

## بررسی ماهیت حقوقی و آثار فاکتورینگ در حقوق آمریکا و انگلیس

محمدعلی مهدوی ثابت \*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۹/۱۴

مهدی شاکری \*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹/۱۲/۲۰

### چکیده

فاکتورینگ به عنوان یکی از قدیمی ترین و رایج ترین شیوه های تامین مالی، در تجارت جهانی امروز از جایگاه ویژه ای برخوردار است. گسترش دایره تجارت بین الملل و در نتیجه آن بروز مسائل این نوع از تجارت، اهمیت فاکتورینگ را بیش تر می کند. مسائلی همچون عدم آشنایی با زبان و مجموعه قوانین کشور طرف قرارداد، تاخیر در وصول کالا و همین طور تاخیر در زمان تادیه ثمن و در نهایت نیاز به تامین منابع مالی گسترده. ریشه فاکتورینگ امروزی به انگلستان و سپس آمریکا بر می گردد. مقاله حاضر نیز به بررسی ماهیت و اقسام و آثار فاکتورینگ در این دو کشور خواهد پرداخت. لذا ابتدا ماهیت فاکتورینگ از حیث پیشینه و اقسام آن در نظام حقوقی آمریکا و انگلستان را مورد بررسی قرار می دهد. سپس ماهیت حقوقی فاکتورینگ و احتمالات مختلفی که در حقوق کامن لا برای آن بر شمرده شده تشریح خواهد شد. اهم قوانین دو کشور مورد بررسی قرار می گیرد و در نهایت آثار فاکتورینگ بر طرفین قرارداد و همچنین بر اشخاص ثالث بر اساس قوانین ملی و کنوانسیونهای یونیدرویت و آنسیترا ل معلوم میگردد.

رویه قضایی را در هر دو نوع با حق رجوع و بدون حق رجوع، یک بیع طلب می داند. در حالی که غالب قضات آمریکایی، فاکتورینگ با حق انگلستان فاکتورینگ رجوع را یک قرض همراه با وثیقه می دانند. فاکتورینگ به عنوان یک قرارداد خصوصی تابع اصل آزادی اراده است و تنها قواعد ماهوی داخلی کشورها بر اراده طرفین توفیق دارد. آنسیترا ل و یونیدرویت نیز با وجود اهمیت خود تنها به وضع قوانین شکلی می پردازند. در اثر فاکتورینگ میان عامل و فروشنده یک رابطه حقوقی برقرار می شود که برای طرفین حاوی تعهدات و حقوقی است که مبنای آن را تراضی طرفین تشکیل می دهد. همچنین فاکتورینگ بر بدهکار نیز اثر گذار است.

### واژگان کلیدی

تأمین مالی، فاکتورینگ، بیع طلب، تراضی، قانون حاکم.

ali@mahdavi.fr

shakeri123emamat@gmail.com

\* عضو هیئت علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسوول)

## مقدمه

در سال ۱۹۷۴ یعنی در سالهایی که فاکتورینگ مدرن روزگار ابتدایی خود را می‌گذراند، بیست شرکت فاکتورینگ واقع در ایالات متحده آمریکا از طریق فرآیند فروش کالا درآمدی بالغ بر ۲ بیلیون دلار داشتند. (silverman, 2002, p.1) این آمار می‌تواند به تنهایی بیانگر اهمیت فاکتورینگ در تجارت امروز باشد. اهمیت تاثیر فاکتورینگ، در ثبات بخشی به اقتصاد جهانی و تسهیل تامین مالی در تجارتي است که روز به روز گسترده تر و دارای سرعتی بیش تر می‌شود.

نخستین نشانه‌ها از فاکتورینگ را می‌توان در امپراتوری مقدس روم یافت. قرن شانزدهم که ایتالیا به تجارت‌های گسترده‌ای در حوزه مدیترانه دست یافته بود. کارگزار فاکتورینگ (که در این مقاله او را عامل می‌نامیم) در آن زمان مسوولیت مستقیم تری نسبت به شرکتهای فاکتورینگ امروزی داشت. عامل کسی بود که جنس معینی را از جانب مالکش در ازای دریافت حق کمسیون معین می‌فروخت. تفاوت عامل با واسطه در این بود که واسطه تنها برای فروش کالا توسط مالک استخدام میشد در حالی که کالا برای فروش به عامل سپرده میشد و در چارچوب قرارداد، به نحوی که خود می‌دانست به فروش میرساند. کمی بعد عامل بیشتر به عنوان مأمور فروش کالاهای صادراتی به خارج از کشور شناخته میشد که حوزه فعالیتش بیش تر در حوزه کالاهای کشاورزی و منسوجات بود. با گذشت زمان و افزایش سرمایه شرکتهای فاکتورینگ عاملان این امکان را یافتند تا فروش‌های اعتباری را آغاز کنند. به این ترتیب که با پرداخت درصد عمده مبلغ حسابهای دریافتی به فروشنده، این حسابها را به خود منتقل کرده و مستقیماً طرف خریدار قرار می‌گرفتند. در نتیجه این روند، به تدریج لغت "نماینده وصول طلب" که برای عامل به کارگرفته می‌شد بیانگر ریسکی شد که عامل باید در صورت عدم پرداخت قیمت از جانب خریدار تحمل میکرد. بعلاوه حق کمسیون که عامل برای وصول طلب می‌گرفت جبران‌کننده ریسک اضافه‌ای بود که عامل باید تحمل می‌نمود. (the bareu of national affairs, 2004, p.12)

با ورود به قرن بیستم خصوصاً بعد از جنگ جهانی اول شاهد تحول عمده ای در عملیات فاکتورینگ هستیم. در این دوره عاملها تعهداتی که سابقاً به عهده داشتند واگذار کردند و بر روشهای تأمین مالی مشتریان خود و مسوولیت پذیری در قبال اعتبار مالی خریداران کالا متمرکز شدند (papadimitriu,2005, p.11)

در حال حاضر کلمه فاکتورینگ در برگیرنده مجموعه ای از خدمات تأمین مالی و ارزیابی اعتباری برای انواع مختلف کالا و برای تولید کنندگان و توزیع کنندگان است. عناوین این خدمات بدین ترتیب است: (۱) خرید حسابهای دریافتنی (فاکتورها) (۲) ارزیابی و تضمین اعتبار خریدار در قبال پرداخت ثمن کالا (۳) انجام فعالیت های حسابداری، تهیه دفتر کل حسابها و جمع آوری و نظم دهی حسابهای دریافتنی (۴) تأمین مالی فروشنده کالا از طریق پرداخت پیش از موعد سر رسید ثمن کالا یا به وثیقه گرفتن کالاهای موجود در انبار یا در حال ساخت فروشنده و پرداخت معادل ثمن کالا به ازای آن.

در این مقاله ابتدا ماهیت فاکتورینگ از حیث پیشینه و اقسام آن در نظام حقوقی آمریکا و انگلستان را مورد بررسی قرار می دهد. سپس احتمالات راجع به ماهیت حقوقی آن در قالب عقود معین عقود ترکیبی و عقد مبتنی بر ماده ۱۰ تشریح خواهد شد. اهم قوانین دو کشور مورد بررسی قرار می گیرد و در نهایت آثار فاکتورینگ بر طرفین قرارداد و همچنین بر اشخاص ثالث براساس قوانین داخلی و دو کنوانسیون آنسیترال و یونیدرویت معلوم میگردد.

## ۱. ماهیت فاکتورینگ

فاکتورینگ بر مبنای مالکیت کالای فروش رفته استوار است. مالکیت یک کالا زمانی قابل اثبات است که دارنده کالا اسناد مربوط به آن را در اختیار داشته باشد. در این چهارچوب فروشنده کالا و خدمات با صدور حساب دریافتنی مالکیت اجناس را به خریدار انتقال می دهد و خریدار نیز با پرداخت وجه یا با صدور اسنادی نظیر چک و سفته، اقدام به تملک آنها می نماید که در حالت دوم خرید اعتباری صورت گرفته است. فروشنده کالا در صورت نیاز به وجه نقد جهت تأمین منابع برای گردش

نقدینگی، می‌تواند از ساز و کار فروش این اسناد به عامل استفاده کند. شرکت فاکتورینگ با بررسی اسناد و پس از ارزیابی اعتبار خریدار، درصد عمده مبالغ عامل را در اختیار فروشنده قرار می‌دهند و خود در تاریخ سررسید نسبت به وصول آنها از خریدار کالا اقدام مینمایند. خرید عامل در واقع خرید ریسک عدم پرداخت بدهکاران اولیه می‌باشد. بنابراین در صد تنزیل عاملها با توجه به این ریسک تعیین می‌شود. هر میزان که ریسک بیش تر باشد بهای خرید اسناد بالا تر می‌رود. فرآیند مذکور از ابتدای پیدایی فاکتورینگ، به این شکل انسجام نیافته بود. روند کنونی فاکتورینگ حاصل تغییرات این نهاد در طول سالیان است. در این فصل، در ابتدا به بررسی پیشینه این روند خواهیم پرداخت و در گفتار دوم بر اساس ماهیت معرفی شده در گفتار اول، ماهیت حقوقی این نهاد در حقوق کامن لا مورد بحث قرار خواهد گرفت.

## ۱-۱. پیشینه و مفهوم

### ۱-۱-۱. پیشینه فاکتورینگ در انگلیس و آمریکا

همچنانکه دیرینه تجارت به اندازه سابقه بشر است، نیاز به تأمین منابع مالی نیز از سابقه ای کهن برخوردار است. فاکتورینگ به معنای فروش نیابتی کالا در میان مردمان بابل قدیم رواج داشته و همچنانکه به اختصار گفته شد در قرن شانزدهم مردمان امپراتوری روم مقدس سبب بالندگی این شیوه تأمین مالی شدند. اما سابقه فاکتورینگ مدرن که موضوع این مقاله است به قرن نوزدهم و به کشور انگلستان باز می‌گردد. جرقه شروع فاکتورینگ مدرن از صنعت نساجی انگلستان به عنوان صنعت مهم صادراتی این کشور زده شد. جایی که بلک ول هال<sup>۱</sup> به عنوان مرکز تجارت منسوجات بریتانیا در جهت تأمین نیازهای مالی صادر کنندگان به شیوه فاکتورینگ روی آورد. عاملهای بلک ول هال به صورت حق العمل کاری اقدام به امانت گرفتن اجناس تجاری و فروش آنان به مشتریان داخل و خارج از کشور میکردند. همچنین ایشان به منظور تأمین مالی

تولید کنندگان مبلغی از بهای کالا را به صورت پیش پرداخت قبل از اینکه اقدام به وصول از خریدار کنند به فروشنده پرداخت می کردند. در بعضی موارد این پیش پرداخت در دو مرحله صورت می گرفت یکی بعد از به امانت گرفتن و دیگری قبل از عملیات وصول طلب. پس از فروش اعتباری، عاملها بر مبنای حسابهای خریداران برای مشتریان خود عملیات حسابداری انجام داده دفتر کل تشکیل می دادند و بر مبنای ترتیب مندرج در دفتر اقدام به وصول طلبها میکردند. پس از وصول، حقوقی را که برحسب قرارداد متعلق به خود بود کسر کرده و مابقی را به تولید کننده پرداخت می کردند. به تدریج رایج مشاوره های تجاری نیز - از حیث مطلوبیت یک کالای خاص و ... - رواج یافت. کمی بعد مفهوم "del credere" نیز به خدمات عاملها اضافه شد. مفهومی که بیانگر تضمین توان خریدار در پرداخت بدهی توسط عامل بود. در نتیجه چنانچه عامل در ارزیابی توان خریدار اشتباه می کرد خود مسوول بود و امکان رجوع به فروشنده را از دست می داد. اما اگر عدم پرداخت منشائی غیر از ناتوانی خریدار داشت، عامل هیچ ریسکی را تحمل نمی کرد. (Hillyer, 2001, vol 4, p. 305-400)

با مهاجرت گروهی از مردمان بریتانیا با انگیزه های گوناگون به قاره آمریکا ایده فاکتورینگ نیز به این قاره انتقال یافت. اما با این تفاوت که شرکتهای تولیدی آمریکایی اعم از منسوجات و غیر از آن در بنادر قرار داشتند و این یک موقعیت مناسب برای ارتباط گیری مستقیم با مشتریانشان فراهم می کرد. بعلاوه ظهور وسایل ارتباطی جدید مثل تلفن و فکس، تولید کننده را از مراجعه به واسطه هایی چون عاملها بی نیاز کرده بود. از طرفی پس از استقلال آمریکا و اتخاذ سیاست های سخت گیرانه بر واردات از اروپا کار برای عاملها دشوارتر شد و بالاخره با تصویب قانون تعرفه ۱۸۹۰ که نرخ تعرفه واردات از اروپا چند برابر کرد، سیستم قدیمی فاکتورینگ کارآمدی خود را از دست داد. (Ronnic, 2001, p. 11)

با وقوع این تغییرات طبیعی بود که عاملها در ارائه خدمات خود بازنگری کنند. نتیجه این بازنگری دور شدن عاملها از نقش سنتی خود به عنوان حق العمل کار فروش و تمرکز بیش تر بر خدمات مالی و تسهیلاتی بود. به گونه ای که در پایان این دوره عاملها دیگر امر فروش کالاها را به عهده نگرفتند. تغییر مهم دیگر در به عهده گرفتن

ریسک عدم پرداخت مشتری بود. به این صورت که با تحولات اقتصادی صورت گرفته عاملها از پذیرش این ریسک نیز خودداری نمودند.

تنوع خدمات فاکتورینگ و آزادی این شرکتها در تعیین محورهای تعهداتی باعث شده که تا به امروز نیز قرارداد فاکتورینگ از یک الگوی متحد پیروی نکند. و اساساً این پرسش هنوز قابل طرح است که چه زمان می توان یک معامله را فاکتورینگ نامید؟ و ماهیت حقوقی خرید حساب دقیقاً چیست؟ آنچه مورد اتفاق است این است که در ادبیات تجاری امروز هرگونه خرید حساب را مشمول فاکتورینگ می دانند سوای اینکه این خرید حساب چه تعهداتی را بر دوش طرفین می گذارد.

## ۱-۱-۲. اقسام فاکتورینگ

### ۱-۱-۲-۱. از حیث قابل رجوع بودن:

بدون حق رجوع<sup>۱</sup>: عامل ریسک عدم پرداخت بدهی را خود به عهده می گیرد و بر اساس توافق مبلغی را به عنوان اجرت از نرخ حسابها کسر می نماید.

با حق رجوع<sup>۲</sup>: تمامی ریسک با مشتری است و عامل در صورت عدم پرداخت بدهکار مسوولیتی نداشته و میتواند مبلغ پیش پرداخت را پس بگیرد.

