

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФАКТОРИНГА В РОССИИ И ВО ФРАНЦИИ

© 2012 г. Алексей Станиславович Автономов¹

Краткая аннотация: статья посвящена сравнительному исследованию правового института факторинга в России и Франции. Кратко рассмотрены генезис современного факторинга, его отличительные черты. Изучены российское и французское банковское и гражданское законодательство, акты Европейского Союза применительно к Франции и международно-правовые акты, а также судебная практика. Раскрыты основные проблемы, внесены предложения.

Annotation: the present article is devoted to a comparative study of a legal institution of factoring in Russia and France. A genesis of a contemporary factoring and its distinctive features are briefly considered. Russian and French bank and civil legislation, European Union acts as applied to France and international law instruments, as well as courts' jurisprudence are explored. Main problems are disclosed, suggestions are made.

Ключевые слова: факторинг, уступка денежного требования, сравнительное правовое исследование, банковское право, гражданское право, форфейтинг, дисконтирование счетов, банковский заем, финансовый агент (фактор), клиент, должник, уведомление об уступке, баланс наличности

Key words: factoring, an assignment of receivables, a comparative legal study, bank law, civil law, forfaiting, invoice discounting, a bank loan, a financial agent (factor), a customer, a debtor, a notification of the assignment, cash balance

Немного истории. Факторинг представляет собой сравнительно новый правовой и финансовый институт не только для России, но и для многих других стран. Так, во Франции он стал активно внедряться в 60-е годы XX в. В нашей стране впервые, как утверждает, банковские факторинговые операции стали применяться в Ленинграде в 1989 г.², т.е. всего приблизительно двумя десятилетиями позже, чем во Франции.

При этом факторинг является одним из примеров того, как институт, возникший в одной правовой семье, довольно легко адаптируется к другой правовой семье, находит там свое место и органично развивается. Первоначально факторинг зародился в Англии. Некоторые авторы³ утверждают, что факторинг возник около 1400 г., и уже тогда он использовался для финансирования банками торговых операций. Правда, в те далекие времена схема факторинга несколько отличалась от современной, которая будет рассмотрена чуть позже. В ранний период развития рассматриваемого института фактор, в качестве которого действовал банк, брал в свое владение товар, выплачивая аванс его производителю (остаток цены

товара, за исключением комиссионных, уплачивался после получения денег от покупателя), выдавал кредит покупателю этого же товара и страховал риск невозвращения кредита покупателем. Таким образом, в тот период фактор, т.е., как правило, банк, финансировал и товаропроизводителя, и покупателя, да еще и получая во владение товар, что объяснялось потребностью в обеспечении обязательств перед ним, выполнял функции фактического поставщика товара, превратившись в звено между производителем и оптовым покупателем. В результате этого факторы постепенно превратились в мощных монополистов.

Закон, принятый английским парламентом в 1696 г., несколько ограничил монопольные возможности факторов. В то же время развитие крупных торговых компаний, обладавших ресурсами для выстраивания собственной системы продаж, самостоятельно формировало каналы сбыта, с учетом потребностей и покупательной способности своих клиентов. Это привело к тому, что факторинг в его прежнем качестве оказался ненужным таким компаниям. Поэтому период до XVIII в. представляет собой скорее предысторию современного факторинга. Позже институт, именуемый факторингом, возникает в Англии, а затем и в других странах англосаксонского права, но его содержание определенным образом изменилось по сравнению с периодом его предыстории. Как отмечается в Пояснительной записке к

¹ Главный редактор журнала "Государство и право" РАН, доктор юридических наук, профессор (Тел.: (495) 691-87-34).

² См.: <http://www.bibliotekar.ru/bank-14/35.htm>

³ См., например: Hillyer W.H. Four Centuries of Factoring // Quarterly Journal of Economics. 1939.

Оттавской конвенции о международном факторинге 1988 г., несмотря на то что начало факторинга уходит глубоко в историю, “только после Первой мировой войны его характерные черты в полной мере проявились”⁴.

Особенности факторинга и его отличия от других институтов. Как и раньше, факторинг предполагает наличие трех заинтересованных участников: во-первых, банка или иной кредитной организации (фактора), во-вторых, продавца, совершающего регулярные торговые сделки на условии полной или частичной отсрочки платежа (клиента), в-третьих, покупателя, приобретающего товар с условием отсрочки уплаты покупной цены полностью или частично (дебитора). Однако, в отличие от периода предыстории факторинга, в нынешнее время фактор никакого отношения к продаваемому товару не имеет, а также в рамках факторинга не кредитует покупателя для приобретения товара, поставляемого клиентом фактора. По сути, фактор в качестве актива приобретает дебиторскую задолженность, образовавшуюся у его клиента в результате отсрочки платежа покупателем товара. Для компании-продавца факторинг является не зависящим от текущей кредитоспособности такой компании или от ее прошлых показателей источником финансирования оборота. Для банка или иной кредитной организации факторинг выступает в качестве одного из способов получения отдачи от использования временно свободных денежных средств в тех случаях, когда предоставление кредитов может выглядеть слишком рискованным.

