع الوسيط قيمة الفواتير يستوفي العميل حقه قبل مدينه، و يتفق العميل مع الوسيط بأن يحل هذا الأخير محله في الحق الذي تم وفاؤه و هذا ما يؤكده نص المادة 264 من القانون المدني، كما يتم الاتفاق على الحلول دون التأخر عن وقت الوفاء، فكثيرا ما ينص عليه في الاتفاق أو في مخالصة الحلول التي يسلمها العميل إلى الوسيط و يدون فيها عدة بيانات من بينها مبلغ الديون، و عبارة تفيد حلول الوسيط محل العميل في استيفاء و تحصيل الديون [24]، فبمجرد تسليم الوسيط هذه المخالصة للمدين يلتزم هذا الأخير بالوفاء له [25].

ثانيا: حالات إعفاء الوسيط من الضمان

تطبيقا لمبدأ الحلول، تنتقل الديون التجارية موضوع عقد تحويل الفاتورة إلى الوسيط بما لها من خصائص و ما تكفله من ضمانات لتحصيلها و ما يرد عليها من دفوع، و يكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن، وهذا يعطي المدين حق الدفع في مواجهة الوسيط بالدفوع التي كان له الاحتجاج بها في مواجهة العميل.

غير أن ضمان الوسيط بعدم الرجوع على العميل ليس مطلقا، فهناك بعض الحالات تعفي الوسيط من الضمان إما لسبب راجع إلى سلوك العميل كعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية إزاء المشتري، أو صدور غش منه ، أو بسبب التصرف القانوني

المنشئ للحق بحد ذاته، أو في حالة الفواتير غير المقبولة أيضا، وهذا ما سنراه فيما يلي:

-1 بسبب سلوك العميل:

-1-1 عدم تنفيذ العميل لالتزاماته:

إن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته بوفاء قيمة ديونه قد يرجع إلى خطأ الدائن، و في هذه الحالة يمكن للمدين أن يدفع في مواجهة الدائن بعدم تنفيذ الالتزام، حيث يعطي نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري الحق للمدين بأن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

فإذا لم ينفذ الدائن (العميل) التزاماته اتجاه مدينيه، كعدم تسليم المبيع مثلا إذا تعلق الأمر بعقد بيع[26]، أو لم يقم بتأدية الخدمة إذا كنا بصدد عقد تأدية خدمات، ففي هذه الحالة لا يقوم الضمان ولا يجوز للعميل أن يستفيد من خطئه، لأن عقد الضمان في عقد تحويل الفاتورة ليس إثراء بلا سبب [27].

فإذا فرضنا حصول منازعات قانونية بين العميل ومدينه، فهنا يجب التمييز بين حالتين:

الأولى هي إذا كانت هذه المنازعات قد نشأت قبل إبرام عقد تحويل الفاتورة وانتقال الحقوق إلى الوسيط، ففي هذه الحالة لا تقوم مسؤولية هذا الأخير ولا يلتزم بتحمل تبعة عدم التسديد عند تحصيل هذه الحقوق، لأن الدائن)العميل) و قبل إبرام العقد ملزم بإعلام الوسيط بكل الحوادث والمنازعات التي يمكن أن تؤثر على مسألة التحصيل، فلا يضمن الوسيط حقوقاً متنازعا عليها إلا إذا قبل صراحة تحمل المخاطر التي تحيط بها بعد إعلامه وهذا استثناءا عن القواعد العامة في عقد تحويل الفاتورة [28].

أما الحالة الثانية فتتمثل في قيام منازعات بين العميل و مدينه عقب إبرام العقد، فكثيرا ما ينص عقد تحويل الفاتورة على منح الدائن)العميل) أجل 30 يوماً لفضها مع مدينه، و إلا لن يضمن مخاطر تحصيل الحق [29].

1 - 2 - غش العميل:

من بين الأسباب المعفية للضمان أيضا هي حالة صدرور غش من قبل العميل، ويتحقق ذلك في حالة انعدام وجود الحق، حيث يدفع المدين في مواجهة الوسيط بعدم وجود عقد أساسي أصلا، ويكون ذلك عندما يصطنع العميل فواتيروهمية أو يستعمل طرقا احتيالية من شأنها أن توهم الوسيط بوجود عقد أصلي، بالإضافة إلى تعرض العميل إلى عقوبات جزائية عن جريمة النصب و الاحتيال [30] .

كما تقوم مسؤولية المدين في حالة تواطئه مع العميل في إصدار هذه الفواتير.