بدون حق رجوع ناقص<sup>۳</sup>: به عهده گرفتن ریسک برای یک دوره زمانی خاص مثلاً تا ۱۰ روز پس از انقضای سررسید.

با حق رجوع ناقص<sup>۴</sup>: تقسیم شدن ریسک میان عامل و مشتری بر حسب توافق طرفین

### ۱-۱-۲-۲. از حیث اطلاع به بدهکار:

همراه با اطلاع به بدهکار: به بدهکار گفته می شود که حساب ها توسط عامل خریداری شده است.

بدون اطلاع به بدهکار: به بدهکار از انتقال حسابها چیزی گفته نمی شود و مشتری به عنوان نماینده عامل در برابر اجرتی مورد توافق به وصول بدهی اقدام میکند.

### ۳-۲-۱-۱. از حیث پرداخت پیش پرداخت:

همراه با پیش پرداخت<sup>۶</sup>: عامل به جهت تامین مالی مشتری درصدی از مبلغ حسابها را در روز خرید حساب پرداخت می کند و مابقی مبلغ مورد توافق را از محل وصول بدهی پرداخت میکند.

بدون پیش پرداخت<sup>۷</sup>: در فاکتورینگ بدون حق رجوع صورت می گیرد بدین نحو که عامل مبلغی در هنگام خرید حساب نمی پردازد و بعد از وصول بدهی برای پرداخت اقدام می کند.

### ۴-۲-۱-۱. اقسام دیگر:

فاکتورینگ نقدی<sup>۸</sup>: عامل تنها یک حساب یا تنها حسابهای اندکی از یک بدهکار را به صورت غیر قابل رجوع خریداری می کند.

فاکتورینگ دو قسمتی<sup>۹</sup>: برخی از حسابهای یک مشتری توسط یک عامل و برخی از آن توسط عامل دیگر خریداری می شود. (David B. tage & Epstein Becker, 2004, p.20)

## ۲. ماهیت حقوقی فاکتورینگ

در صحنه بین المللی، کشورهای مختلف دو نوع رویکرد را در به کارگیری تأمین مالی از طریق فاکتورینگ در قوانین شان اتخاذ کرده اند. رویکرد اول به این صورت است که در کشورهای مختلف به استثنای فرانسه، تأمین مالی از طریق فاکتورینگ به وسیله سازوکار «انتقال تعهدات - حقوق»<sup>۱۰</sup> توجیه می شود

رویکرد دوم که کشور فرانسه طرفدار آن است، به این صورت است که در این کشور برای استفاده از فاکتورینگ سازوکاری با عنوان «جانشینی قراردادی»<sup>۱۱</sup> به کار می رود که به وسیله ماده ۱۲۵۰ قانون مدنی فرانسه مقرر گردیده است.

مبنای عقد فاکتورینگ و در واقع نقطه آغاز آن انتقال طلب از مشتری به عامل است به همین جهت است که در بیشتر کشورهای فاکتورینگ در قوانین ایشان پیش بینی نشده از قواعد انتقال طلب برای توجیه فاکتورینگ استفاده کرده اند. در متون قانونی ما، مبحث خاصی به انتقال طلب اختصاص داده نشده است، لیکن می توان مقررات حاکم بر آن را از ماده ۱۰ قانون مدنی و مواد راجع به عقد ضمان و حواله و نیز از بند ۲ ماده ۲۹۲ ق. م (بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل میشود:.... وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را اداء نماید.) استنباط کرد و با عنایت به سابقه فقهی آنها می توان از بعضی مواد قانون مدنی برای توضیح انتقال طلب استفاده نمود. در واقع از طریق عقود معینی مانند ضمان و حواله و... و همچنین عقود نامعین است که انتقال طلب در نظام حقوقی ما صورت می گیرد. در ادامه به بررسی عقود معینی که از نظر ماهیت می توانند ظرف فاکتورینگ قرار گیرند بررسی خواهد شد.

اما بررسی عقود معین کافی نیست چرا که عقد فاکتورینگ در حقیقت یک عقد مرکب است و تعهدات متنوعی تحت این عنوان بر عهده عامل قرار می گیرد. پس، بررسی این عقد به مثابه ترکیبی از چند عقد معین نیز موجه به نظر می رسد. در انتها فاکتورینگ به مثابه یکی از مصادیق قراردادهای مشمول ماده ۱۰ بررسی خواهد شد تا در نهایت معلوم شود آیا فاکتورینگ در قالبهای موجود عقود خواهد گنجید یا خیر؟

## ۱-۲. تأمین مالی فاکتورینگ در عقود معین

### ۱-۱-۲. بیع طلب

م ۳۳۸ قانون مدنی بیع را چنین تعریف کند: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. در حالیکه دین یک نوع حق مالی است بر خلاف عین که ملموس و قابل رویت است. پس از ظاهر ماده چنین بر می آید که بیع طلب نمی تواند قانونی باشد. با این حال، از آنجایی که در تفسیر مواد قانون مدنی باید به عرف معاملاتی



جامعه توجه کرد، بیشتر حقوق دانان معتقدند که تفسیر این ماده باید با توجه به ماده ۳۵۰ ق.م. انجام شود. ماده یادشده بیان می‌دارد: «بیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین کلی فی الذمه باشد». نظر این حقوق دانان، این بوده که قانون گذار با به کار بردن عبارت کلی فی الذمه، بیع طلب را مجاز شمرده است.

علاوه بر این مصوبه جلسه چهارصد و هفتاد و یک شورای پول و اعتبار در خصوص آیین نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری، بیع طلب را مجاز شمرد. پس از آن این مصوبه در شورای نگهبان نیز طرح شد و اکثریت شورا، آن را مخالف شرع و قانون ندانست. در نامه شورای نگهبان به بانک مرکزی آمده است: «عطف به نامه شماره ۲۳۴۴/ه مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۵ آیین نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری (خرید دین) مصوب جلسه چهارصد و هفتاد و یکمین مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار که در جلسه رسمی شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و با اکثریت آراء مغایر با موازین شرعی و قانون اساسی شناخته نشد».

پس از مصوبه سال ۶۱، در سال ۱۳۸۹ شمسی قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران در راستای رفع مشکلات تأمین منابع مالی و استفاده از ابزارهای نوین تأمین مالی در بانکداری اسلامی در ماده ۹۸ مقرر نمود: «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می‌شود. آیین نامه اجرایی به تصویب هیات وزیران می‌رسد» در نتیجه بیع طلب به عنوان عقدی مستقل به قانون عملیات بانکی بدون ربا اضافه شد.

آیین نامه اجرایی ماده ۹۸ قانون برنامه در پی آن به تصویب هیئت وزیران رسید و شورای محترم پول و اعتبار بر اساس تکلیف مقرر در ماده ۹۰ این آیین نامه، دستور العمل اجرایی عقد خرید دین را در ۱۲ ماده و ۲ تبصره در یک هزار و یکصد و بیست و هشتمین جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ تصویب نمود. بانک‌ها از سال ۱۳۹۰ شمسی بر مبنای دستور العمل اجرایی خرید دین ابلاغیه بانک مرکزی، عملیات خرید دین ناشی از اسناد تجاری را انجام می‌دهند.

ماده ۱ دستور العمل اجرایی خرید دین چنین مقرر می‌دارد: «خرید دین قراردادی است که به موجب آن شخص ثالثی، دین مدت دار بدهکار را به کمتر از مبلغ اسمی آن به صورت نقدی از داین خریداری می‌کند». این تعریف کاملاً بر فاکتورینگ مطابقت دارد. در فاکتورینگ نیز آنچه اتفاق می‌افتد انتقال دین به شخص ثالث (عامل) است به کم‌تر از مبلغ اسمی. اما در ماده ۶ دستور العمل این شرط را بیان می‌کند که دیون و مطالباتی که موضوع فروش قرار می‌گیرند باید اصولاً کوتاه مدت باشند؛ یعنی سررسید آن‌ها کمتر از یک سال باشد. در حالیکه کوتاه مدت بودن دین در فاکتورینگ شرط نیست.

در محدودیتی دیگر تبصره ماده ۱ دستور العمل یادشده بیان می‌کند: «مبلغ اسمی رقمی است که در متن اسناد و اوراق تجاری ذکر گردیده است و حاکی از میزان دین می‌باشد». ماده ۳ دستور العمل پیش گفته نیز در تعریف اسناد و اوراق تجاری بیان می‌کند: «اسناد و اوراق تجاری به آن دسته از اسناد و اوراق بهادار اطلاق می‌گردد که مفاد آن حاکی از طلب حقیقی متقاضی باشد»؛ بنابراین با توجه به ماده ۳ تنها دین مدت داری مشمول این قانون است که ناشی از اسناد و اوراق تجاری باشد.

اسناد و اوراق تجاری دارای دو معنای عام و خاص هستند. در نتیجه این بحث به وجود می‌آید که منظور از اسناد و اوراق تجاری کدامند؟ در معنای عام، این اسناد و اوراق شامل کلیه اسناد و اوراقی هستند که در تجارت مبادله می‌شوند؛ از قبیل سیاهه تجاری (صورت حساب قبض انبار، اوراق بهادار، بارنامه، چک، سفته و برات). در معنای خاص اسناد تجاری شامل اسنادی می‌شوند که همان طور که اسکینی بیان کرده است: «از بسیاری جهات به برات شبیه اند و خصایص عمده آن را دارند و علاوه بر خود برات به طور عمده عبارت اند از سفته و چک. ویژگی‌های مشترک برات، سفته و چک به گونه ای است که در مورد آنها، به جای عنوان اسناد تجاری، می‌توان از عنوان «اسناد براتی» استفاده کرد. این اسناد جملگی قابل ظهن نویسی اند، ارزش آنها به پول جاری، در خودشان ذکر شده است، نماینده ی یک تعهد نقدی اند و در مدت کوتاهی قابل پرداخت هستند. ولی آنچه این اسناد را از اسناد دیگر جدا می‌کند، ویژگی تجریدی تعهدات ناشی از آنهاست». (اسکینی ربیعا ۱۳۸۶)

البته در فاکتورینگ به خودی خودی در قبال نوع اسناد تجاری واگذار شده محدودیتی وجود ندارد اما با توجه به ظاهر ماده که در توصیف اسناد منظور خود به تصریح میزان طلب در اسناد بسنده کرده می‌توان نتیجه گرفت که منظور ماده اسناد عام تجاری را نیز شامل می‌شود.

در مورد حق رجوع در فاکتورینگ ماده ۷ دستور العمل پیش گفته، مقرر می‌دارد: «بانک‌ها می‌توانند ضمن تنظیم قرارداد خرید دین، فروشنده دین را متعهد کنند که هرگاه مدیون در سررسید نسبت به پرداخت دین اقدام ننماید، وی متعهد به پرداخت آن باشد». ماده یاد شده امکان تنظیم قرارداد فاکتورینگ با حق رجوع و بدون رجوع از سوی بانک‌ها را فراهم کرده است. بنابراین عامل می‌تواند با تنظیم قرارداد فاکتورینگ با حق رجوع، در سررسید هنگامی که بدهکار از پرداخت دین خودداری می‌نماید، به فروشنده رجوع و مبالغ پرداختی را از وی استرداد نماید.

فاکتورینگ همراه با پیش پرداخت نیز می‌تواند با قالب بیع سازگار گردد: با این توضیح که در این جا طرفین توافق می‌کنند که مبلغ قرارداد، قبل از روز سررسید پرداخت شود و به همین نحو در فاکتورینگ همراه با سررسید طرفین می‌تواند توافق کنند که ثمن پس از وصول مطالبات پرداخت شود.

در نتیجه، با توجه به مطالب پیش گفته، ارائه ی خدمات تأمین مالی از طریق فاکتورینگ که اساس آن مبتنی بر انتقال و فروش حساب‌های دریافتنی یا مطالبات ناشی از سیاهه‌های تجاری است، در هر دو نوع آن، با حق رجوع و بدون حق رجوع، در قالب مقررات دستور العمل اجرایی خرید دین (بیع طلب) از سوی بانک‌ها امکان پذیر است. رویه قضایی انگلستان هم بیش تر مایل به همین نظر است دلایل عنوان شده توسط قائلین به این نظر در حقوق انگلستان به شرح زیر است:

قصد طرفین: تعریف بیع تملیک عین به عوض معلوم است در این جا نیز حساب دریافتنی متعلق به مشتری در قبال مبلغی در قالب دو قسط پیش پرداخت و پس از وصول حساب به تملیک عامل در می‌آید با این شرط که در صورت عدم پرداخت بدهکار، عامل حق بر هم زدن معامله را داشته باشد. این اشتراط، تفاوتی در ماهیت بیع ایجاد نمی‌کند.

مشتری نمی تواند حسابها را دوباره از عامل بخرد درحالی که عامل می تواند در صورت عدم پرداخت، حسابها را مسترد داشته و مبلغ پرداخت شده را پس بگیرد.

## ۲-۱-۲. عقد قرض

یکی از عقود که در تحلیل‌های خارجی در خصوص ماهیت فاکتورینگ مورد بحث قرار می‌گیرد، عقد قرض است. اساساً یکی از سولات مهم در خصوص ماهیت فاکتورینگ قرض یا بیع بودن این عقد است.

قبلاً اشاره شد که قرارداد فاکتورینگ یک قرارداد مبتنی بر آزادی اراده است و در نتیجه این طرفین هستند که معلوم می‌کنند قرارداد فی مابین ایشان یک قرارداد بیع است یا قرض. اگر قصد ایشان متعلق به انشای عقد بیع باشد، عامل، بدهی‌های مشتری را در قبال عوض معینی خریداری خواهد نمود. حال در مورد فاکتورینگ با حق رجوع، مشتری در حقیقت تضمین می‌کند که بدهکار خود را خواهد پرداخت. و در فاکتورینگ بدون حق رجوع چنین تضمینی از جانب مشتری وجود ندارد.

( R T Steffen & F S Danziger, 1936, PP 98-99 )

حال اگر قصد طرفین بر انشای عقد قرض باشد: عامل ملزم به قرض دادن بخشی از مبلغ بدهی خریداران به مشتری می‌شود و در طرف مقابل، مشتری نیز متعهد می‌شود پس از انقضای دوره توافق شده قرض، مبلغ آن را باز گرداند.

در مورد قرارداد فاکتورینگ همراه با حق رجوع، اضافه بر توافق اصلی، طرفین توافق می‌کنند که مشتری حساب‌های دریافتنی را به عنوان وثیقه در ازای قرض تحویل عامل بدهد.