Факторинг отличается от кредитования тем, что получение займа и его величина обусловлены текущим финансовым положением заинтересованной в нем организации, кредитной историей, наличием соответствующего обеспечения и пр., а для получения денег при факторинге необходимо лишь наличие дебиторской задолженности. Кроме того, деньги, полученные клиентом от фактора, вообще не являются займом, но финансированием, обеспеченным активом, в качестве которого выступает дебиторская задолженность. Суды справедливо указывают на эту особенность факторинга, отличающую его от кредитования. Так, в России в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-15605/2010-ГК (резолютивная часть объявлена 20 июля 2010 г., в полном объеме изготовлено 27 августа 2010 г.) по делу № А40-130634/09-30-972 отмечено: “Суд

первой инстанции правильно указал, что договор факторинга является регрессным, то есть фактор не покупает денежные требования к дебитору у клиента, а получает их в обеспечение исполнения обязательств по возврату сумм финансирования”, и, “таким образом, предоставление финансирования является срочным и возвратным”⁵. Российский Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа в Постановлении № Ф07-9166/2010 от 25 октября 2010 г. (заседание состоялось 21 октября 2010 г.) по делу № А05-464/2010 установил, что “у общества не возникли перед банками долговые обязательства в связи с заключением договоров факторинга”..., “а полученные обществом от банков средства не являются займом (кредитом)”⁶. Во Франции Государственный совет (высшая инстанция в системе административных судов) в решении № 7/8SSR от 5 июня 1989 г. по делу № 96641 постановил, что “кредитные операции”... “имеют иную природу, нежели факторинговые операции”⁷. Обратим внимание на то, что российский Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа и французский Государственный совет рассматривали споры налоговых органов соответствующих стран с кредитными организациями и пришли к выводу, согласно которому разная правовая природа финансирования при факторинге и займа влечет за собой и различия в режимах налогообложения (в том числе, по налогам на добавленную стоимость и на прибыль юридических лиц) при совершении той или другой операции. Вместе с тем факторинг связывает три стороны, каждая из которых имеет свои собственные интересы, а в договоре займа участвуют, как правило, только две стороны (даже если есть поручители, они не выступают в качестве самостоятельной стороны в таких отношениях со своими собственными интересами).

Средства, полученные в результате факторинга, как и займы, используются предпринимателями и компаниями, являющимися клиентами банков и иных кредитных организаций, для поддержания баланса наличности. Баланс наличности при использовании факторинга можно рассчитать по уже

давно предложенной формуле:
$$CB = \sqrt{\frac{i \cdot nCF}{2 \cdot r}}$$
⁸,

⁵ [kad.arbitr.ru/data/pdf/4b168377-73d2-4c71-b87b-71d8415faaa4/A40-130634-2009_20100727_Postanovlenie + appelljacji.pdf](http://kad.arbitr.ru/data/pdf/4b168377-73d2-4c71-b87b-71d8415faaa4/A40-130634-2009_20100727_Postanovlenie+apelljacji.pdf)

⁶ <http://www.nalogplan.ru/doc/2917>

⁷ <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Conseil-d-Etat-7-8-SSR-du-5-juin-1989-96641-mentionne-aux-tables-du-recueil-Lebon-96641/J12268/>

⁸ См.: The Quarterly Journal of Economics. November, 1952. P. 545–556.

⁴ <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988factoring/explanatorynote-e.pdf>

где “СВ” – “баланс наличности”, “i” – “комиссионные, а также другие расходы, определяющие цену услуг по факторингу”, “nCF” – “отток финансовых средств за установленный отрезок времени”, “r” – “норма прибыли, полученной компанией”.

Имеются и другие инструменты для достижения той же цели, т.е. поддержания баланса наличности. Среди них – ссуды под учет полностью или частично неоплаченных счетов-фактур (invoice discounting), что короче называют дисконтированием счетов, и форфейтинг (forfaiting). Форфейтинг представляет собой операцию по приобретению финансовым агентом коммерческого обязательства покупателя (импортера) перед продавцом (экспортером). Операция является специфической формой кредитования торговых операций. Основное условие форфейтинга состоит в том, что все риски по долговому обязательству переходят к финансовому агенту без права оборота на продавца обязательства. Покупаемый финансовым агентом актив может быть в форме векселя, гарантийного письма, расписки с обязательством уплатить некую сумму денег, заемного договора и пр. Но, как бы то ни было, обязательство, приобретаемое финансовым агентом, должно быть бесспорным, безусловным, могущим быть переданным (цедированным) и позволяющим потребовать уплаты установленной суммы без задержки по достижении определенного срока. Поэтому основными ценными бумагами при форфейтинге являются простой и переводной векселя.