2 - بسبب راجع إلى الحق بذاته:

و هي الدفوع التي يكون مصدرها التصرف القانوني المنشئ للحق، فإذا كان العقد باطلا مثلا، فإنه يجوز للمدين أن يدفع ببطلانه في مواجهة الوسيط [31] .

كما يمكن أن يتضمن العقد المبرم بين العميل و الوسيط شرطا يخص احتفاظ هذا الأخير بحقه في الرجوع على العميل في حالة حدوث نزاع ذو طابع تجاري أو تقني [32].

و هناك حالة مهمة يجب الإشارة إليها و هي الحالة التي يتم فيها شهر إفلاس العميل الدائن قبل إتمام عملية البيع ووقوع شراء للفواتير و كتابة مخالصة الحلول قبل اكتمال العقد الأصلي، حيث لا يمكن للوسيط في هذه الحالة مطالبة المدين بالوفاء لأن الحق الذي تمثله الفواتيرلم ينشأ بعد، لعدم إتمام تنفيذ العقد الأساسي، و بالتالي فتستطيع المؤسسة الوسيط الرجوع هنا على العميل بما تم وفاؤه لأنها لا تضمن عدم الرجوع بسبب إفلاس العميل قبل تنفيذ التزاماته [33]، و لا يمكن للوسيط سوى استرداد قيمة الفواتير التي تم تحويلها إليه قبل شهر إفلاس العميل، دون الفواتير اللاحقة على شهر الإفلاس، لأنها تعد حقوقا لجماعة الدائنين.

وفي حالة شهر إفلاس العميل سيتعذر على الوسيط أن يستوفي قيمة دينه بطريق القيد العكسي بالجانب المدين من الحساب الجاري للعميل، لأنه يجب قفل الحساب واستخراج الرصيد، فإذا كان هذا الأخير دائنا لمصلحة العميل، فعلى الوسيط أن يدفعه إلى وكيل التفليسة [34] .

كما أن انقضاء الالتزام يعتبر سببا لرجوع الوسيط على عميله، في حالة وجود دفوع تتعلق بانقضاء الحق بسبب التقادم و الإبراء أو المقاصة، و لكي يجوز الاحتجاج بهذه الدفوع في مواجهة الوسيط يجب أن تنشأ قبل نقل الحق أي قبل الحلول، لأنها لو نشأت بعد نقل الحق فالوسيط يصبح معفى من الضمان.

ففي حالة تعذر الوسيط على تحصيل الديون بسبب راجع إلى الحق ذاته كانعدامه أو بطلانه أو انقضائه سواء بالمقاصة أو بالطرق الأخرى لانقضاء الحق، فإنه يحق للمؤسسة هنا أن ترجع على العميل بدعوى استرداد غير المستحق، كأحد تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب ذلك لأنه إذا كان مشتري الفواتير يكتسب على إثر عملية الحلول الحقوق المحولة بكل ضماناتها من دون الرجوع على العميل بالمقابل، إلا أنه بالرغم من ذلك يحتفظ بدعوى رد المدفوع دون وجه حق، لانعدام الالتزام كليا أو جزئيا [35].

3 - حالة الفواتير الغير مقبولة:

و هي حالة تعفي الوسيط أيضا من ضمان عدم الرجوع على عمليه، لأن الوسيط لا يوفي بقيمة الفواتير هنا على أساس الحلول و إنما على أساس الوكالة كون هذه الفواتير لم يتم قبولها من طرفه، وبالتالي فهو يعجل قيمتها للعميل فقط بموجب وكالة التحصيل كما سبق التعرض إليه آنفا.

4 - رجوع الوسيط بسبب تجاوز العميل المبلغ المتفق عليه:

يمكن للعميل في بعض الحالات الاستثنائية أن يتحمل خطر عدم ملاءة مدينه ، حيث يمكن أن يتضمن العقد المبرم بين العميل و الوسيط بندا يلزم العميل بأن يكفل مدينه إذا تجاوز مبلغا معينا [36].

5 - بسبب عدم دفع المدين لديونه لوجود أولوية في الدائنين:

من بين الحالات التي تعطي أيضا للوسيط الحق في الرجوع على عميله بمبلغ الفواتير هي حالة رفض المدين الدفع للوسيط بسبب وجود حق أولوية لدائنين آخرين للمدين و هذا يعطي الحق للوسيط بالرجوع على العميل و لا يستطيع هذا الأخير التمسك بضمان عدم الرجوع عليه لأن عدم دفع المدين ليس سببه تعثره المالي و إنما وجود أفضلية لدائنين آخرين على حق العميل (الدائن) [37].