واگذاری حساب‌های دریافتنی به معنای ادای دین قرض‌گیرنده نیست. بلکه تنها وسیله‌ای است که ادای دین را ممکن می‌سازد. به این معنا که در جایی که عامل نتواند مبلغ قرض را با وصول بدهی از بدهکاران مشتری تصفیه کند حق دارد تا

مبلغ را از مشتری مطالبه کند. ( R T Steffen & F S Danziger, 1936, P 100 )

در خصوص فاکتورینگ بدون حق رجوع، طرفین توافق می‌کنند که مشتری در عوض باز پرداخت قرض، حسابهای دریافتنی خود را به عامل تسلیم نماید. در واقع ادای دین در این توافق با تسلیم حسابهای دریافتنی محقق می‌شود. در نتیجه اگر عامل نتواند مبالغ بدهی خریداران مشتری را وصول نماید حق رجوع به مشتری خود را نخواهد داشت (Hillyer, num 305, p35).

البته تطابق صحیح این شیوه از قرارداد با آن چه از عقد قرض شناخته شده مورد تردید است. ماده ۴۶۸ ق.م در تعریف عقد قرض بیان میدارد: قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم‌الرد را بدهد. یکی از عناصر قرض این است که هنگامی که قرض اعطایی وجه نقد بوده آنچه مسترد داشته می‌شود نیز وجه نقد باشد (Hillyer, num 305, p15). عقد قرض شامل این توافق فرعی باشد که قرض دهنده از پذیرش حسابهای دریافتنی به عنوان ادای دین مقروض ممنوع است، قرارداد فاکتورینگ که ما توصیف کردیم نمی‌تواند تحت عنوان قرض قرارگیرد.

بعلاوه به نظر برخی حقوق دانان اصولاً تملیک منفعت مال یا واگذاری دیون راجع به آنها قرض نیست هر چند که تعهد به رد مثل شود چرا که این مورد با مفهوم عرفی قرض سازگار نمی‌باشد به نظر این حقوقدانان آثار این گونه قراردادها را باید ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی بررسی نمود. (کاتوزیان ۶۱۱) بر اساس آنچه گذشت، تنها در شرایطی قرارداد فاکتورینگ می‌تواند تحت عنوان قرض قرارگیرد که همراه با حق رجوع و با پیش پرداخت باشد.

توجه به این نکته ضروری است که این که طرفین قرارداد فاکتورینگ، قالب بیع را برای قرارداد خود انتخاب کنند به این معنا نیست که ایشان قصد انشاء بیع دارند. همین طور در خصوص عقد قرض. اما اگر معلوم شود که نیت حقیقی ایشان انشاء عقد بیع یا قرض بوده قانون به قصد ایشان احترام خواهد گذاشت. پس ممکن است که یک قرارداد شکل بیع داشته باشد اما در حقیقت قصد طرفین بر قرض باشد. در این جا تشخیص این تمایز با دشواری روبرو است. در حقوق انگلیس رویه قضایی رجوع به

عرف میان عاملان است، تا دریابد که آیا قراردادی که آن را قرارداد بیع می‌نامند، در حقیقت یک قرارداد قرض است یا خیر. (K Engelen, 1965, p 47)

در حقوق ایران نیز با توجه به این که الفاظ عقود محمول بر معانی عرفیه هستند، رجوع به عرف موجه به نظر می‌رسد.

موردی که می‌تواند به عنوان اماره‌ای بر قصد انشاء عقد قرض دانسته شود، جایی است که مشتری بر پرداخت به موقع بدهکار تضمین می‌دهد. بر اساس برخی آراء، این تضمین در واقع استفاده از حق عامل برای تقاضای استرداد مبلغ قرض است در زمانی که معلوم می‌شود که بدهکار نتوانسته بدهی را بپردازد (K Engelen, 1965, p 101)

این نظر نیز با اشکال روبروست. ریشه این اشکال در درک ماهیت حسابهای دریافتی است. اگر حسابهای دریافتی را یک شیء ملموس می‌دانستیم تضمین مشتری (در اینجا فروشنده بدهی‌ها) مبنی بر این که این حسابها برای هدفی که خریداری شده مناسب است، می‌توانست این نظر را توجیه کند. اما باید توجه داشت زمانی بدهی به عنوان یک حق شخصی استفاده می‌شود که قابل اعمال باشد. تضمین این که خریدار بدهی را خواهد پرداخت در واقع تضمین قابل اعمال بودن دین است. این تضمین که بدهکار دین را ادا خواهد کرد نباید این گونه به شمار آید که نشان دهنده قصد انشاء عقد قرض است. البته این پذیرفتنی است که اگر عامل تلاشی برای اعمال حقی که به او فروخته شده نکند و تنها از مشتری تقاضای استرداد وجه بنماید می‌تواند، نشان دهنده قصد ایجاد عقد قرض باشد. (PN, swimmer, p101)

با توجه به موارد فوق الذکر به نظر می‌رسد طرفین قرارداد فاکتورینگ در بعضی موارد می‌توانند انتخاب کنند قرارداد ایشان یک قرارداد بیع یا قرض است. در حالی که در سایر موارد این اختیار وجود ندارد.

نکته ضروری دیگر جهت تطبیق فاکتورینگ با عقد قرض عدم تعادل میان حسابهای واگذار شده و مبلغ دریافتی به عنوان قرض است. گفتیم که عامل مبلغی کم‌تر از مبلغ اسمی را به مشتری می‌دهد. این تعادل را می‌توان اینگونه توجیه نمود که با توجه به اقدامات متنوعی که عامل از قبیل ساماندهی حسابهای دریافتی

ارزیابی بدهکاران و... انجام می‌دهد میتوان مبلغ کسر شده را کار مزد این خدمات دانست. بدیهی است که اشعار طرفین به این موضوع برای اجتناب از وقوع ربا ضروری است.

### ۳-۱-۲. تبدیل تعهد

تبدیل تعهد عمل حقوقی است که ریشه در حقوق رومیان دارد و وارد حقوق ایران شده و در ماده ۲ قانون مدنی ایران درج گردیده است. تبدیل تعهد به این معناست که طرفین یک تعهد موجود توافق می‌نمایند تا آن را در برابر ایجاد تعهد جدید با تغییر در موضوع، سبب، طلبکار و بدهکار تعهد قبلی، ساقط نمایند. تبدیل تعهد اساساً وسیله‌ی سقوط تعهد است و با انتقال تعهد و طلب که در آن یک تعهد با تمام خصوصیاتش انتقال می‌یابد متفاوت می‌باشد.

تبدیل تعهد در مفهوم اصلی و رومی خود در هر یک از انواع آن، از جمله تبدیل تعهد با تغییر طلبکار، نیازمند رضایت هر دو طرف برای اسقاط تعهد قبلی و ایجاد تعهد جدید می‌باشد. با این حال برخی حقوق دانان با تفاسیر مختلف معتقدند، ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران در بند ۳ با بیان اینکه تبدیل تعهد وقتی محقق می‌شود که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی منتقل نماید، اساساً نظر به انتقال طلب داشته، به تبدیل تعهد توجه ندارد. (امامی ص ۳۸۹) یا به تبدیل تعهد با مفهوم رومی توجه ندارند که اعم است از تغییر تعهد به سبب ارکان آن و اسقاط و تجدید تعهد. البته نظر مخالفی نیز وجود دارد و آن اینکه ماده ۲۹۲ یادشده تحت عنوان تبدیل تعهد می‌باشد؛ عنوانی که از حقوق خارجی وارد حقوق کشور ما شده است و ناگزیر در تفسیر و توضیح آن باید بر پایه‌ی حقوق خارجی عمل، و آن را براساس مفهوم اصلی معنا کرد.

تبدیل تعهد در مفهوم اصلی و رومی خود نیز نمی‌تواند با انتقال طلبی که در قرارداد فاکتورینگ صورت می‌گیرد یکی دانسته شود، زیرا انتقال طلب در قرارداد فاکتورینگ به این صورت است که طلب با تمام اوصاف خود اعم از مزایا و معایب و بدون رضایت بدهکار به عامل منتقل می‌شود؛ بدون اینکه نیازی به سقوط تعهد قبلی و ایجاد تعهد جدید وجود داشته باشد. افزون بر این، حتی اگر ما با توجه به بند ۳ ماده ۲۹۲ ق.م. برای تبدیل تعهد

مفهوم جدیدی غیر از مفهوم رومی آن قائل شویم و آن را شامل انتقال طلب هم بدانیم، باز هم نمی‌تواند با فاکتورینگ یکی دانسته شود. زیرا ماده‌ی ۲۹۲ ق.م. بیان نموده است: «تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند». در حالی که در انتقال طلب به مفهوم اصلی خود، یعنی آنچه که در قرارداد فاکتورینگ صورت می‌گیرد، تضمینات بدون لزوم توافق صریح طرفین به عنوان تبعات حساب دریافتنی به عامل انتقال می‌یابد.

#### ۴-۱-۲. وکالت

عقودی که ذکر آن رفت نمی‌توانند همه وجوه قراردادی که مابین عامل و مشتری منعقد شده است را بازگو کنند. زیرا خدماتی که ممکن است در فاکتورینگ ارائه شود از تنوع بالایی برخوردار است. بنابراین ممکن است خدمت مشخصی در کنار تأمین مالی عرضه شود که مشمول آنچه تاکنون گفته ایم قرار نگیرد. به نظر می‌رسد با توجه به این واقعیت، بتوان گفت که قرارداد فاکتورینگ یک عقد مرکب است از قرارداد وکالت و قرارداد بیع طلب.

اما اگر راه حل فوق الذکر را بپذیریم با مشکلاتی مواجه می‌شویم که در تطبیق وکالت بر فاکتورینگ وجود دارد. ماده ۵۶۵ ق.م. در تعریف عقد وکالت می‌گوید: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید. مستفاد از نیابت برای انجام کار این است که این است که ثمره قرارداد وکیل باید برای موکل باشد و او باشد که از معامله بهره می‌برد. برخی از حقوقدانان این نکته را اینگونه توضیح داده‌اند که: (وکیل) آنچه می‌کند برای موکل است. تعهدهایی که پذیرفته است بر موکل تحمیل می‌شود و اگر نفعی در بین باشد برای اوست. اگر قرارداد وکالت تنها به سود وکیل باشد نشان دهنده این است که طرفین قصد ایجاد یک قرارداد الزام آور را نداشته‌اند. در حوزه فاکتورینگ خدماتی مانند ارائه مشاوره‌های اقتصادی یا خدمات حسابداری خلی در تطبیق وکالت ایجاد نمی‌کند. زیرا نفع آن برای مشتری خواهد بود. اما در خصوص تأمین مالی و وصول بدهی که مهم‌ترین خدمات فاکتورینگ نیز به حساب می‌آیند تردید جدی وجود



دارد. زیرا پس از واگذاری حسابهای دریافتنی به عامل، او نقش تأمین کننده مالی را ایفا خواهد کرد. حسابهای دریافتنی دیگر در اختیار مشتری نخواهد بود تا از آن منتفع شود. (کاتوزیان ص ۱۰۷)

در فاکتورینگ‌های بدون حق رجوع به نظر می‌رسد فضایی برای شناسایی عقد وکالت باقی نماند. چرا که عامل به طور کامل مسئول بدهی‌ها و کنترل اعتباری بدهکاران شده است. در واقع عملاً دین به او انتقال پیدا کرده است. بعلاوه اینکه اگر نتواند دیون را وصول کند نمی‌تواند به مشتری خود رجوع کند. در این صورت هیچ سودی عاید مشتری نخواهد شد.

اما اگر قرار داد در خصوص مسئولیت وصول و کنترل اعتبار بدهکاران ساکت بود می‌توان اینگونه گفت که طرفین به طور ضمنی توافق کرده‌اند که کنترل اعتباری و وصول بدهی‌ها باید بر مبنای روش پذیرفته شده عرفی قرار گیرد.

در نتیجه با توجه به اینکه کنترل اعتباری و وصول بدهی در بعضی از موارد فاکتورینگ بدون حق رجوع، تأثیر بسزایی در موقعیت حقوقی طرفین قرارداد دارد - خصوصاً در زمانی که مشتری از خسارت‌هایی که ناشی از شیوه‌های عامل در کنترل اعتباری و وصول بدهی است ضربه بخورد - فاکتورینگ نمی‌تواند به عنوان قرارداد وکالت شناخته شود. در خصوص فاکتورینگ با حق رجوع که مشتری در کنترل اعتباری و وصول بدهی دارای منفعت است، قرارداد وکالت که عامل را ملزم به ارائه خدمات تأمین اعتباری و انجام وصول بدهی می‌کند، نافذ خواهد بود در صورتی که به طور کامل به صلاحدید عامل واگذار نشود. بر اساس آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت: قرارداد وکالت در حیطه فاکتورینگ در صورتی قابل تحقق است که تأمین اعتباری و وصول بدهی که انجام می‌شود به طور کامل به صلاحدید عامل واگذار نشود. بر خلاف فاکتورینگ بدون حق رجوع که برای موکل سودآور نبوده و نمی‌تواند تحت عنوان وکالت قرار گیرد.

قرارداد وکالت در مورد سایر خدماتی که عامل انجام می‌دهد قابل تحقق است. تنوع خدمات مورد ارائه عامل این امکان را فراهم می‌کند که فاکتورینگ شامل نوعی از وکالت باشد. هر چند که تطبیق آن با وظیفه تأمین مالی با محدودیت روبروست.

## ۵-۱-۲. حواله

ماده ۷۲۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال علیه می‌گویند». ماده ۷۲۷ ق.م. نیز بیان می‌کند که محال علیه (شخص ثالث) می‌تواند مدیون به محیل باشد یا نباشد. حواله در حقوق ما وسیله انتقال تعهد است؛ البته چهره منفی تعهد یعنی انتقال دین. (کاتوزیان ص ۲۸۰) با این حال، هنگامی که محال علیه مدیون به محیل باشد، عقد حواله می‌تواند از لحاظ طلبی که محیل از محال علیه دارد و او را به محتال حواله می‌دهد، به عنوان وسیله انتقال طلب در نظر گرفته شود.

با توجه به ماده ۷۲۵ ق.م. در عقد حواله، رضایت محال علیه برای اینکه حواله محقق شود لازم و ضروری است؛ در حالی که در انتقال طلب به معنای واقعی خود که ساختار فاکتورینگ بر آن مبتنی است، رضایت مدیون لازم نیست. افزون بر این، در حواله لازم است که محیل از مدیون خود (محال علیه) طلب داشته باشد و در مقابل به محتال بدهکار باشد تا انتقال طلب در حواله صورت گیرد؛ در حالی که در فاکتورینگ، فروشنده به عامل بدهکار نیست و فقط از خریدار (بدهکار) طلب دارد و آن را به عامل انتقال می‌دهد. با توجه به دلایل پیش گفته، حواله نمی‌تواند به عنوان ابزاری برای فاکتورینگ استفاده شود.