Таким образом, очевидно, что характер взаимоотношений между продавцом (поставщиком), дебитором и финансовым агентом при факторинге и форфейтинге различен: форфейтинг представляет собой финансовую операцию, основывающуюся на имеющейся сделке между продавцом и покупателем, в то время как факторинг сам по себе является самостоятельной сделкой, при которой вследствие заключения договора между кредитной организацией-фактором и ее клиентом-поставщиком складываются трехсторонние отношения с участием не только их, но также и покупателя-дебитора. В то же время в форфейтинге кредитная организация-форфейтор, как правило, взаимодействует не непосредственно с дебитором (покупателем-импортером), а с предоставившим дебитору аваль (т.е. гарантию оплаты в его векселя) банком, через который производится платеж по векселю при наступлении срока. К форфейтингу в основном прибегают при внешнеэкономических сделках, причем

главным образом при осуществлении экспорта в страны с переходной экономикой или растущими рынками.

Форфейтинг – довольно новый финансовый институт (в русском языке используется русская транскрипция этого термина). Судя по написанию, русским языком данный термин заимствован из английского языка. Но и в последнем это слово иностранного происхождения (как, впрочем, и в немецком – *Forfaitung*) и является производным от французского “forfait” – “подряд”, “поставка”, “заранее обусловленная оплата” (“vente à forfait” – “продажа по заранее обусловленной цене”), а аналогом английского слова “forfaiting” выступает французский термин “affacturage à forfait”. По-видимому, это связано с тем, что первоначально форфейтинг зародился и применялся в Швейцарии. Не случайно именно там в 1978 г. появилась и первая ассоциация форфейторов – Объединение форфейтинговых институтов в Швейцарии (*Vereinigung von forfaitierenden Instituten in der Schweiz*), при непосредственной и существенной финансовой поддержке которого в 1999 г. образовалась Международная форфейтинговая ассоциация. В силу того что упомянутый институт, как уже говорилось, появился сравнительно недавно, вплоть до конца XX в. слово “forfaiting” не попадало ни в общелексические⁹, ни в специализированные¹⁰ словари английского языка.

Что касается дисконтирования счетов (invoice discounting), то его иногда неверно отождествляют с факторингом¹¹. Определенное сходство между факторингом и дисконтированием счетов есть: и в том, и в другом случае кредитная организация покупает активы продавца в виде дебиторской задолженности, однако на этом общность черт между ними и заканчивается. При дисконтировании счетов финансирование кредитной организацией предоставляется не на каждую поставку отдельно (как при факторинге), а на сальдо (т.е. текущую неоплаченную сумму) всех поставок (поэтому и оценка условий финансирования ведется по всему портфелю задолженности, и устанавливается единая доля финансирования по всем счетам-фактурам, не превышающая 70% от суммы переданных накладных), причем концентрация каждого дебитора обычно не превышает 15% в портфеле дебиторской задолженности. Кредитная органи-

⁹ См.: Webster's New World Dictionary of American English. N.Y., 1988.

¹⁰ См.: Greener M. The Penguin Dictionary of Commerce. Harmondsworth. N.Y., 1979.

¹¹ См., например: ibid. P. 148.

зация, занимающаяся дисконтированием счетов, не производит мониторинг, проверку поставок, административное управление дебиторской задолженностью, а оплата от дебиторов поступает не кредитной организации, а на счета ее клиента, в качестве которого выступает продавец (поставщик), и уже с этих счетов безакцептно списывается в пользу кредитной организации (в силу этого имеется риск утраты возможности списания средств, если клиент откроет другой счет для получения денег от дебитора). Факторинг же предполагает прямо противоположное: каждая сделка между продавцом и покупателем проверяется кредитной организацией-фактором, оценивается платежеспособность покупателя (впрочем, оцениваются также и возможности продавца по осуществлению поставок, проведению работ и оказанию услуг в соответствии с контрактом), кредитной организации передаются подлинники счетов-фактур, непосредственно на ее же счета поступают и средства при погашении дебиторской задолженности.

Таким образом, если факторинг – это специфическая сделка, которая хотя и заключается между двумя сторонами, но фактически приводит к установлению трехсторонних отношений, то дисконтирование счетов – это особого рода заем, условия которого зависят во многом от общего финансового состояния клиента, доверия к нему со стороны кредитной организации, а сделки между клиентом (продавцом) и дебиторами (покупателями) играют роль лишь дополнительного обеспечения возвращения займа, и трехсторонние отношения при дисконтировании счетов не возникают.