ثالثا: ضمانات الوسيط في حالة رجوعه على العميل:

يتمتع الوسيط ببعض الضمانات في حالة رجوعه على عميله لاستيفاء مبلغ الفواتير، نلخصها فيما يلي:

أ- وجود حساب جاري:

يمكن تعريف الحساب الجاري بأنه عقد يلتزم بمقتضاه طرفاه بأن يقيدا الحقوق و الديون الناشئة عن كل أو بعض العلاقات المتبادلة التي تربط بينهما خلال مدة الحساب على أن تتم تصفيته في نهاية هذه المدة[38].

فتربط بين الوسيط و عميله علاقة حساب جاري[39]، حيث يعتبر هذا الأخير ضمانا لمصلحة الوسيط، ولتدعيم هذا الضمان، تنص بعض العقود بأن الحقوق و الديون المتبادلة الناشئة عن تنفيذ الاتفاقية تكون مترابطة و غير قابلة للتجزئة، وبالتالي يمكن إجراء مقاصة بخصوصها.

و منه يستطيع الوسيط أن يرجع على العميل عن طريق إجراء قيد عكسي في الحساب حتى ولو نقل إليه العميل ديونا وهمية مثلا، و تكمن الفائدة أيضا من إجراء القيد العكسي في إمكانية القيام به حتى بعد وضع العميل تحت التسوية القضائية [40].

ففي حالة عدم تمكن الوسيط من استيفاء الدين من المدين، سيرجع على العميل عن طريق إجراء قيد عكسي بالجانب المدين من الحساب الجاري بقيمة ما تم دفعه له من قبل و ذلك بقيد قيمة الدين في الجانب الدائن من حساب العميل [41].

ب- الاقتطاع من مال الضمان [42]:

يشترط الوسيط في أغلب العقود المبرمة مع عملائه ضرورة تشكيل صندوق ضمان يتكون عن طريق خصم جزء من مبالغ الديون التي يدفعها الوسيط مقابل الحلول، و تقارب نسبة الاقتطاع حوالي 10 ٪ من المبلغ الإجمالي للديون.

و يشكل صندوق الضمان هذا رهنا لمصلحة الوسيط، حيث يرى أغلبية الفقه بأن هذا الأخير يحوز في هذه الحالة على تأمين حقيقي، ولكن حيث يحق للعميل استرداده بعد استيفاء الوسيط لحقوقه.

ج- الكفالة:

الكفالة عقد يتم بين الدائن و الكفيل دون المدين و هي ترتكز على التزام أصلي و تعمل على ضمان الوفاء به، فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين (43). و يجب أن يكون الكفيل شخصا موسرا و لا تصح الكفالة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا[44].

و يكون المنتمي في أغلب الحالات كفيل للمبالغ المستحقة من قبل المؤسسة المستفيدة من خدمات تحويل الفاتورة، حيث يمكن للوسيط ممارسة حق تتبع الكفالة إذا كان له الحق في متابعة المنتمي، إذ يجب الرجوع إلى بنود العقد لاستخلاص ما إذا كان الوسيط يلتزم بتتبع تحصيل الديون ضد المدين[45].

خاتمة:

و في ختام بحثنا فإذا كان عقد تحويل الفاتورة يقوم على أساس تعجيل الوسيط لقيمة الفواتيرلعميله مع التزامه بضمان تحصيل الفواتيرمع عدم الرجوع عليه في حالة تعذر التحصيل ، إلا أن هذا لا يعني أنه عقد يتم على سبيل التبرع، فبالرغم من ميزة الضمان التي تعتبر جوهر العقد إلا أن هذا الضمان محدود النطاق، فهناك حالات يرجع فيها الوسيط على عميله و يطالبه باسترداد المبالغ المدفوعة معجلا، و تتمثل هذه الحالات في سلوك العميل عن طريق ارتكابه للخطأ أو الغش، أو بسبب راجع إلى التصرف القانوني بحد ذاته.....الخ، كما أن هناك ضمانات تتقرر للوسيط أثناء تنفيذ العقد، و بالتالي فهو يحمي نفسه من مخاطر عدم الدفع باعتباره مؤسسة مالية مانحة للائتمان ، إلا أنه و من الناحية العملية فميزة الضمان هذه غير معمول بها في الجزائر، حيث و باقترابنا من إحدى الشركات التي تقوم بنشاط تحويل الفاتورة تبين بأنها تقوم بوظيفة تحصيل الديون فقط بصفتها وكيلا عن عميلها و ليس تعجيل دفع الديون مع ضمان التحصيل، فغياب الوعي المصرفي في بخصوص عقد تحويل الفاتورة لا يزال قائما لحد الآن.