## ۲-۲. فاکتورینگ به مثابه یک عقد مرکب

عقد مرکب عقدی است که از امتزاج و اختلاط عقود متعدد و مختلفی که استقلال خویش را از دست داده‌اند و جمعاً ماهیت واحدی را تشکیل می‌دهند حاصل می‌گردد. آنچه اهمیت اساسی دارد تشخیص قانون حاکم در یک عقد مرکب است. شاید در نگاه اول گفته شود که باید قواعد تمامی عقود ترکیب یافته رعایت شود. اما این دیدگاه تا جایی پاسخ‌گوست که این قواعد بایکدیگر تعارضی نداشته باشد. (خورسندیان ص ۱) به عنوان راه حل این تعارضات گفته شده که باید تمامی

قواعد حقوقی عقود ترکیب یافته مورد بررسی قرار گیرد سپس با رجوع به قصد مشترک طرفین سعی شود تا این قواعد با یکدیگر تطبیق داده شود. (H Luntz, 2002, p80) به نظر می‌رسد نظر فوق با توجه به آنچه تا کنون در باره ابتدای عقد فاکتورینگ بر قصد طرفین سخن گفته ایم منطقی است. در ادامه به پیاده سازی این نظر در شیوه‌های مختلف فاکتورینگ می‌پردازیم:

#### الف: قراردادهای فاکتورینگ که قصد تأمین مالی مشتری را ندارند

در متون حقوقی فاکتورینگ تا کنون به ماهیت حقوقی اینگونه قراردادهای فاکتورینگ توجهی نشده است. با عنایت به این حقیقت که تحت این نوع قراردادهای فاکتورینگ تأمین مالی فراهم نمی‌شود، باید توجه داشت که این دست قراردادها نمی‌تواند قراردادهای قرض باشد. بلکه تنها فرض عقد ترکیبی فروش و وکالت قابل طرح است.

در عقد بیع توافق می‌شود که هزینه خرید حساب‌های دریافتی مشتری تنها زمانی که بدهی‌ها وصول شود پرداخت می‌شود، در حالیکه در قراردادهای وکالت توافق بر سر آن است که عامل، خدمات وکالتی را به مشتری ارائه دهد. از آنجا که در این قرارداد، تأمین مالی برای مشتری فراهم نمی‌شود، ممکن است قرار داد فاکتورینگ تنها از یک قرارداد وکالت تشکیل شود. (H Luntz, 2002, p82)

در نمونه‌هایی از فاکتورینگ همراه با حق رجوع مبتنی بر سر رسید، دلیلی برای اینکه قرارداد فروش درون قرارداد فاکتورینگ قرار گیرد وجود ندارد. در اکثر موارد هدف واقعی طرفین از عقد قرارداد فاکتورینگ که شرایط فاکتورینگ همراه با حق رجوع مبتنی بر سر رسید را فراهم می‌کند، صرفاً توافق بر سر قرارداد وکالت است. (N. JOUBERT, p89) این نظر که در اکثر مواقع چنین قراردادهایی به نحوی تدوین می‌شوند که به صورت قراردادهای ترکیبی متشکل از قراردادهای فروش و قراردادهای وکالت باشند، ناشی از نگاه غلط و ساده و سنتی است که قراردادهای فاکتورینگ را عقد بیع می‌داند. (N. JOUBERT, p90) در حالیکه عدم تحمل ریسک اعتباری توسط عامل بیانگر این است که آنچه با آن روبرو هستیم شبیه بیع است.

این نوع از قراردادها بر حسب قصد مشترک طرفین می‌توانند تحت عنوان وکالت نیز قرار گیرند. در چنین حالتی عامل به عنوان وکیل تضمین می‌دهد که بدهی‌ها وصول خواهد شد. علی‌رغمی نگاه غالبی که اصرار بر بیع بودن این قرارداد دارد.

### ب: عقود فاکتورینگ که همراه تأمین مالی هستند

فاکتورینگ بدون حق رجوع بر اساس قصد طرفین ممکن است در یکی از دسته‌های زیر قرار گیرد:

- ۱- عقد مرکبی شامل بیع صورت بدهی‌های موجود و آینده به علاوه وکالت
- ۲- عقد مرکبی شامل فروش صورت بدهی‌های موجود و عقد حق العمل کاری به علاوه قرارداد خاصی که طرفین را ملزم به ایجاب و قبول بیع صورت بدهی‌ها در زمانی که به وجود می‌آیند می‌کند.
- ۳- عقد وکالتی که در مفاد آن عامل تضمین می‌کند که بدهی‌ها وصول خواهد شد.

بعضی بر این عقیده‌اند که قرار داد حق العمل کاری باید بر عقد مرکب حاکم شود. و اصول عقد بیع تنها زمانی حاکم خواهد بود که اصول حق العمل کاری در تعارض نباشند.

اما فاکتورینگ با حق رجوع که مبتنی بر سر رسید است تنها می‌تواند در قالب عقد حق العمل کاری قرار گیرد.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد آن‌چه از الفاظ اغلب قرار داده‌های فاکتورینگ فهمیده می‌شود این است که قصد طرفین بر عقد بیع دلالت دارد. (N. JOUBERT, p101)

### ۳-۲. تأمین مالی فاکتورینگ و قرارداد خصوصی ماده ۱۰

هنگامی که قرارداد انتقال طلب در قالب عقود معین ممکن نباشد یا طرفین نخواهند در قالب عقد معینی طلب را انتقال دهند، انتقال طلب تحت ماده ۱۰ ق.م. که مقرر

می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است»، امکان پذیر می‌باشد؛ زیرا این ماده برای تراضی و توافق اراده‌ها صرف نظر از شکل و قالب موضوع توافق، اعتبار قائل شده است. تأمین مالی از طریق فاکتورینگ نیز که مبتنی بر انتقال طلب می‌باشد تحت همین ماده امکان پذیر است. بنابراین تأمین مالی از طریق قرارداد فاکتورینگ که میان فروشنده طلب (تسهیلات گیرنده) و عامل منعقد می‌شود، افزون بر اینکه در قالب بیع طلب که تحت دستورالعمل اجرایی خرید دین است می‌تواند صورت گیرد، در قالب قرارداد خصوصی تحت ماده ۱۰ ق.م. نیز امکان پذیر می‌باشد.

درست است که تأمین مالی مهم ترین و معمول ترین کارکرد نهاد فاکتورینگ می‌باشد که در تسهیل و توسعه تجارت بسیار مؤثر است، با وجود این، این نهاد کارکردهای مختلف دیگری نیز دارد که همه آن‌ها در تجارت تاثیرگذار هستند و عبارتند از: تضمین مطالبات، اداره و حسابداری و وصول مطالبات. در این پژوهش به خصوصیت تأمین مالی فاکتورینگ توجه شده است؛ با این حال، کارکردهای دیگر نهاد یادشده نیز در توصیف نهاد فاکتورینگ باید مد نظر قرار گیرد و بر همین اساس می‌توان گفت ماهیت قرارداد فاکتورینگ باید به طور موردی و متناسب با کارکردهایش بررسی گردد. دو حالت متصور است که در اینجا شرح داده می‌شود:

الف) هنگامی که قرارداد فاکتورینگ واجد یک کارکرد باشد. مثلاً تأمین مالی می‌تواند یا در قالب عقد معین بیع طلب (خرید دین) یا به عنوان قرارداد خصوصی تحت ماده ۱۰ ق.م. انجام گیرد، یا اینکه وصول مطالبات می‌تواند تحت قرارداد وکالت یا تحت ماده ۱۰ ق.م. صورت پذیرد. در خصوص سایر کارکردها نیز باید ماهیت آن به طور مصداقی بررسی و توجیه شود. در خصوص دیگر کارکردها، هنگامی که قابل تطابق با عقود معین نباشند، ماده ۱۰ ق.م. می‌تواند برای توجیه اعتبار حقوقی آن‌ها به عنوان یک قرارداد خصوصی مورد توجه قرار گیرد.

ب) هنگامی که قرارداد فاکتورینگ دارای دو یا چند کارکرد باشد. زمانی که یک قرارداد فاکتورینگ دو یا چند کارکرد (مثلاً تأمین مالی، اداره و حسابداری مطالبات) را باهم دارا باشد، در این حالت می‌توان دو راهکار برای تعیین ماهیت ارائه داد. راهکار اول این است که آن را عقد مرکب تلقی نموده، با یافتن نوع غالب از بین انواع ممکن، ماهیت آن را تعیین نماییم.

مثلاً قرارداد فاکتورینگ هم شامل بیع مطالبات گردد و هم شامل اداره و حسابداری مطالبات که تحت قالب معینی قرار نمی‌گیرد. بنابراین بیع را در قرارداد موردنظر غالب تلقی نماییم و احکام بیع را بر آن بار کنیم. راهکار دوم که به نظر مطلوب می‌آید، این است که آن را عقد واحدی تلقی نماییم؛ چراکه اراده انشایی طرفین خلق امر واحد، هرچند کارکردهای مختلف را در نظر داشته است، اگر آن را عقد مرکب تلقی نماییم، برخلاف اراده طرفین قرارداد عمل کرده ایم، و از آنجایی که قرارداد واحد با ویژگی‌های مختلف تحت عقد معینی قرار نمی‌گیرد، باید آن را نوعی قرارداد تحت ماده ۱۰ ق.م. دانست.

### ۳. بررسی قوانین حوزه فاکتورینگ

#### ۳-۱. فاکتورینگ در قوانین نظام کامن لا

از میان کشورهای کامن لا به غیر از انگلستان کشور آمریکا برای بررسی مورد مذاقه قرار خواهد گرفت. این انتخاب از این روست که پس از انتقال فاکتورینگ آمریکایی به انگلستان در سال ۱۹۶۰ قانون متحد الشکل تجاری نیز در این کشور مورد استناد قرار گرفت. (WESTLAKE, op.cit.p.81)

#### ۳-۱-۱. قانون متحد الشکل تجاری

قانون متحد الشکل تجاری که به اختصار «یو سی سی» UCC نام دارد، نخستین بار در سال ۱۹۵۲ منتشر شد و از جمله قوانین متحد الشکلی است که در خصوص یکنواخت سازی حقوق مرتبط با فروش و دیگر معاملات تجاری در هر ۵۰ ایالت آمریکا منتشر شد. (en.wikipedia.org) این قانون چندین بار اصلاح شد که آخرین بار در فصل مرتبط با موضوع پژوهش حاضر در سال ۲۰۰۱ بوده است. کشور آمریکا در فصل ۹ قانون یادشده، به تأمین مالی از طریق فاکتورینگ توجه کرد و مقررات نسبتاً مناسبی را برای استفاده از این نهاد مقرر نمود.

فصل ۹ قانون متحدالشکل تجاری با عنوان «معاملات تضمینی»

(Secured Transactions) با هدف تسهیل معاملات تجاری تنظیم گردید که بر

ایجاد، تکمیل و اجرای منافع تضمینی در اموال شخصی اعمال می گردد.

(McGuirewoods, 2002, P.892)

اموال شخصی به دو دسته تقسیم می شوند؛ اموال شخصی ملموس و اموال شخصی

غیرملموس. اموال شخصی ملموس به طور معمول قابل جابه جایی هستند و شامل

«دارایی های سخت»<sup>۱۲</sup> از قبیل ماشین، تجهیزات و کالا می شو ند. اموال شخصی غیر

ملموس شامل دارایی هایی از قبیل حساب های دریافتی، سفته، اوراق بهادار، اعتبار اسنادی،

و منافع در بنگاه های تجاری است. آنچه که در میان اموال شخصی مد نظر ما می باشد،

همان حساب های دریافتی است که در تأمین مالی از طریق فاکتورینگ به عامل واگذار

می شود و عامل در مقابل تسهیلات تأمین منابع مالی را به فروشنده ارائه می کند.

بخش ۱۰۹ فصل ۹ قانون متحدالشکل تجاری، برای حساب به معنی «حق پرداخت یک

تعهد پولی یا مالی» مقرر شده در بخش ۱۰۲ همین فصل، دو نوع کارکرد را لحاظ کرده

است و برای استفاده از آن ها ضوابطی را مشخص نموده است. کارکرد اول این است که

دارنده حساب های دریافتی می تواند بدون اینکه اقدام به انتقال مالکیت نماید، از آن ها به

عنوان وثیقه و تضمین برای دریافت وام از مؤسسات وام دهنده استفاده نماید؛ به این نحو

که در صورت بازپرداخت نشدن وام دریافتی، وام دهنده می تواند حساب های دریافتی را

برای جبران مبالغ پرداخت نشده وصول نماید. کارکرد دوم نیز این است که حساب های

دریافتی از آنجایی که جزء اموال دارای ارزش اقتصادی و جزء دارایی مثبت صاحب آن

شمرده می شوند، می توانند در برابر ما به ازای انتقال یا بند که فروش نام دارد. در موضوع اخیر

برخلاف حالت قبلی، با انعقاد قرارداد، مالکیت از فروشنده حساب های دریافتی به خریدار

آن منتقل می شود.<sup>۱۳</sup>

کارکرد دوم یعنی فروش حساب های دریافتی، همان امری است که در تأمین مالی از

طریق فاکتورینگ صورت می گیرد و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا آن را در بخش ۱۰۹

فصل ۹ خود مجاز دانسته است. مؤسسات بانکی و غیربانکی در ایالات متحده آمریکا بر

اساس مقررات قانون یادشده به فاکتورینگ اقدام می نمایند.