Итак, не всякое финансирование коммерческих организаций, в той или иной степени связанное с дебиторской задолженностью, является факторингом, и в то же время не всякая уступка требования (цессия) может считаться факторингом. Тем не менее, как справедливо отметил Е.А. Суханов, на отношения, вытекающие из договора финансирования под уступку денежного требования, распространяются общие правила об уступке требования в части, не противоречащей специальным предписаниям о таком договоре¹². Например, ст. 828 Гражданского кодекса Российской Федерации¹³ (ГК РФ) устанавливает одно из отличий договора финансирования под уступку

денежного требования от цессии. Если в соответствии с условиями договора переход прав кредитора к другому лицу является недействительным (согласно п. 2 ст. 382 ГК РФ), то в соответствии с п. 1 ст. 828 уступка финансовому агенту денежного требования будет действительной и при наличии в договоре, на котором основаны требования, уступленные финансовому агенту, соглашения между клиентом и должником о ее запрете или ограничении. Следовательно, наличие условия о запрете уступки денежного требования не освобождает должника от обязанности совершить платеж финансовому агенту. В то же время совершение клиентом уступки денежного требования в нарушение существующего запрета влечет ответственность клиента перед должником (п. 2 ст. 828). При этом требования, которые должник мог бы предъявить клиенту в связи с нарушением последним соглашения о запрете или об ограничении уступки требования, не имеют силы в отношении финансового агента (ст. 832 ГК РФ).

Факторинг как финансовый институт регулируется особым видом договора, отражающим и учитывающим указанные особенности. Хотя, казалось бы, сущность факторинга позволяет использовать его в рыночных условиях в любой стране, однако на практике, как уже отмечалось, вплоть до XX в. ареал применения данного института ограничивался странами англосаксонской правовой семьи. И все же универсальность института факторинга позволила ему легко перешагнуть границы распространения англосаксонской правовой семьи, когда для этого созрели надлежащие условия. Собственно, так произошло во Франции в 60-е годы XX столетия, когда факторинг стал внедряться в практику первоначально без достаточно хорошо проработанной законодательной основы. На первых порах для установления характерных для факторинга отношений между поставщиком, покупателем и кредитной организацией применялись два известных французскому гражданскому праву института – замена лиц в обязательстве (суброгация) и уступка права требования (цессия). Однако по мере расширения и углубления фактического использования факторинга этого оказалось недостаточно, поэтому в начале 70-х годов XX в. приступают к принятию нормативных правовых актов, непосредственно посвященных факторингу, поскольку без адекватного правового регулирования ни один институт нормально существовать и развиваться не в состоянии.

Факторинг – на стыке банковского и гражданского права. Впервые официальное юридиче-

¹² См.: Суханов Е.А. Договор финансирования под уступку денежного требования (договор факторинга) // Правовое регулирование банковской деятельности. М., 1997. С. 79.

¹³ Здесь и далее цит. по: Гражданский кодекс Российской Федерации. М., 2012.

ское определение описания операции факторинга было дано в Информационном письме Банка Франции от 21 октября 1973 г.: «Операция факторинга состоит в передаче коммерческих долгов от кредитора фактору, который берет на себя их покрытие и который гарантирует оплату даже в случае временной или постоянной неплатежеспособности должника. Фактор может досрочно полностью или частично оплатить переданные ему долги»¹⁴. Неудивительно, что именно Банк Франции первым озаботился отсутствием какого-либо правового регулирования института факторинга. Ведь именно кредитные организации в этот период стали активно использовать данный институт.

Почти одновременно с Банком Франции Министерство экономики и финансов 29 ноября 1973 г. издало приказ, которым утверждался список финансовых и экономических терминов (данный приказ был опубликован несколько позже – 3 января 1974 г. в «Журналь оффисиель» Французской Республики). При этом если в Информационном письме Банка Франции использовалась калька с английского слова «factoring», то в приказе упомянутого министерства уже было дано французское слово «affacturage», хотя в скобках указывалось его английское написание. В дальнейшем во Франции в специальной литературе используются вплоть до настоящего времени и английский, и французский варианты данного термина, но в официальных актах применяется исключительно французское слово. Согласно указанному приказу от 29 ноября 1973 г. «факторинг (affacturage) – это операция или техника финансового управления, при помощи которой в рамках некоего соглашения специализированная организация управляет «клиентскими счетами» предприятий, приобретая их долги, обеспечивая покрытие этих долгов за свой счет и неся возможные потери вследствие несостоятельности должника. Данная услуга, позволяющая предприятиям, которые к ней прибегли, улучшить свое положение в сфере оборотных средств и уменьшить управленческие расходы, является возмездной, и вознаграждением являются комиссионные, устанавливаемые, исходя из величины счетов-фактур»¹⁵. Это официальное определение факторинга до сих пор сохраняет свою юридическую силу.

В 1984 г. во Франции был принят новый Банковский закон¹⁶ (до этого последовательно действовали два банковских закона – 1941 г. и 1945 г.,

соответственно), и в него вошли положения о факторинге. Банковский закон инкорпорирован в Финансовый и валютный кодекс¹⁷ (последние поправки в положения, относящиеся к факторингу, были внесены Ордонансом № 2008-449 от 7 мая 2008 г., а вообще самые последние поправки до начала 2012 г. относительно банковской деятельности введены Законом № 2009-715 от 18 июня 2009 г., предусматривавшим создание центрального органа сберегательных касс и народных банков). При этом во французский Гражданский кодекс какие-либо специально посвященные факторингу положения до сих пор так и не внесены.