قائمة التهميشات و المراجع:

1 - و هو التعبير الذي أضفاه المشرع الجزائري على العقد، غير أن هناك عدة تعابير أخرى أعطيت له، منها: عقد شراء الحقوق أو الديون التجارية، وكالة التسويق، عقد الفاكتورينغ الذي هو ترجمة للمصطلح الانجليزي « Factoring »، أو « Contrat d'affacturage » عملا بما ورد في لائحة التعريف بالمصطلحات الاقتصادية و المالية الفرنسية بتاريخ 29/11/1973. انظر د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكتورينغ (عقد شراء الديون التجارية – دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص 37.

2 - موساسيب زهير، ملائمة عقد تحويل الفاتورة لتمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الثالثة، المجلد06، عدد 2 ، سنة 2012، ص 194.

3 - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 623.

4 - المرسوم التشريعي الجزائري رقم -93 08 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413هـ / الموافق لـ 25 أفريل 1993م المعدل والمتمم للأمر -75 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري.

5 - بالنسبة للنقد الموجه في إدراج المشرع الجزائري لأحكام عقد تحويل الفاتورة ضمن نصوص القانون التجاري لاسيما السندات التجارية، انظر:

-Rachid Zouaimia, Remarques critiques sur la technique du factoring en droit algérien, Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques Et Politique, université d'Alger, Faculté de droit, n 1, 2007, p 112.

6 - يوجد حالات خاصة فقط تنص على الالتزام بالضمان كنص المادة 34 من القانون التجاري الجزائري و ما بعدها الخاصة بعقد الوكالة بالعمولة للنقل من دون وجود تنظيم عام.

-7 يحصل من خلاله العميل على اعتماد مقابل دفعه عمولات و فوائد لصالح الوسيط مشتري الديون تتمثل في:

- عمولة المصاريف الإدارية : تخص الأعمال الإدارية أو المحاسبية أو الاستشارية التي يقدمها الوسيط، و مصاريف التأمين ضد مخاطر عدم وفاء المدينين، وهناك عدة معايير تدخل في تحديد ، العمولة، منها: طبيعة العمل التجاري الذي يقوم به العميل، مقدار المبيعات السنوية للعميل، عدد المدينين الذين يتعامل معهم، حجم ائتمان المدينين.

- أما الفائدة فتعتمد على مدة الاستفادة من النقود التي يقدمها الممول للعميل، فإذا كانت النقود تدفع قبل حلول موعد استحقاق الديون كانت الفائدة مرتفعة، و تقل في حالة كون النقود مقدمة في تاريخ الاستحقاق أو قبيل موعد الاستحقاق.

د. أحمد عبد الرحمان الملحم، د. محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية و عمليات التوريق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2004، ص 50.

8 - د. علي البارودي، العقود و عمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 77.

9 - د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية و دوره في علاج مشاكل التحصيل، بحث مقدم إلى الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجديد في التمويل المصرفي، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص -309 310.

10 - د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق ، ص 647.

11 - بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2012، ص 259.

12 - Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit Bancaire, 8e édition Dalloz, Paris, 2004, P 87.

13 - د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 649.

14 - بلعيساوي محمد الطاهر ، المرجع السابق، ص 262.

15 -Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit Bancaire, 8e édition Dalloz, Paris, 2004, P 87.

16 - نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكتورنغ، المرجع السابق، ص 147.

17 - موساسيب زهير، المرجع السابق، ص 198.

18 - الإفلاس هو الوضعية القانونية للتاجر الذي توقف عن دفع ديونه، يعلن عنه بحكم قضائي طبقا لنص المادة 225 فقرة 1 من القانون التجاري التي تنص: « لا يترتب إفلاس ولا تسوية قضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك».

19 - د. هشام فضلي، المرجع السابق، ص 315.

20 - محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة- دراسة تحليلية- رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، -2000 2001، ص 153 .

21 - لقد استعمل المشرع الجزائري عدة عبارات للتعبير عن القوة القاهرة في القانون المدني منها، سبب لم يكن يتوقعه في المادة 138 / 2، سبب لا يد له فيه المادة 369، وليس من فعله في المادة 496.

22 - د. هشام فضلي، المرجع السابق، ص 316.

23 - د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص651.

24-Dans la pratique, le vendeur remet au factor une quittance subrogative sur laquelle il porte la mention manuscrite « Bon pour subrogation », et qu'il signe. Voir Pierre Jude, Op.cit, P 18.

25 - انظر نص المادة 267 من القانون المدني الجزائري.

26 - طبقا لنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري.