## ۲-۱-۳. قانون حقوق اموال

قانون دیگری که در انگلستان به عنوان ساز و کار فاکتورینگ مورد استناد است " قانون حقوق اموال مصوب ۱۹۲۵" می باشد. قانون یادشده در ماده ۱۳۶ به انتقال حقوق پرداخته و تشریفات را که برای اثرگذاری قانونی انتقال «اشیای موضوع ادعا»<sup>۱۵</sup>، که به معنی همان مطالبات ادعا شده است و باید رعایت گردد، بیان کرده است. (Kothari, 2011, p21)

با توجه به مقررۀ پیش گفته، برای اینکه قرارداد انتقال طلب اثر قانونی داشته باشد یا اینکه به عنوان انتقال قانونی شناسایی شود، رعایت شرایطی لازم است که عبارت اند از:

- ۱- انتقال مطالبات یا دیگر اشیای موضوع ادعا باید به صورت مطلق انجام گیرد؛ یعنی بدون قید و شرط باشد.
  - ۲- تمام مطالبات یا دیگر اشیای موضوع ادعا باید منتقل شوند؛ به عبارت دیگر انتقال نباید جزئی باشد.
  - ۳- انتقال باید به صورت کتبی از سوی انتقال دهنده صورت گیرد.
  - ۴- بدهکار یا دیگر اشخاصی که در نتیجه انتقال در برابر انتقال گیرنده متعهد به پرداخت می شوند، باید از انتقال به صورت کتبی آگاه شوند.
- در کشور انگلستان برای استفاده از فاکتورینگ، افزون بر شیوۀ قانونی انتقال حساب‌های دریافتی که در پرتو بخش ۱۳۶ قانون درباره حقوق اموال و با رعایت شرایطی که از سوی آن مقرر گردید صورت می‌گیرد که اصطلاحاً «انتقال قانونی»<sup>۱۶</sup> نام دارد، شیوۀ دیگری نیز برای انتقال حساب‌های دریافتی در فاکتورینگ وجود دارد که در مقابل انتقال قانونی قرار می‌گیرد و نیازمند رعایت شرایطی که در بخش ۱۳۶ مقرر شده است نمی باشد و اصطلاحاً «انتقال منصفانه»<sup>۱۷</sup> نام دارد.
- در انتقال حساب‌های دریافتی در فاکتورینگ به صورت منصفانه، غیر از توافق طرفین و در نظر گرفتن عوض، رعایت تشریفات دیگری که در بخش ۱۳۶ آمده است الزام آور نیست. این امر معمولاً به این معناست که عامل حداقل مبلغ مشخصی را به فروشنده پیش پرداخت نماید. این نوعی از انتقال است که برای تنزیل صورت



حساب‌ها بدون اطلاع به کار می‌رود. در قالب تأمین مالی از طریق حساب‌های دریافتی، مهم‌ترین مزیت انتقال منصفانه این است که هیچ‌گونه نیازی به اطلاع دادن به خریدار درباره انتقال وجود ندارد). از دیگر آثار مهم حقوقی متفاوت میان انتقال منصفانه و انتقال قانونی در حقوق انگلستان، این است که هرچند انتقال حساب‌های دریافتی به شیوه اخیر همانند انتقال قانونی، مشروط به رعایت قواعد حق تقدم در برابر اشخاص است، اما عامل به تنهایی و به نام خود نمی‌تواند برای دریافت مطالبات اقامه دعوا نماید، بلکه الزاماً به همراه انتقال دهنده حق اقامه دعوا و مطالبه دارد.

در نتیجه درباره جایگاه حقوقی تأمین مالی از طریق فاکتورینگ در کشور انگلستان باید گفت، در هر دو شیوه انتقال قانونی و منصفانه، حساب‌های دریافتی در برابر تعهد عامل به پیش پرداخت حداقل مبلغی معین به او منتقل می‌شود. بنابراین در کشور انگلستان، تأمین مالی از طریق فاکتورینگ قرارداد فروش محسوب می‌شود و در آن موضوع فروش نیز حساب‌های دریافتی است که در مقابل تأمین مالی از سوی عامل به وی منتقل می‌گردد.

### ۳-۱-۳. اختلافات بین‌المللی

فاکتورینگ بین‌المللی حائز ویژگی‌هایی است که آن را از شیوه‌های مشابه داخلی متمایز می‌سازد. زبان و مشکلات ارتباطی که ناشی از عرفهای تجاری متفاوت است هرچند از جمله محسوس‌ترین این تمایزات است اما از نظر میزان دشواری در انتهای فهرست مشکلاتی قرار می‌گیرد که عامل باید با آن مواجه شود. نوسانات نرخ ارز و تنشهای سیاسی دشواری به مراتب بالاتری دارد. تأمین مالی در سطح بین‌المللی نیازمند دقت و بررسی بیشتری نسبت به تجارت داخلی است چرا که سنجش ریسک بازرگانی با معیارهای شرایط معمولاً با ثبات داخلی یک کشور، نمی‌تواند تضمین‌کننده سود در شرایط جهانی باشد. و در نهایت مهم است دانسته شود که فاکتورینگ زمانی عملیاتی است که مطابق قانون کشوری که واگذاری حسابها در آن صورت گرفته و اگذاری نافذی صورت گرفته باشد. این مطلب نه تنها به کیفیت مفاد قرارداد مربوط می‌شود بلکه اهلیت طرفی قرارداد را نیز در بر می‌گیرد.

مطابق بخش ۱۳۶ قانون دارایی انگلستان مصوب ۱۹۲۵، به عنوان یک قاعده، بدهی زمانی از الزام قانونی برخوردار می‌شود که در داخل کشور بدهکار اقدام به وصول آن شود چرا که در غیر این صورت نمی‌توان بدهکار را الزام کرد. البته این قاعده می‌تواند با مفاد توافق طرفین تخصیص بخورد.

همچنین هر چند این طرفین هستند که با انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، ملزومات نفوذ قرارداد را مشخص می‌کنند اما الزام آوری یک قرارداد در حوزه قضایی دیگر را تضمین نمی‌کند. به عبارت دیگر نظام قضایی که توسط طرفین انتخاب نشده، اگر قرارداد در حوزه او مطرح شود تعامل ویژه خود را با قرارداد خواهد داشت. همچنین در صورت عدم توانایی بدهکار در پرداخت دیون فارغ از قانون انتخابی طرفین، قانون کشور بدهکار بر او اعمال خواهد شد.

#### ۴. آثار و احکام فاکتورینگ

قرارداد تأمین مالی فاکتورینگ قرارداد مستمری است که میان عامل و مشتری (انتقال دهنده حسابهای دریافتنی) منعقد میگردد و در آن روابط آینده‌ی طرفین با تعیین وظایف و حقوق هریک برای مدت محدود یا نامحدود مشخص میگردد. در حقوق ملی غالب کشورها و کنوانسیونهای بین‌المللی توجه به تراضی طرفین برای تعیین آثار قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین در درجه‌ی اول اهمیت، قرار دارد، البته چنین توافقی باید در پرتو قانون حاکم و مقررات موکله‌ی آن باشد.

برخلاف کنوانسیون فاکتورینگ بین‌المللی یونیدرویت (موسسه بین‌المللی یکسان سازی حقوق خصوصی) که مقرره‌ی صریحی را به اصل آزادی اراده‌ی طرفین اختصاص نداده، کنوانسیون انتقال حسابهای دریافتنی آنسیترال در ماده ۶۲۲ خود به صورت جامعی به این مهم پرداخته است و تا جایی که به حقوق و تعهدات انتقال دهنده (مشتری) و انتقال گیرنده (عامل) مرتبط می‌گردد اصل آزادی اراده‌ی طرفین را با عباراتی مشخص به رسمیت می‌شناسد.

کنوانسیون آنسیترال در بند ۲ و ۳ ماده ۱۱ خود طرفین را ملزم به رعایت عرف تجاری و رویه تجاری معمول میان خود می‌کند. در واقع عرف تجاری و رویه

معمول میان طرفین به عنوان یک شرط ضمنی تلقی می شود. پس از این مرحله کنوانسیون در غیاب توافق طرفین قواعد تکمیلی، همچون انتقال تضمینات طلب و اطلاع رسانی به بدهکار و ... را تعیین می کند.

پس از آشنایی با منابع تعهدات اطراف قرارداد فاکتورینگ در ادامه در چهار گفتار به بررسی مصادیق تعهدات خواهیم پرداخت. در گفتار اول تعهدات مشتری در قبال عامل، گفتار دوم تعهدات عامل در قبال مشتری و در گفتار سوم تعهدات عامل در قبال بدهکار و در نهایت در گفتار چهارم رابطه عامل با ثالث غیر از بدهکار، بررسی خواهد شد. تعهداتی که ذکر می شود مواردی است که معمولاً در قرارداد فاکتورینگ مورد توافق عامل و مشتری قرار می گیرد و در بعضی موارد نیز، تعهداتی است که ماهیت فاکتورینگ ایجاد می کند.

مؤسسه روم برای یکپارچگی قوانین خصوصی بین الملل (UNIDROIT) در می ۱۹۸۸ کنوانسیونی در فاکتورینگ جهانی در اتاواای کانادا ایجاد کرد. هدف کنوانسیون کمک کردن برای رفع مشکلات فرآیند فاکتورینگ بود و موجب تسهیل تأمین منابع مالی در قراردادهای بین المللی واگذاری حسابهای دریافتی می شد. ابتدا چهارده کشور که شامل بیش تر کشورهای صنعتی مثل انگلیس، آمریکا، آلمان، ایتالیا و فرانسه می شد توافق را امضا کردند. (Callender, 2003, p14) از این ۱۴ دولت در نهایت تنها ۷ دولت این کنوانسیون را به تصویب داخلی رساندند.

اهمیت این کنوانسیون در تلاش مهمی است که از طریق آن برای یکسان سازی قواعد فاکتورینگ بین المللی صورت گرفت. صفت بین المللی بودن فاکتورینگ با ابهاماتی که ناشی از تعارض قوانین داخلی بود مواجه کرده بود. بنابر این این کنوانسیون در هنگام تاسیس خود می توانست راهکار کارآمدی باشد اما به دلایلی که بعداً خواهیم دید این گونه نشد.

این توافقنامه ضمیمه معاملات فاکتورینگ بین المللی گردید. یک معامله هنگامی بین المللی است که اقامتگاه تجاری طرفین در دو کشور جداگانه باشد. (UNCITRAL Website.ARTICLE2) قرارداد فاکتورینگ به معنای واگذاری مبالغ حسابهای دریافتی ناشی از فروش کالا به مشتریان نهایی به عامل است که در قبال آن عامل به انجام

وظایفی همچون تهیه دفتر حسابداری، وصول بدهی‌ها و تضمین توانایی مالی بدهکار و از همه مهم‌تر تأمین مالی فروشنده موظف می‌شود. (UNCITRAL Website.ARTICLE3)

#### ۱-۴. احکام کنوانسیون UNIDROIT

ماهیت کنوانسیون یونیدرویت، ماهیت تحمیلی نیست و با وجود تصویب کنوانسیون توسط کشور متبوع، تبعه آن کشور در اختیار این کنوانسیون به عنوان قانون حاکم مختارند. همانگونه که تأمین مالی از سوی عامل مورد شناسایی قرار گرفته، بدهکار نیز ملزم به پرداخت حسابهای دریافتی می‌باشد. برای مشخص کردن وجوه ناشی از قراردادهای فروش که شامل قراردادهای قبل و پس از اعلان رسمی انعقاد فاکتورینگ است. (UNCITRAL Website.ARTICLE8) در حقوق انگلستان این مناقشه وجود دارد که در صورتیکه طرف خریدار ثمن را به عامل پرداخت نماید آیا می‌تواند در صورت عدم ایفای تعهد توسط فروشنده مبلغ داده شده را از عامل استرداد کند؟ راه حلی که توسط مفاد کنوانسیون پیشنهاد شده این است که عامل نمی‌تواند در پرداخت بدهی تنها به قرارداد اولیه میان خریدار و فروشنده بسنده نماید مگر آنکه عامل پیش پرداختی به فروشنده نداده باشد یا اینکه این کار را با علام به عدم توانایی کالی بدهکار در پرداخت بدهی انجام داده باشد. (UNCITRAL Website.ARTICLE10) در نهایت کنوانسیون مقرر می‌دارد که در صورت تعاقب واگذاری یک بدهی همان قواعد حاکم بر واگذاری اولیه بر سایر واگذاری‌ها نیز حاکم خواهد بود.

#### ۱-۱-۴. معایب کنوانسیون UNIDROIT

از کنوانسیون UNIDROIT به عنوان حرکتی مهم در جهت تسهیل قواعد فاکتورینگ به عنوان وسیله‌ای برای تأمین مالی در سطح بین‌المللی یاد می‌شود. اما این کنوانسیون در عمل نتوانست همه پتانسیل‌های خود را به ظهور برساند. تنها

چند کشور معدود این کنوانسیون را الزام آور دانستند. یکی از معایب یونیدرویت محدود بودن و عدم پاسخ کامل به ابهامات مهم فاکتورینگ بود. به عنوان مثال این که اگر عامل خود با طرف سوم به عنوان عامل قرارداد ببندد در صورت توقف خریدار از پرداخت دیون کدام یک از عاملان دارای حق تقدم است. مساله تعارض قوانین داخلی در حوزه فاکتورینگ همچنان لاینحل باقی مانده بود. بعلاوه همه حوزه‌های فاکتورینگ مشمول کنوانسیون نبود و به عنوان مثال فاکتورینگ در تجارت داخلی مورد اشاره قرار نگرفته بود. بعلاوه ماده ۶ این قانون که نسبت به واگذاری سود فروش محدودیت هایی ایجاد کرده بود از کارآمدی فاکتورینگ می‌کاست و عاملان را به خصوص در تعامل با صادرکنندگان کوچک دلسرد می‌نمود.

## ۲-۴. احکام کنوانسیون UNCITRAL

یکی از مهم‌ترین تلاش‌های صورت گرفته در جهت قانونمند کردن فروش حسابهای دریافتی کنوانسیون سازمان ملل در خصوص واگذاری حسابهای دریافتی در تجارت بین‌المللی (آنسیترال) است. این کنوانسیون در سال ۲۰۰۱ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید و همچنان امکان امضا آن توسط دولتها وجود دارد. یکی از اهداف کنوانسیون تشویق تأمین مالی بین‌المللی به عنوان روشی برای تسهیل تجارت بین‌الملل است و هدف اصلی آن کاهش نرخ فاکتورینگ می‌باشد. همچنین می‌کوشد تا با استفاده از قوانین یکپارچه فاکتورینگ را به یک چارچوب قابل اعتماد مبدل سازد.

تصویب کنوانسیون در شرایطی صورت گرفت که دلایل بسیاری برای دلسردی از فاکتورینگ در حوزه تجارت بین‌الملل وجود داشت. شاید بتوان تعارض قوانین ملی و محدودیتهای بعضا متضاد در ممنوعیت واگذاری سود حسابها را ریشه نارسایی‌ها دانست. در حقیقت آنسیترال پاسخ به مهم‌ترین ابهاماتی است که یونیدرویت پاسخ به آن را فرو گذاشته بود.

در مقایسه با کنوانسیون یونیدرویت، آنسیترال جز در حوزه تبیین تکالیف و حقوق بدهکار دست برتر را دارد. تصویب آنسیترال یک توسعه بزرگ در حوزه فاکتورینگ بین‌الملل است.