Конечно же, банковское законодательство Франции не должно вступать в противоречие с нормами актов Европейского Союза (ЕС). В рамках ЕС не издавались акты, нормы которых были бы специально посвящены факторингу, однако имеются директивы, непосредственно посвященные деятельности банков и кредитных учреждений, и, поскольку факторинг в работе многих банков занимает заметное место, представляется необходимым остановиться на некоторых из упомянутых директив. Обе банковские директивы были приняты в развитие ст. 59 Договора о Европейском Экономическом Сообществе¹⁸, согласно которой должны постепенно сниматься ограничения внутри Сообщества по предоставлению услуг банками одних государств гражданам других государств (а в соответствии с § 2 ст. 62 того же Договора, либерализация предоставления банковских и страховых услуг, связанных с движением капиталов, должна быть гармонизирована с либерализацией циркулирования капиталов). Первая из этих директив (Директива № 77/780/СЕЕ¹⁹) датируется 12 декабря 1977 г. и нацелена на координацию законодательных, регламентарных и административных положений государств – членов Сообщества относительно деятельности кредитных учреждений. Вторая Директива № 86/646/СЕЕ²⁰ принята Советом Европейских сообществ 15 декабря 1989 г. и предусматривает признание в каждом из государств – членов Сообщества аккредитации любого из банков, осуществленной в любом другом государстве – члене Сообществ. Во Франции данная Директива была имплемен-

¹⁷ Положения Финансового и валютного кодекса (По состоянию на 1 января 2012 г.). Цит. по: perplot.net/cod/monetaire_financier.pdf

¹⁸ В настоящее время после заключения новых договоров в рамках ЕС, которые модифицировали указанный Договор, данная статья стала ст. 49.

¹⁹ См.: Official Journal of the European Communities. 17 December 1977. № L322. P. 30.

²⁰ См.: *ibid.* 30 December 1989. № L386. P. 1.

¹⁴ <http://www.affacturagefrance.com/definition-affacturage/>

¹⁵ См.: Journal officiel de la République française. 3 Janvier 1974. № 2. P. 95.

¹⁶ См.: Loi № 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit // Journal Officiel de la République française. 25 janvier 1984. № 21.

тирована Законом № 92-665 от 16 июля 1992 г.²¹ (техническая опечатка была исправлена чуть позже²²), в который затем вносились поправки. Позже в обе Директивы были внесены поправки Директивами Совета и Европейского парламента № 95/26/ЕС²³ от 29 июня 1995 г. и № 98/33/ЕС²⁴ от 22 июня 1998 г.

Суд Европейских сообществ в Решении (абз. 32) от 9 июля 1997 г. по делу № C-222/95 (SCI Parodi c. Banque H. Albert de Bary et Cie)²⁵ установил три условия (принципа), при которых допускается аккредитация в государстве – члене ЕС банка, уже аккредитованного в другом государстве – члене ЕС. Во-первых, согласно этому решению Суда ЕС аккредитации должны подлежать в равной степени все банки, осуществляющие деятельность на территории государства, учрежденные как в данном государстве, так и в других государствах – членах ЕС (принцип недискриминации). Во-вторых, в соответствии с рассматриваемым решением аккредитация кредитного учреждения должна быть обоснована обеспечением общего интереса, такого как, например, защита потребителей (принцип общего интереса или публичного интереса). В-третьих, как говорится в решении, аккредитация должна быть объективно необходимой для обеспечения соблюдения правил, действующих в отрасли, и защиты интересов, гарантируемых этими правилами, если тот же результат не может быть достигнут менее строгими (по сравнению с аккредитацией) ограничениями (принцип пропорциональности). Хотя в данном деле Суд ЕС рассмотрел вопрос об ипотеке, однако, на мой взгляд, упомянутое решение Суда имеет существенное значение для понимания банковского регулирования ЕС по гораздо более широкому кругу вопросов, в особенности для Франции, так как было принято по запросу кассационного суда этой страны в преюдициальном порядке до вынесения собственного решения по делу с участием тех же сторон²⁶ (такое решение было принято Коммерческой, финансовой и экономической палатой Кассационного суда 20 октября 1998 г.²⁷). Для факто-

ринга важно, что в указанном деле Суд разрешил вопросы финансирования банком, действующим в одном государстве – члене ЕС (в данном деле – во Франции), компании, являющейся профессиональным участником рынка и действующей в другом государстве – члене ЕС (в данном деле – в Италии). Таким образом, французское кредитное учреждение, выступающее в роли фактора, вправе иметь клиента в любой иной стране в рамках ЕС без специальной аккредитации в этой стране и без открытия в ней своего филиала или отделения, и, наоборот, кредитное учреждение, занимающееся факторингом и работающее в одной или нескольких странах ЕС, но не во Франции, может иметь французских клиентов без аккредитации в этом государстве и без открытия отделения, также подлежащего аккредитации.