27 - حيث طبقا لنص المادة 141 من القانون المدني الجزائري، فكل من نال عن

حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها من يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء.

28 - جهلول عمار حبيب، عقد خصم الديون دون حق الرجوع، الطبعة الأولى، دار نيبور، بغداد، 2011، ص 112.

29 - د. هشام فضلي، عقد شراء الديون التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 110.

30 - انظر أحكام قانون العقوبات المتعلقة بجريمة النصب و الاحتيال.

31 - و هذا ما أكده نص المادة 9/1 من اتفاقية أوتاوا لتوحيد شراء الحقوق في التجارة الدولية .

32- Ainsi un contrat peut stipuler que «le factor supporte seulement le risque d'insolvabilité des débiteurs défaillants et que, s'il a la charge du recouvrement des factures impayées pour lesquelles il a payé le client contre remise de quittances subrogatives, il doit informer le client du refus de paiement de l'acheteur fondé sur une cause autre que l'insolvabilité, ce dernier disposant alors d'un délai de 30 jours pour régler le litige, sauf la possibilité pour le factor, passé ce délai, de débiter le compte d'affacturage du montant des créances contestées». Dans un tel cas, si l'adhérent n'a pas été diligent, le factor peut exercer son recours contre lui ou sa caution (CA Paris, Pôle 5, ch. 6, 8 mars 2012 : JurisData n° 2012-003903). Dominique legeais, affacturage, JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, Fasc. 580, Date du fascicule : 30 Août 2012, Date de la dernière mise à jour : 27 Avril 2015, P 15.

33 - د. ذكري عبد الرزاق، عقد شراء فواتير الديون التجارية من الوجهتين العملية و القانونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2010، ص 119.

34 - نفس المرجع، ص 121.

35 - د. ذكري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 117.

36- Dominique legeais, affacturage, Op. Cit, P 16.

37 - د. هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 112.

38 - د. هاني محمود دويدار، النظام القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1997، ص 337.

39 - و هناك من عرف الحساب الجاري بأنه اتفاق بين شخصين على أن تدخل العمليات التي تتم بينهما في حساب جار بكل ما يترتب على ذلك من آثار يحددها العرف والقضاء. د علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 327.

40- Dominique legeais , affacturage, Op. Cit, P 17.

41 - د. ذكري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 120.

42 - Dominique legeais ,Op. Cit, P 17.

43 - د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة ، 2007، ص 282، 283.

44 - طبقا لنص المادتين 646 و 648 من القانون المدني الجزائري.

45 - Dominique legeais , affacturage, Op. Cit, P 17.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

1 - نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكتورينغ (عقد شراء الديون التجارية – دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005.

2 - موساسيب زهير، ملائمة عقد تحويل الفاتورة لتمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الثالثة، المجلد06، عدد 2، سنة 2012.

3 - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.

4 - أحمد عبد الرحمان الملحم، محمود أحمد الكندري، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية و عمليات التوريق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2004.

5 - د. علي البارودي، العقود و عمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

6 - هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية و دوره في علاج مشاكل التحصيل، بحث مقدم إلى الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجديد في التمويل المصرفي، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.

7 - بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2012.

8 - محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة- دراسة تحليلية- رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، -2000 2001.

9 - جهلول عمار حبيب، عقد خصم الديون دون حق الرجوع، الطبعة الأولى، دار نيبور، بغداد، 2011.

10 - هشام فضلي، عقد شراء الديون التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

11 - هاني محمود دويدار، النظام القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1997.

12 - ذكري عبد الرزاق، عقد شراء فواتير الديون التجارية من الوجهتين العملية و القانونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2010.

13 - المرسوم التشريعي الجزائري رقم 93 - 08 المؤرخ في 03 ذي القعدة 1413هـ / الموافق لـ 25 أفريل 1993م المعدل والمتمم للأمر 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري.

14 - القانون المدني الجزائري الصادر بتاريخ 26 /09/ 1975 المعدل و المتمم.

باللغة الفرنسية:

-1- Rachid Zouaimia, Remarques critiques sur la technique du factoring en droit algérien, Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques Et Politique, université d'Alger, Faculté de droit, n 1, 2007.

2- Françoise Dekeuwer-Défossez, Droit Bancaire, 8e édition Dalloz, Paris, 2004.

3- Pierre Jude, Technique et Pratique Du Factoring, édition Banque, 1984.

4- Dominique legeais, affacturage, JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, Fasc. 580, Date du fascicule : 30 Août 2012, Date de la dernière mise à jour : 27 Avril 2015.