کنوانسیون واگذاری حسابهای دریافتی را به رسمیت می‌شناسد. (Smith, 1999, P.13) که این واگذاری از طریق توافقنامه میان دو شخص از شخصی به شخص دیگر صورت می‌گیرد کنوانسیون فروش جزیی حسابها را نیز به رسمیت شناخت. بدین ترتیب آنسترال در برگرنده طیف وسیعی از معاملات از فاکتورینگ، فورفیتینگ (Sassoon, 1990, P.247)، عرضه اوراق بهادار، واگذاری درآمدهای آینده پروژه‌های سرمایه‌گذاری و معاملات سرمایه‌گذاری شامل انتقال ضررو زیان حسابهای دریافتی، سیاستهای تضمین‌ای و حسابهای سپرده می‌باشد. همچنین کنوانسیون مقرر می‌دارد که واگذاری‌ها در سطح بین‌المللی باید از طریق نهادهای بین‌المللی صورت گیرد. چه واگذاری حواله‌ها چه حسابهای دریافتی. در حالی که در کنوانسیون اتاوا تنها واگذاری حسابها مورد بحث بود. بنابر این انتقال حسابها چه در حوزه تجارت بین‌الملل چه در حوزه تجارت داخلی، چه در مورد حسابهای دریافتی، چه در مورد حواله‌ها در حیطه کنوانسیون جای می‌گیرد.

کنوانسیون مساله تعارض قوانین ملتها و بحث حق تقدم را نیز مورد بحث قرار می‌دهد و به عنوان راه حل تشکیل یک بایگانی بین‌المللی از ثبت حسابها یخزیداری شده را مقرر می‌دارد. (Ferrari, 1998, P.137) بر اساس ماده ۱ کنوانسیون اولویت در میان دو شخصی که یک حساب به ایشان واگذار شده- در صورت توقف بدهکار- با کسی است که این واگذاری را در بایگانی بین‌المللی<sup>۱۸</sup> ثبت کرده باشد و در صورت ثبت هر دو اولویت با کسی است که تاریخ ثبت او مقدم باشد. همچنین در صورت ورشکستگی بدهکار حق عامل بر بر سایر داینین اولویت دارد. البته این در صورتی است که ثبت واگذاری قبل از ورشکستگی باشد.

### ۳-۴. روابط اطراف قرارداد فاکتورینگ

قرارداد تأمین مالی فاکتورینگ قرارداد مستمری است که میان عامل و مشتری (انتقال دهنده حسابهای دریافتی) منعقد میگردد و در آن روابط آینده‌ی طرفین با تعیین وظایف و حقوق هریک برای مدت محدود یا نامحدود مشخص میگردد در حقوق ملی غالب کشورها و کنوانسیونهای بین‌المللی توجه به تراضی

طرفین برای تعیین آثار قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین در درجه‌ی اول اهمیت، قرار دارد، البته چنین توافقی باید در پرتو قانون حاکم و مقررات موکله‌ی آن باشد. برخلاف کنوانسیون فاکتورینگ بین‌المللی یونیدرویت (موسسه بین‌المللی یکسان سازی حقوق خصوصی) که مقرره‌ی صریحی را به اصل آزادی اراده‌ی طرفین اختصاص نداده، کنوانسیون انتقال حسابهای دریافتنی آنسیترال در ماده ۶ ۲۲ خود به صورت جامعی به این مهم پرداخته است و تا جایی که به حقوق و تعهدات انتقال دهنده (مشری) و انتقال گیرنده (عامل) مرتبط می‌گردد اصل آزادی اراده‌ی طرفین را با عباراتی مشخص به رسمیت می‌شناسد.

کنوانسیون آنسیترال در بند ۲ و ۱۹۳ ماده ۱۱ خود طرفین را ملزم به رعایت عرف تجاری و رویه تجاری معمول میان خود می‌کند. در واقع عرف تجاری و رویه معمول میان طرفین به عنوان یک شرط ضمنی تلقی می‌شود. پس از این مرحله کنوانسیون در غیاب توافق طرفین قواعد تکمیلی، همچون انتقال تضمینات طلب و اطلاع رسانی به بدهکار و... را تعیین می‌کند.

در حقوق ایران نیز همین سیر برای تعیین منابع تعهدات طرفین رعایت شده است. در م ۲۲۰ ق.م. می‌خوانیم: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است بلکه متعاملین به کلیه‌ی نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم می‌باشند.»

پس از آشنایی با منابع تعهدات اطراف قرارداد فاکتورینگ در ادامه در چهار گفتار به بررسی مصادیق تعهدات خواهیم پرداخت. در گفتار اول تعهدات مشتری در قبال عامل، گفتار دوم تعهدات عامل در قبال مشتری و در گفتار سوم تعهدات عامل در قبال بدهکار و در نهایت در گفتار چهارم رابطه‌ی عامل با ثالث غیر از بدهکار، بررسی خواهد شد. تعهداتی که ذکر می‌شود مواردی است که معمولاً در قرارداد فاکتورینگ مورد توافق عامل و مشتری قرار می‌گیرد و در بعضی موارد نیز، تعهداتی است که ماهیت فاکتورینگ ایجاد می‌کند.

### ۱-۳-۴. تعهدات مشتری در قبال عامل

#### ۱-۳-۴-۱. انتقال تمام حسابهای دریافتی

مشتری موظف است که تمامی حسابهای دریافتی خود را به عامل انتقال داده و از عقد قرارداد با عامل دیگر - به طور همزمان - اجتناب کند. به عنوان استثنائی بر این قاعده اجازه داده می‌شود تا در شرایطی که کار مشتری به چند بخش مجزا از هم تقسیم شده، تمام حساب‌های یک بخش معین به عامل سپرده شود. مانند شرکت خودرو سازی که تنها حساب‌های شرکت تابعه قطعه سازی خود را به عامل انتقال می‌دهد. طبعاً از آن جا که این تجویز استثنائی بر قاعده دانسته می‌شود باید در قرارداد مورد تصریح قرار گیرد..

#### ۱-۳-۴-۲. ارائه تمامی اسناد مربوط به حسابهای دریافتی

مشتری موظف است تمامی اسناد مربوط به حسابها - از جمله سند فاکتور و سایر اطلاعات لازم برای دریافت بدهی - را به عامل ارائه دهد. در انتقال اسناد حساب‌های دریافتی (فاکتورها) لازم است انتقال حساب به عامل درج شود تا معلوم شود که از زمان انتقال، عامل طرف حساب خریدار است. ارائه اطلاعات جانبی لازم برای وصول بدهی و اسناد مرتبط با حساب، ناشی از اصل همکاری و مساعدت مشتری با عامل، برای تسهیل وصول حساب‌ها است.

#### ۱-۳-۴-۳. انتقال تضمینات حسابهای دریافتی

این قاعده ناشی از انتقال طلب دانستن فاکتورینگ است. می‌دانیم که وقتی طلبی منتقل می‌شود کلیه تضمینات نیز با آن به انتقال گیرنده منتقل خواهد شد. این قاعده در فاکتورینگ نیز لازم الاجراست و از طریق آن عامل، به تمام حقوق تبعی ناشی از قرارداد فروش اصلی میان مشتری و بدهکار دست پیدا می‌کند. این امر به نوبه خود موجب تسهیل وصول بدهی‌ها توسط عامل خواهد بود. تضمیناتی که با حسابهای دریافتی به عامل منتقل می‌شود به دو صورت خواهد بود: تضمینات شخصی<sup>۲۰</sup> و



مالی.<sup>۲۱</sup> تضمین شخصی مانند ضمان که در آن ثالثی متعهد به پرداخت دین در صورت استنکاف مدیون است و تضمین مالی مانند رهن که مال مرهونه را برای وصول بدهی در دسترس عامل قرار می‌دهد. علاوه بر این تضمینات، کلیه امتیازات منتفع برای مشتری نیز همراه با حساب‌ها به عامل انتقال می‌یابد؛ از جمله شرط حفظ مالکیت که به موجب آن تا زمانی که بدهی پرداخت نشده، مالکیت عامل بر اجناس فروخته شده حفظ می‌گردد. در رویکرد دو کنوانسیون یونیدرویت و آنسیترال نسبت به انتقال تضمینات، تفاوت وجود دارد. کنوانسیون یونیدرویت در ماده ۱ خود به طرفین قرارداد امکان می‌دهد که بر انتقال تمام یا بخشی از حقوق فروشنده (مشتری) و امتیازاتی که تأمین کننده منافع اوست، توافق کنند. اما کنوانسیون آنسیترال در بند ۲ م ۲۰ مقرر می‌دارد که انتقال تمامی تضمینات لازم است و هر گونه محدودیت - مانند محدودیتی که در مورد انتقال جزئی حسابها داشتیم - ممنوع است. بعلاوه از نظر این کنوانسیون مطابق بند ۳ همین ماده تضمینات مستقل (مانند اعتبارات اسنادی) نیز با انعقاد فاکتورینگ به عامل انتقال می‌یابد. جالب است که بند ۵ همین ماده می‌گوید با وجود انتقال، مسئولیت انتقال دهنده نسبت به تضمینات باقی است و او نیز می‌تواند همچنان از این مزایا استفاده کند. در نهایت بند ۶ دال بر عدم تأثیر این انتقال بر الزامات ثبتي است که احتمالاً در حقوق ملی کشورها وجود داشته باشد. چه این که این الزامات ممکن است نحوه انتقال را دستخوش تغییر کند. (UNCITRAL, 2004, P.34)

#### ۴-۱-۳-۴. پرداخت هزینه‌ها

هزینه‌های پرداختی مشتری به عامل به دو دسته تقسیم می‌شود:

- ۱- کمیسیون یا حق الزحمه: در قبال خدماتی چون حسابداری، مشاوره، تضمین وصول مطالبات و خدمات وصولی. نرخ اینگونه حق الزحمه‌ها معمولاً بین ۲ تا ۶ درصد است. تعیین دقیق نرخ کمیسیون به عوامل زیر بستگی دارد:
- صنف فروشنده: اگر فروشنده مشغول به پیشه سودآوری باشد، ریسک عامل پایین‌تر بوده و کمیسیون کم‌تری را اقتضا می‌کند.

- مجموع فروش سالیانه: هر چه مجموع فروش مشتری کم‌تر باشد ریسک عامل بیش‌تر و در نتیجه نرخ کمیسیون نیز بیش‌تر خواهد بود.
  - ۲- وضعیت اعتباری خریداران فروشنده: گذشت که در فاکتورینگ بدون حق رجوع، عامل به ارزیابی وضعیت خریداران می‌پردازد و تنها وصول مطالبات خریدارانی را تضمین می‌کند که خود، آن‌ها را معتبر شناسد. با این حال خریداران از نظر اعتبار با یکدیگر همسان نیستند و طبیعتاً هر چه اعتبار خریداران بیش‌تر باشد ریسک عامل کم‌تر و نرخ کمیسیون پایین‌تر است.
  - مدت زمان تعیین شده برای وصول بدهی: تاریخ وصول بدهی در قرارداد فروش میان مشتری و خریدار تعیین می‌شود. هر چه این مدت بیش‌تر باشد، امکان نوسانات بیش‌تری در اعتبار خریدار، وضعیت بازار و... وجود دارد که در نتیجه آن ریسک عامل افزایش می‌یابد. (Moore 1959 pp.719-20)
- همان طوری که قبلاً ذکر شد برای تحقق تأمین مالی، عامل حساب دریافتنی فروشنده را خریداری مینماید و پیش از سررسید مبالغی را به وی می‌پردازد. حساب دریافتنی مزبور تنها در زمانی که واقعاً وصول می‌گردند ارزش واقعی دارند. برای در دسترس قراردادن پول نقد در زمانی هر چه سریع‌تر، عامل باید مبلغ حساب دریافتنی مزبور را به ارزش زمان حاضر محاسبه نماید. به بیان دیگر، حساب باید تنزیل شود. (Moore 1959 pp.720)

#### ۵-۱-۳-۴. تضمین وجود حساب دریافتنی

اگر ماهیت تأمین مالی فاکتورینگ را بیع طلب بدانیم، شرایط بیع نیز باید وجود داشته باشد. جدای از شرایط عمومی قراردادها، یکی از شرایط بیع، وجود مبیع حین العقد است. در صورت تلف مبیع، قبل از انعقاد عقد یا موهوم بودن مبیع، بیع باطل است. در عقد فاکتورینگ، طلب مشتری بر عهده خریدار، باید وجود داشته باشد و اگر معلوم شود که حقی بر عهده خریدار به جهت نقص معامله اصلی محقق نشده یا اینکه محقق شده اما بعداً ساقط شده عقد تأمین مالی فاکتورینگ باطل خواهد بود و مشتری موظف است مطابق ضمان درک، عوض ناروایی که گرفته مسترد دارد و

خساراتی ناشی از تقصیر خود را جبران کند. (کاتوزیان. ۱۳۶۸. ص ۱۸۳) لازم به ذکر است که اولاً ملاک، وجود بدهی در هنگام عقد است نه پس از آن. در نتیجه در صورت اسقاط بدهی پس از عقد به هر دلیل، مشتری مسئولیتی نخواهد داشت. ثانیاً مسئولیت مشتری محدود به میزان بدهی است که در قرارداد فاکتورینگ تعیین شده نه تمامی مبلغ بدهی.

## ۲-۳-۴. تعهدات عامل در قبال مشتری

### ۲-۳-۴-۱. تایید اعتبار<sup>۲۲</sup>

هر چند مشتری موظف به انتقال تمامی حسابها به عامل است اما عامل متعهد به پذیرفتن تمامی حسابها نیست؛ چرا که عامل قرار است ریسک عدم پرداخت حسابها را تحمل کند. به همین جهت قبل از انعقاد قرارداد، عامل تمامی حسابهای دریافتی را بررسی می‌کند و به ارزیابی اعتبار خریداران می‌پردازد. خریدارانی که از نظر تأمین مبلغ بدهی، اعتبار کافی دارند توسط عامل معرفی شده و حسابهای ایشان قبول می‌شوند. عامل می‌تواند تا زمان ارسال کالای مشتری به خریدار از تمامی تأییدها یا بخشی از آن انصراف دهد. این امکان به عامل فرصت می‌دهد تا در برابر نوسانات اعتباری خریدار پس از تایید اولیه مصون باشد. تایید اعتبار توسط عاملان به دو صورت محقق می‌شود:

۱. تایید سفارش به سفارش<sup>۲۳</sup>: روش معمول در بریتانیای کبیر روش سفارش به سفارش است. در این روش خریدار هر حساب دریافتی صرف نظر از اینکه قبلاً بررسی اعتبار شده یا خیر، مجدداً بررسی می‌گردد.