Во Франции после принятия указанного решения Судом ЕС вначале складывалась противоречивая судебная практика. Апелляционные суды (в частности, Парижа, Версаля) в своих решениях признавали ст. 15 Банковского закона 1984 г. (положения данной статьи в Финансовом и валютном кодексе получили отражение в ст. L.51-10, L.511-14, L.612-2), в которой предусмотрена аккредитация (фр. *agrément*) кредитных учреждений, противоречащей нормам права ЕС в том, что касается требования аккредитации во Франции банков, уже аккредитованных в любом другом государстве – члене ЕС. Коммерческая, финансовая и экономическая палата Кассационного суда регулярно принимала решения, отменяющие решения апелляционных судов, признавая положения ст. 15 Банковского закона (и содержательно совпадающие с ней статьи Финансового и валютного кодекса) соответствующими нормам права ЕС при соблюдении трех условий (принципов), предусмотренных в решении Суда ЕС от 9 июля 1997 г. Окончательно разногласия по этому вопросу внутри судебной системы Франции разрешила пленарная ассамблея Кассационного суда, принявшая решение 4 марта 2005 г.²⁸ В пленарную ассамблею Кассационного суда обратились с обжалованием решения Апелляционного суда Версаля от 12 ноября 2002 г., принятого в результате поступления в Суд дела на новое рассмотрение, после того, как предыдущее решение по нему Апелляционного суда Парижа было частично отменено в кассационном порядке Коммерческой, финансовой и экономической палатой 16 мая 2000 г. Пленарная ассамблея Кассационного суда, тем не менее, не

²¹ Journal Officiel de la République Française. 17 juillet 1992. № 164.

²² См.: *ibid.* № 176, 31 juillet 1992.

²³ См.: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0026:EN:HTML

²⁴ См.: folk.uio.no/olavt/direktiver/en_398L0033.shtml

²⁵ См.: curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bullcee/data/index_B-05.htm

²⁶ В Суд ЕС обратилась Коммерческая, финансовая и экономическая палата Кассационного суда Франции, приняв решение об этом от 12 июня 1995 г. (см.: Bulletin des arrêts des chambres civiles IV. № 174, 1995).

²⁷ *Ibid.* № 246, 1998.

²⁸ Bulletin d'information de la Cour de cassation. 15 juin 2005. № 621.

поддержала позицию Апелляционного суда Версаля, установив, что для оказания финансовых услуг на территории Франции иностранным кредитным учреждениям, аккредитованным хотя бы в одном государстве – члене ЕС, аккредитация не нужна, за исключением, когда такая аккредитация во Франции требуется для соблюдения трех принципов: недискриминации, обеспечения публичного интереса и пропорциональности, – предусмотренных в решении Суда ЕС от 9 июля 1997 г., придя, таким образом, к выводу, что законодательство Франции относительно аккредитации кредитных учреждений, в том числе и зарубежных, не противоречит нормам права ЕС.

В своем заключении по делу, по которому пленарная ассамблея Кассационного суда вынесла решение 4 марта 2005 г., первый генеральный адвокат²⁹ Р. де Гутт показал видимость противоречия между французским банковским законодательством и нормами права ЕС в том, что касается аккредитации во Франции иностранных банков, получивших ее в любом другом государстве – члене ЕС. Подробно исследовав в своем заключении все три принципа (условия), содержащиеся в решении Суда ЕС от 9 июля 1997 г., Р. де Гутт отмечает, что Суд ЕС не рассматривает нормы права ЕС как абсолютно запретительные для требования аккредитации в государстве – члене ЕС кредитного учреждения, уже аккредитованного в другом государстве – члене. Согласно заключению Р. де Гутта Суд ЕС указывает, что нормы права ЕС предусматривают свободу рынка услуг кредитных учреждений на всей территории Союза, но, принимая во внимание специфику таких услуг, Суд ЕС допускает повышенное внимание органов государств к кредитным учреждениям и даже требование аккредитации кредитного учреждения в государстве – члене ЕС, несмотря на наличие его аккредитации в другом государстве-члене, если недостаточно сотрудничество органов соответствующих государств – членов ЕС и наличествуют установленные Судом ЕС три условия (принципа)³⁰. Другими словами, в каждом кон-

кретном случае необходимость или отсутствие необходимости указанной аккредитации должны изучаться специально. Пленарная ассамблея Кассационного суда, судя по ее решению, во многом согласилась с выводами Р. де Гутта, изложенными в его заключении.

В нашей стране, как и во Франции, к регулированию института факторинга первым приступил центральный банк. В частности, было издано Письмо Госбанка СССР № 252 “О порядке осуществления операций по уступке поставщиками банку права получения платежа по платежным требованиям за поставленные товары, выполненные работы и оказанные услуги” от 12 декабря 1989 г. Пункт 1 данного Письма начинается следующим предложением: “Учреждениями банков (в дальнейшем именуются “банки-посредники”) на договорных началах разрешается осуществлять торгово-комиссионные (факторинговые) операции”³¹. Другими словами, указывалось, что Письмо посвящено регулированию факторинга в банковской деятельности. Письмо Центрального банка РФ № 14 “О введении в действие Положения о безналичных расчетах в Российской Федерации” от 9 июля 1992 г. прекратило действие Письма Госбанка СССР № 252 от 12 декабря 1989 г. и еще ряда актов³². А в 1990 г. был одобрен Закон РСФСР “О банках и банковской деятельности в РСФСР”³³, который в п. “ж” ст. 5 предусмотрел, что банки могут “приобретать права требования по поставке товаров и оказанию услуг, принимать риски исполнения таких требований и инкассировать эти требования (форфейтинг), а также выполнять эти операции с дополнительным контролем за движением товаров (факторинг)”. Правда, указанный Закон не содержал деталей регулирования этого вопроса. В 1996 г. была подготовлена его новая редакция в форме Федерального закона “О банках и банковской деятельности”³⁴. В новой редакции данного Закона формулировка соответствующего пункта несколько упростилась (поменялась и нумерация пунктов, причем такие изменения производились и позже время от времени, теперь это – п. 2 ч. 3 ст. 5): допускается совершение таких сделок кредитными организациями, как “приобретение от третьих лиц права требования исполнения обязательств в денежной форме” (кстати, обратим внимание на то, что исчезли термины “факторинг” и “форфейтинг”).

²⁹ Генеральный адвокат – во Франции – должностное лицо прокуратуры, назначаемое для отстаивания в суде, независимо от позиций сторон в деле, публичного интереса. Несмотря на присутствие в названии данной должности слова “адвокат”, лицо, замещающее ее, отнюдь не входит в орден адвокатов, а работает в прокуратуре, являясь магистратом. В суде генеральный адвокат не представляет ни одну из сторон, а выступает с позиций публичного интереса. Наиболее заслуженные генеральные адвокаты получают звание первого генерального адвоката.

³⁰ См.: www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/gouttes_premier_424.html#n_1

³¹ С документом можно ознакомиться: ipr-ural.ru/laws/13

³² См.: <http://www.lawmix.ru/zkrf/44022>

³³ См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 27. Ст. 357.

³⁴ См.: Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

В дальнейшем в этот Федеральный закон неоднократно вносились изменения и дополнения, но формулировка рассматриваемого положения сохранилась в неизменном виде³⁵.

Все же вплоть до вступления в силу части второй Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) 1 марта 1996 г. какого-либо основательного правового регулирования института факторинга не было. Итак, ГК РФ содержит гл. 43 “Финансирование под уступку денежного требования”. В российском законодательстве термин “факторинг” не применяется, однако, например, гл. 43 ГК РФ содержит регулирование всех основных правоотношений, характерных для института факторинга, поэтому в отечественной специальной литературе слово “факторинг” и словосочетание “финансирование под уступку денежного требования” используют как взаимозаменяемые. Более того, как взаимозаменяемые они используются в практике ряда российских компаний, заключающих “договоры о факторинговом обслуживании”, и в решениях российских судов, которые указанные договоры воспринимают как “договоры финансирования под уступку денежного требования” и, соответственно, применяют к “договорам о факторинговом обслуживании” нормы гл. 43 ГК РФ (см., например, решение Арбитражного суда Тульской области по делу № А68-5855/09: резолютивная часть объявлена 6 сентября 2010 г., в полном объеме решение изготовлено 13 сентября 2010 г.³⁶).

Статья 824 ГК РФ (ч. 1) содержит определение особого вида договора: “По договору финансирования под уступку денежного требования одна сторона (финансовый агент) передает или обязуется передать другой стороне (клиенту) денежные средства в счет денежного требования клиента (кредитора) к третьему лицу (должнику), вытекающего из предоставления клиентом товаров, выполнения им работ или оказания услуг третьему лицу, а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту это денежное требование”. Исходя из рассмотренных здесь и выше определений, касающихся факторинга, видно, что никаких существенных различий в подходах к факторингу в российском и французском законодательствах не наблюдается. В терминологии можно обратить внимание на то, что во Франции используется термин “фактор”, а в России –

“финансовый агент”. Дословный перевод слова “фактор” с английского и означает “финансовый агент”, а применение слова “фактор”, видимо, подчеркивает то, что не всякий финансовый агент может выступать в качестве фактора.

Вместе с тем в России договор финансирования под уступку денежного требования, который, как уже отмечалось, именуется в теории и практике, в том числе и в актах судебной власти, договором факторинга или договором о факторинговом обслуживании согласно ГК РФ рассматривается как особый вид договора, а в гражданском законодательстве Франции отсутствует специфический договор факторинга. Выше уже говорилось о том, что во Французском гражданском кодексе³⁷ (ФГК) отсутствует понятие факторинга, и к договору факторинга применяются общие требования, предъявляемые к обязательствам (ст. 1101–1369 ФГК). Коммерческая практика позволила установить, какие основные условия должны получить закрепление в договоре факторинга (*le contrat d'affacturage*). В судебной практике Франции выработались некоторые устойчивые подходы, учитывающие специфику договора факторинга: например, суды считают, что предмет договора факторинга не должен основываться на обмане покупателя относительно характера товара.