۲. تایید کلی<sup>۲۴</sup>: تایید کلی به دو صورت انجام می‌شود:

- تایید بر اساس دوره زمانی تخلیه: در این روش مجموع حسابهای تا قبل از تخلیه کالاها بررسی می‌گردد، که ممکن است شبانه روزی یا ماهانه باشد.
- تعیین سقف اعتبار برای خریدار: به این معنا که عامل، خود را فقط نسبت به تقبل ریسک حد معینی از بدهی، مسئول می‌داند و در قبال مبالغ بیش از آن در صورت عدم پرداخت خریدار به مشتری رجوع خواهد کرد.

#### ۲-۳-۲-۴. تأمین مالی

مهم‌ترین وظیفه عواملان تأمین مالی مشتری است. عامل ۷۰ تا ۹۰ درصد مبلغ حسابها را در روز انتقال به عامل می‌پردازد. ما بقی مبلغ پس از وصول بدهی در سررسید و با کسر حق الزحمه و بهره توافق شده به مشتری پرداخت می‌گردد.

#### ۳-۲-۳-۴. تحمل ریسک

در فاکتورینگ بدون حق رجوع، ریسک عدم پرداخت بدهی توسط خریدار، به عهده عامل است. به همین علت، عامل قبل از پذیرفتن یک حساب دریافتی به بررسی اعتبار خریدار آن می‌پردازد. پس از احراز اعتبار و قبول حساب، در صورت استنکاف خریدار از تأدیه دین به علت ضعف اقتصادی یا هر دلیلی که به خریدار مربوط شود، عامل حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت. اما اگر علت عدم تأدیه، منتسب به مشتری باشد (مانند نقص در کمیت یا کیفیت کالا و...) عامل می‌تواند به مشتری رجوع کند.

در صورت بروز اختلاف میان مشتری و خریدار در خصوص انجام تعهدات مابین خود، دو حالت متصور است: در حالت اول مشتری هنوز از عامل پیش پرداخت دریافت نکرده که در این صورت باید بروز اختلاف را به عامل اطلاع دهد. اگر اطلاع ندهد، پیش پرداخت دریافت شده مصداق ایفای نارواست و باید به عامل مسترد شود. در حالت دوم، مشتری پیش پرداخت را دریافت کرده است. در این حالت باید مبلغ پیش پرداخت به عامل مسترد گردد اثبات بروز اختلاف میان مشتری و خریدار با عامل خواهد بود.

#### ۴-۲-۳-۴. ارائه سایر خدمات

شرکت‌های فاکتورینگ هرچند تأمین مالی را به عنوان مهم‌ترین نقش خود حفظ کردند اما در کنار آن به خدمات حسابرسی نیز می‌پردازند. ممکن است فروشنده کلیه کارهای حسابداری خود را به عامل بسپارد و عامل نیز به او گزارش دهد.

### ۳-۳-۴. روابط عامل با خریدار

گرچه در انتقال طلب بدهکار نقشی ندارد (بهرامی ۱۳۹۰ ص ۶۵۹ و ۶۰) اما در هر حال، با وجود اینکه بدهکار تاثیری بر انتقال طلب نداشته اما این انتقال، دارای تاثیراتی بر بدهکار است. در این بند به مواردی که می‌تواند در حیطه قرارداد فاکتورینگ بر بدهکار مؤثر باشد، خواهیم پرداخت:

#### ۳-۳-۴-۱. اطلاع بدهکار از انتقال حساب دریافتی

همچنانکه در بیان اقسام فاکتورینگ گذشت، فاکتورینگ از یک حیث به با اطلاع و بی اطلاع تقسیم میشود. در نوع همراه با اطلاع، انتقال حسابها به بدهکار اطلاع داده می‌شود. در نظام رومی ژرمنی اطلاع بدهکار لزوماً می‌بایست از طریق اعلامیه رسمی صورت پذیرد. اما در حقوق انگلستان هر چند که بر مبنای قانون اموال (Property act) (Spaććć, pp 198-200) اطلاع رسانی لازم است اما عدم اطلاع، موجب عدم انعقاد قرارداد نخواهد بود و تنها قرارداد را از شمول قانون داریی خارج کرده و داخل در قراردادهای منصفانه خواهد کرد. همچنین در این کشور برای اطلاع بدهکار، از سیستم ثبت استفاده می‌شود. در صورت بروز اختلاف در خصوص انتقال طلب، اولویت با کسی است که تاریخ ثبت اطلاع او مقدم باشد.

کنوانسیون یونیدرویت و آنستیرال در لزوم اطلاع بدهکار هم نظرند. بند ۱ از م ۱ یونیدرویت اطلاع بدهکار را لازم دانسته و عدم اطلاع به بدهکار را موجب خروج فاکتورینگ از شمول این قانون می‌داند. اطلاع به بدهکار، به موجب این کنوانسیون نیازمند رعایت شرایط شکلی زیر است:

- اطلاع باید مکتوب باشد و هر نوع نوشته‌ای برای تحقق اطلاع بدهکار کفایت می‌کند.
- زمان اطلاع بدهکار، زمان دریافت نوشته حاوی اطلاع است. بعلاوه اطلاع بدهکار فقط نسبت به حسابهایی که تا قبل از این تاریخ انتقال یافته مؤثر است.
- لزومی به امضای اطلاعیه نیست ولی نام بدهکار باید ذکر شود.

• وظیفه اطلاع دادن به عهده انتقال دهنده حسابهاست مگر اینکه انتقال گیرنده (عامل) از مشتری اجازه داشته باشد.

کنوانسیون آنسیترال نیز اطلاع را تنها به صورت کتبی مجاز می‌شمارد با این تفاوت که این اطلاع را حق بدهکار می‌داند نه تعهد. در نتیجه فاکتورینگ بدون اطلاع را شناسایی می‌کند. از نظر این کنوانسیون انتقال دهنده و عامل، هر دو می‌توانند به بدهکار اطلاع و همچنین دستور پرداخت دهند ولی پس از ارسال اطلاع تنها انتقال دهنده می‌تواند به بدهکار دستور پرداخت دهد.

پس بر خلاف یونیدوریت در آنسیترال، عامل می‌تواند به تنهایی و بدون نیاز به اجازه فروشنده، اقدام به اطلاع بدهکار کند. تفاوت مهم دیگر آنسیترال با یونیدوریت در این است که مطابق آنسیترال اطلاع می‌تواند مؤثر در حسابهایی که بعد از اطلاع ایجاد می‌شوند نیز باشد.

#### ۲-۳-۳-۴. تغییر در حقوق و تعهدات بدهکار

اصل آزادی اراده ایجاب می‌کند که نمی‌توان تعهدی را بدون رضایت شخص بر او بار کرد یا از تعهدات او کاست. کنوانسیون آنسیترال علاوه بر اینکه به احترام اصل آزادی اراده در ماده ۶ تصریح دارد؛ در ماده ۱۵ در جهت حمایت از بدهکار هر گونه تغییر در حقوق و تعهدات بدهکار را از جمله در میزان بدهی، نوع بدهی و محل ایفای تعهد، نهی می‌کند.

#### ۳-۳-۳-۴. پرداخت بدهی

با توجه به ماهیت انتقال طلب بودن فاکتورینگ، قاعده بر این است که با انتقال طلب، تنها شخص عامل مستحق دریافت بدهی باشد و در صورت پرداخت به مشتری، ایفای ناروا صورت گرفته و عامل می‌تواند به مشتری رجوع کند. با این وجود، کنوانسیون یونیدوریت پرداخت زمانی عامل را مستحق دریافت می‌داند که انتقال طلب به بدهکار اطلاع داده شده باشد. آنسیترال نیز در رویکردی مشابه در بند ۱۷ ماده ۱۷ میان مرحله قبل و بعد از اطلاع قائل به تفکیک شده و پرداخت به

مشتری تا قبل از اطلاع را مصداق سقوط تعهد و پرداخت بعد از اطلاع را ایفای ناروا می‌داند.

#### ۴-۳-۳-۴. توسل به ایرادات

با انتقال طلب، تمامی ایرادات نسبت به طلب نیز با آن منتقل می‌شود. بنابراین این بدهکار حق دارد تا به این ایرادات استناد نموده از پرداخت بدهی استنکاف کند. این ایرادات بر دو قسم است. یکی ایرادات ناظر به اصل معامله (مانند ادعای بطلان اصل معامله) و یکی ایرادات مربوط به معامله (مانند اینکه اصل تحقق دین را قبول دارد اما مدعی است که دین قبلاً ساقط شده) در خصوص امکان استناد به ایرادات ناظر بر اصل معامله تردیدی نیست، اما در خصوص ایرادات مربوط به معامله میان یونیدرویت و آنسیترال اختلاف وجود دارد. (Unidroit, p14)

ماده ۹ یونیدرویت می‌گوید: «در برابر ادعای عامل علیه بدهکار برای پرداخت حساب دریافتی‌ای که از قرارداد فروش کالا ناشی شده است، بدهکار می‌تواند تمام دفاعیات ناشی از قرارداد مزبور که می‌توانست در برابر فروشنده در صورتیکه وی ادعای پرداخت می‌کرد به آن استناد کند در برابر عامل نیز به آنها استناد نماید. همچنین بدهکار می‌تواند هرگونه حق تهاتری را که در رابطه با مطالبات موجود علیه فروشنده‌ای که به نفع حساب دریافتی ناشی شده است می‌باشد و در هنگامی که آگاهی کتبی انتقال مطابق با بند ۲ ماده ۷ به بدهکار داده می‌شود برای وی قابل دسترسی است، در برابر عامل ادعا نماید.» این ماده برای استناد به تهاتر محدودیتی را مقرر داشته به این نحو که تهاتر تنها در صورتی قابل استناد است که قبل یا هم‌زمان با اطلاع بدهکار از انتقال طلب برای بدهکار فراهم شده باشد. (United Nations, p39)

#### ۴-۳-۳-۵. نحوه جبران مبالغ پرداختی

گفته شد که با انتقال طلب، خریدار متعهد به پرداخت بدهی به عامل خواهد بود. اما اگر خریدار پیش از انتقال حساب‌ها بخشی از تعهد را پرداخت کرده باشد و قرارداد به

سببی مرتبط با فروشنده فسخ شود، خریدار برای استرداد مبلغ پرداختی خود باید به چه کسی رجوع کند؟ به فروشنده یا به عامل؟

رابطه قراردادی میان فروشنده و خریدار ایجاب می‌کند که در هر حال خریدار طرف تعهد فروشنده است. فروشنده باید وظیفه قراردادی را به انجام برساند. کنوانسیون یونیدرویت در بند ۲ ماده ۲۰ می‌گوید: درحالی‌که حقوق بدهکار تحت ماده ۵ (استناد به ایرادات) دست نخورده باقی می‌ماند، عدم اجرا یا اجرای ناقص یا با تأخیر قرارداد فروش، فی نفسه بدهکار را ملزم به بازپرداخت مبلغ پرداخت شده به عامل نمی‌گرداند. اگر چه بدهکار حق جبران مبلغ پرداختی از فروشنده را دارا باشد. با این وجود اگر چنین حقی علیه فروشنده وجود داشته باشد بدهکار می‌تواند تحت بند ۲ ماده مزبور بازپرداخت مبلغ پرداختی به عامل را در هریک از موارد ذیل خواستار گردد:

۱- عامل به تعهد پرداخت در رابطه با حساب‌های دریافتی مطروحه عمل نکرده باشد.

۲- عامل پرداخت را در زمانی انجام داده باشد که علم به عدم اجرای فروشنده یا اجرای با تأخیر یا معیوب فروشنده در رابطه با کالاهایی که به پرداخت بدهکار مرتبط می‌گردند داشته است. (UNIDROIT Secretariat, 2009, P.23)

کنوانسیون آنسیترال نیز در ماده ۲۱ مقرر می‌دارد: «تقصیر انتقال دهنده در اجرای قرارداد اصلی بدهکار را مستحق نمی‌گرداند تا مبلغی را که توسط وی به انتقال دهنده یا انتقال گیرنده پرداخت شده است از انتقال گیرنده استرداد نماید.» (Hedy H.R, 2002, P10)

در نتیجه، هر دو کنوانسیون، خریدار را از رجوع به عامل منع می‌کنند با این تفاوت که در کنوانسیون یونیدرویت دو مورد را استثناء می‌کند: اول در جایی که ثابت شود، عامل در دریافت حساب‌ها سوء نیت<sup>۲۵</sup> داشته و دوم در جایی که عامل ناعدلانه<sup>۲۶</sup>، دارنده حساب‌ها شده باشد. این در حالی است که کنوانسیون آنسیترال هیچ استثنایی مقرر نمی‌نماید به خاطر اینکه این استثنائات ممکن است در قالب کنوانسیونی که معاملات متنوعی تحت پوشش آن قرار می‌گیرد نامناسب باشد.



#### ۴-۳-۴. روابط عامل با ثالث غیر از بدهکار

قبلاً گفته شد ثالثی غیر از بدهکار به طور غیر مستقیم با انعقاد قرارداد تأمین مالی فاکتورینگ تحت تأثیر قرار گیرند. این دسته از ثالث شامل طلبکاران فروشنده و تمام انتقال گیرندگان بعدی حساب دریافتنی واحد می باشد. مسئله‌ی مهمی که در اثر انعقاد قرارداد مزبور ممکن است بین این دسته از اشخاص و عامل مطرح گردد به وجود آمدن تعارض منافع میان آنها می باشد. برای مثال فرض کنید انتقال دهنده‌ی اولیه با وجود انتقال حساب دریافتنی به عامل، آن را به شخص ثالثی نیز منتقل کند، یا انتقال دهنده اولیه ورشکست شود و طلبکاران وی خواستار بازداشت حساب دریافتنی منتقل شده به عامل، به نفع خویش گردند. در موارد مذکور بین اشخاص ثالث فوق الذکر و عامل تعارض منافع ایجاد می گردد و باید دقیقاً بررسی گردد تا ملاحظه شود به چه شیوه‌ای میتوان بین منافع متعارض قائل به اولویت شد تا حسب مورد، عامل یا اشخاص ثالث مذکور را صاحب حساب دریافتنی تلقی نمود.

از آن جایی که در رابطه با تعیین اولویت میان منافع متعارض عامل با اشخاص ثالث میان حقوق ملی کشورها رویه ثابتی وجود ندارد، مسئله مزبور باید با توجه به قانون کشوری که حاکم می گردد حل شود. به طور کلی در حقوق کشورها سه زمان مختلف انتقال، اطلاع و ثبت مدنظر قرار گرفته است و براساس آنها میان منافع متعارض تعیین اولویت میگردد.

در حقوق انگلیس حق تقدم به نخستین انتقال گیرنده‌ای اعطاء میگردد که اطلاعیه انتقال را به بدهکار داده است مگر این که وی علم به انتقال قبلی داشته باشد هنگامی که طلب به او منتقل گردیده است. (UNIDROIT,P17)

در حقوق آمریکا تأثیر انتقال بر اشخاص ثالث منوط به ثبت اطلاعات معینی از انتقال در دفتر ثبت اسناد عمومی است. نخستین انتقال گیرنده‌ای که اطلاعات تعیین شده به وسیله قانون را ثبت می نماید بر انتقال گیرندگانی که بعداً ثبت نموده اند یا اصلاً ثبت ننموده اند برتری داده می شود. به منظور این که انتقال گیرنده بر طلبکاران و مدیر

تصفیه برتری داده شود نه تنها انتقال بلکه ثبت هم باید قبل از اجرا یا آغاز فرآیند تصفیه صورت گرفته باشد. (Bazinas, 1998, P347)

در حقوق قراردادی ایران اصل بر تراضی می‌باشد و چنین اصلی در قرارداد تأمین مالی فاکتورینگ نیز اجرا می‌گردد و قرارداد مزبور با تراضی انتقال دهنده و عامل مؤثر می‌گردد و حساب دریافتنی منتقل می‌شود و مالی وجود ندارد که به انتقال گیرندگان بعدی منتقل گردد. بنابراین نخستین انتقال گیرنده‌ای که براساس تقدم زمانی معین می‌گردد بر تمام انتقال گیرندگان بعدی حق اولویت دارد. همچنین به صرف تراضی میان عامل و فروشنده انتقال در برابر طلبکاران انتقال دهنده ورشکسته نیز قابلیت استناد دارد مگر این که قرارداد انتقال بعد از صدور حکم ورشکستگی منعقد گردیده باشد، زیرا در حالت اخیر ماده ۴۲۷ ق.ت. که مقرر می‌دارد تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود ممنوع است در این مورد نیز اجرا می‌گردد و قرارداد انتقالی که توسط فروشنده، بعد از این تاریخ منعقد گردیده است غیر معتبر می‌باشد و در برابر طلبکاران قابلیت استناد ندارد.

کنوانسیون یونیدرویت مقرراتی را به تعیین اولویت میان منافع متعارض اختصاص نداده است و این یکی از ضعفهای این کنوانسیون به شمار می‌رود، در مقابل کنوانسیون آنسیترال در بخش سوم از ماده ۲۲ تا ۲۵ به موضوع مورد نظر پرداخته است. با این حال کنوانسیون در این موضوع از ارائه راهکار ماهوی به خاطر اختلاف کشورها خودداری نموده و به تعیین راه حل تعارض بسنده نموده است. در ماده ۲۲ مقرر شده است که حقوق کشوری که انتقال دهنده در آن سکونت دارد بر تعیین حق اولویت انتقال گیرنده یا عامل در رابطه با حساب دریافتنی منتقل شده بر حقوق رقبای وی حکومت می‌نماید. کنوانسیون آنسیترال برای تکمیل قاعده حل تعارض، سه قاعده ماهوی اختیاری حق اولویت به صورت ضمیمه بیان داشته است که کشورها می‌توانند با صدور اعلامیه یکی از آنها را اعمال کنند. این سه قاعده ماهوی همانند حقوق ملی کشورها عبارتند از: الف) زمان ثبت اعلامیه انتقال، ب) زمان اطلاع بدهکار، ج) زمان انتقال حساب دریافتنی.

هنگامی که قانون کشوری در رابطه با تعیین اولویت ناکافی باشد یا این که کشوری بخواهد قواعد موجود خود را در رابطه با تعیین اولویت تغییر دهد، می‌تواند از قواعد ماهوی که کنوانسیون در ضمیمه پیشنهاد نموده است استفاده کند و براساس آن اولویت را تعیین نماید، به عبارت دیگر این پیشنهاد به عنوان قانون نمونه عمل مینماید و کشورها می‌توانند در وضع مقررات راجع به تعیین اولویت از آن استفاده نمایند.

### نتیجه‌گیری

فاکتورینگ به عنوان ابزاری برای تأمین مالی، نهادی است نسبتاً کهن که با تغییرات جهان امروز همراه شده و در قالب اصل آزادی قراردادی و حاکمیت طرفین، برای پاسخگویی به نیازهای هر دوره، از تغییر ابایی نداشته است. فاکتورینگ نوین با توجه به اقسام گوناگونی که پیدا کرده با تفسیرهای متفاوتی از ماهیت حقوقی خویش روبرو شده است.

در خصوص ماهیت حقوقی فاکتورینگ ملاحظه گردید، در سطح جهان نظام حقوقی کشورها برای استفاده از تأمین مالی فاکتورینگ دو نوع رویکرد را اتخاذ کرده اند. رویکرد اول که در بیشتر کشورهای جهان به کار می‌رود، استفاده از نهاد انتقال طلب یا انتقال جنبه مثبت تعهد می‌باشد که از میان این کشورها قوانین آمریکا و انگلیس بررسی شده اند به عنوان کشورهایی که هم از لحاظ کیفیت قوانین و هم از لحاظ آمار در استفاده از چنین نهادی برجسته هستند و مشاهده شد که در این کشورها طلب، به عنوان مالی با ارزش تلقی می‌شود که می‌تواند در برابر ما به ازای همان خدمات تأمین مالی از سوی عامل است، منتقل گردد. کشور فرانسه رویکرد دیگری به نام جانشینی قراردادی در تأمین مالی به شیوه یادشده به کار می‌برد که در آن با انتقال تام طلب رو به رو نیستیم، بلکه عامل تا میزانی که به طلبکار پرداخت نموده است با رعایت شرایطی، قائم مقام طلبکار در دریافت وجه از بدهکار می‌شود.

با بررسی مقایسه ای عقود که در آنها انتقال طلب می‌تواند انجام گیرد با قرارداد تأمین مالی فاکتورینگ، ملاحظه گردید در ایران انتقال طلب در تأمین مالی از طریق فاکتورینگ نمی‌تواند با تبدیل تعهد از طریق تغییر دائن و حواله انجام گیرد، ولی می‌تواند تحت بیع طلب

در صورتی که شرایط بیع رعایت گردد و نیز به عنوان قراردادی بی نام تحت ماده ۱۰ ق.م. صورت پذیرد. با وجود اینکه تأمین مالی یکی از مهم ترین و رایج ترین کارکردهای نهاد فاکتورینگ می باشد، اما تنها کارکرد آن نیست و این نهاد کارکردهای دیگری نیز دارد که باید در توصیف ماهیت آن موضوع توجه قرار گیرد. در نتیجه، توصیف نهاد فاکتورینگ باید به طور موردی و متناسب با کارکرد هایش انجام گیرد و در صورتی که قابل تطابق با عقد معینی در قانون باشد در همان قالب توجیه شود. در غیر این صورت می توانیم آن را به عنوان قرارداد خصوصی تحت ماده ۱۰ ق.م. توجیه کنیم

در اثر فاکتورینگ یک رابطه قراردادی میان عامل و فروشنده کالا برقرار می شود. نتیجه این رابطه پیدایش حقوق و تعهدات جدیدی برای طرفین است. که البته با توجه به متفاوت بودن قوانین ماهوی داخلی و نقش اساسی اراده طرفین نمی توان برای آن حدود دقیقی بیان کرد اما به طور کلی و بر مبنای مشترکات میان قوانین آمریکا و انگلیس و دو کنوانسیون یونیدرویت و آنسیترا می توان گفت که فروشنده (مشتری عامل) با عقد قرارداد فاکتورینگ موظف به انتقال کلیه حسابهای دریافتنی به همراه تضمینات آن به عامل است. این در حالی است که عامل موظف به قبول همه حسابها نیست، بلکه پس از بررسی اعتبار خریداران طرف فروشنده و ارزیابی ریسک هر حساب از میان حسابها دست به انتخاب می زند. از طرف دیگر عامل به منظور تسهیل در وصول مطالبات توسط عامل باید تمامی اسناد و مدارک مرتبط با حساب را نیز به عامل تحویل دهد. در مقابل عامل نیز به ارزیابی حسابها از نظر ریسک پذیری پرداخته و وقتی حسابی را مورد قبول قرارداد جهت تأمین منابع مالی مشتری خود در روز خرید حساب اقدام به پرداخت پیش پرداخت عمده مبلغ حساب می نماید. در نهایت پس از وصول بدهی با کسر حق الزحمه و بهره مورد توافق مابقی را به فروشنده پرداخت می کند.

هرچند که فاکتورینگ مبتنی بر انتقال طلب بوده و رضایت بدهکار در انعقاد آن شرط نیست ولی خریدار از تاثیر فاکتورینگ بر کنار نمی ماند. بر اساس اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد نمی توانند چیزی را به تعهدات بدهکار اضافه کرده یا از حقوق او بکاهند مگر در مواردی صراحتاً در قانون اجازه داده شده باشد. بدهکار

پس از اطلاع از انتقال حساب به عامل باید مبلغ بدهی را به او بپردازد و با پرداخت به فروشنده تعهد او ساقط نمی شود. البته عامل می تواند بر مبنای رابطه قراردادی که با فروشنده دارد به او مراجعه کرده مبلغ پرداخت شده از جانب بدهکار را از او مسترد دارد.

با انتقال حساب کلیه ایرادات و دعاوی مربوط به آن نیز انتقال می یابد. در نتیجه خریدار می تواند به ایرادات مربوط به معامله اصلی یا معاملات مربوط به معامله اصلی در برابر عامل استناد کند. در صورتی که ایراد او موجه دانسته شد از پرداخت به عامل خودداری خواهد کرد و عامل نیز برای استرداد مبلغ پیش پرداخت و خسارات وارده و هزینه هایی که متقبل شده به فروشنده مراجعه خواهد نمود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## یادداشت‌ها

- 1- Blackwellhall
- 2- Non recourse factoring
- 3- Recourse factoring
- 4- Partial non recourse Factoring
- 5- Partial recourse Factoring
- 6- With advance factoring
- 7- Non advance factoring
- 8- Cash factoring
- 9- split factoring
- 10- Assignment of Obligation-Rights
- 11- subrogation conventionnelle
- 12- Hard assets

۱۳. البته باید یادآوری کرد باوجود تفاوت های اساسی میان فروش حساب های دریافتی و استفاده از آن به عنوان تضمین پرداخت، فصل ۹ قانون پیش گفته عنوان نادرستی با نام «تضمین» برای پوشش هر دو کاربرد حساب های دریافتی استفاده کرده است که این اصطلاح برای پوشش دادن فروش با توجه به اینکه در آن برخلاف تضمین، مالکیت منتقل می شود، صحیح نیست. برداشتن فروش حساب های دریافتی از فصل ۹ و تنظیم رژیم حقوقی جداگانه، این عیب ساختاری و تعریفی را حل می کند.

- 14 -Law of property act 1925
- 15- Things in action
- 16- Statutory or Legal assignment
- 17- Equitable assignment
- 18- Anneu
- 19 -Article 11: 2. The assignor and the assignee are bound by any usage to which they have agreed and, unless otherwise agreed, by any practices they have established between themselves.  
considered, unless otherwise agreed, implicitly to have made applicable to the assignment a usage that in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to the particular type of assignment or to the assignment of the particular category of receivables
- 20- personal
- 21- peroperty
- 22 -Credit Approval
- 23- Order by Order Approval

- 
- 24- Order by Order Approval  
25-Bad Faith  
26 -Unjust Enrichment

### کتابنامه

- Callender, Jeff. (2001). Factoring Small Receivables . 5th Edition Soundview Funding Corp, June.
- Callender, Jeff. (2002). Factoring Wisdom Soundview Funding Corp, May.
- Callender, Jeff. (2003). Factoring Fundamentals: How You Can Make Large Payments in Small Receivables. Soundview Funding Corp, Jan.
- Edmister, R. O. (1998). Financial Institution Markets & Management. London: Mc Grow Hill.
- Freddy Salinger F.C.A. (1999). Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance. London: Sweet & maxwell
- Hill, Donna. (1992). Factoring Becomes Fashionable. The Secured Lender, March/April.
- Robinson, R. and Writhsman, D. (1989). Financial Markets, The Accumulating and Allocation Wealth. London: McGraw-Hill.
- Salinger, Freddy. (1998). Factoring and the Lending Bank. London: Tolley Publishing Co.
- Smith, G. (1993). Financial Assets, Markets and Institutions. London: Mc Grow Hill.
- Van Horen, J.C. (1970). Fuction and Analysis & Capital Market Rates. New Jersey: Prattice Hall.
- Westlake, Melvyn. (1975). Factoring. Financial Times Management, June.
- Working Group. (2000). Credit Ratings and Complementary Sources of Credit Quality Information. August.
- Silverman, Herbert. factoring: its legal aspects and economic justification, available at: [www.scholarship.law.duke.edu](http://www.scholarship.law.duke.edu) last seen: 1/9/2015
- B, Papadimitriou, community-based factoring companies, available at [www.SSRN.com](http://www.SSRN.com) last seen: 1/9/2015
- W. Hurd Hillyer. (2001), Four Centuries of Factoring, Oxford Hist Studies
- J. philips, Ronnic, community-based factoring companies and small business lending, available at: [www.Ssrn.Com](http://www.Ssrn.Com), last seen: 12/6/2015
- Unidroit Convention on International Factoring (1988), available at: [lexmercatoria.org](http://lexmercatoria.org), last seen: 1/9/2015

Moore, Carrolg,(1959), FACTORING-A UNIQUE AND IMPORTANT FORM OF FINANCING AND SERVICE, available at:

<http://heinonline.org>, last seen: 1/9/2015

eeeeety cct ssss sII Ivkkka aaa a accciates,FACTORING - INSTRUMENT OF FINANCING IN BUSINESS PRACTICE –SOME IMPORTANT EEGAA APPCCTEE kmmmski i ttrživnn

UNIDROIT Secretariat(2009), Explanatory Note on UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FACTORING, , available at: [lexmercatoria.org](http://lexmercatoria.org), last seen:1/9/2015

Hedy H.R(2002), Huang,Compare and Contrast: The Uncitral convention on the assignment of receivable in international trade and the Unidroit convention on international factoring,Available at

:<http://law.alphaleader.com>, last seen:1/9/2015

Bazinas, Spiro,(1998), AN INTERNATIONAL LEGAL REGIME FOR RCCEIVABEEF FINANCING: UNCITRACCC CNRRIBUTIOND DJKE JOURNAL OF COMPARATIVE & INTERNATIONAL LAW