Франция является участником Конвенции УНИДРУА о международном факторинге³⁸ (Оттава, 28 мая 1988 г.), и для нее Конвенция действует с 1 мая 1995 г. (т.е. со дня вступления данной Конвенции в силу)³⁹. Что касается России, то она в Оттавской конвенции не участвует⁴⁰, но, тем не менее, многие ее положения нашли отражение в ГК РФ. Возможно, приверженностью нормам указанной Конвенции (обязательным для Франции и добровольно перенесенным в свое законодательство Россией) также объясняется сходство в правовом регулировании факторинга в обоих государствах.

³⁷ Здесь и далее цит. по: Code civil français. P., 2011.

³⁸ См.: <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988factoring/1988/factoring-e.htm>

³⁹ Утверждение ратификации данной Конвенции и введение ее в правовую систему страны со дня вступления в силу Конвенции были осуществлены Законом Французской Республики № 91-640 от 10 июля 1991 г., опубликованным двумя днями позже: Journal Officiel de la République Française. 12 juillet 1991. № 161.

⁴⁰ Всего в настоящее время в Оттавской конвенции вместе с Францией участвуют семь государств, еще 11 стран подписали, но пока не ратифицировали ее, России среди них нет.

³⁵ Федеральный закон “О банках и банковской деятельности” в редакции, действующей по состоянию на 15 января 2012 г. Цит. по: base.garant.ru/10105800

³⁶ См.: docs.pravo.ru/document/view/10576976/?mode=full

Впрочем, некоторые вопросы по-разному урегулированы в российском законодательстве и в упомянутой Конвенции. Так, ч. 3 ст. 830 ГК РФ предусматривает следующее: “Исполнение денежного требования должником финансовому агенту... освобождает должника от соответствующего обязательства перед клиентом”. Правда, ст. 829 разрешает предусмотреть договором финансирования под уступку денежного требования возможность дальнейшей уступки денежного требования, однако никакого подробного регулирования такой дальнейшей уступки в ГК РФ не содержится, но лишь имеется общая отсылка о применении к такой уступке положений гл. 43 ГК. Согласно же ст. 8 Оттавской конвенции должник, совершивший платеж финансовому агенту, в том и только в том случае считается надлежащим образом исполнившим обязательство платежа и освобождается от ответственности, если он не знает о преимущественном праве другого лица на этот платеж. Причем письменное уведомление должно быть передано должнику поставщиком или фактором, уполномоченным поставщиком. Само уведомление в достаточной мере определяет уступленные требования и фактора, которому или на имя которого должник обязан осуществить платеж. Оно относится к требованиям, которые возникают из контракта (договора) на продажу товаров, заключенного до или на момент предоставления уведомления. Другими словами, на должника возлагается дополнительная обязанность выяснения того, кто же обладает преимущественным правом получения платежа. Конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью-Йоркская конвенция)⁴¹, принятая 12 декабря 2001 г., но пока не вступившая в силу, предполагает несколько иное регулирование того же вопроса. В соответствии со ст. 17 Нью-Йоркской конвенции, если должник получает уведомление о более чем одной уступке одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же cedentом (поставщиком), должник освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с первым полученным уведомлением (ч. 4 этой статьи). Если должник получает уведомление об одной или нескольких последующих уступках, он освобождается от ответственности посредством платежа в соответствии с уведомлением о последней из таких последующих уступок (ч. 5 указанной статьи).

⁴¹ См.: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-r.pdf>

И по российскому, и по французскому законодательствам должник должен быть извещен об уступке денежного требования кредитором иному лицу. В частности, об обязательности уведомления в общем виде говорится в ст. L.313-28 Финансового и валютного кодекса (ФВиК) Франции. Более подробно содержанию уведомления должнику (т.е. тому, что должно быть в нем указано) посвящены ст. R.313-15 и R.313-16 ФВиК, причем ст. R.313-15 ФВиК предусматривает, что такое уведомление может быть доставлено любыми средствами. А ст. R.313-18 ФВиК Франции предписывает: “В случае судебного разбирательства организация, которая направила уведомление, должна представить доказательства того, что должник знал о таком уведомлении”.

Вопросу уведомления должника об уступке требования в результате заключения договора факторинга уделено много внимания, например, в решении № 03/03224 от 25 октября 2005 г. Апелляционного суда Кольмара⁴², в решении № 06/01274 от 11 июля 2007 г. Апелляционного суда Ажана (Коммерческая палата)⁴³ во Франции. Одним из оснований для отмены решения Апелляционного суда Монпелье от 5 мая 2009 г. и направления дела на новое судебное рассмотрение решением № 09-67.622 от 1 июля 2010 г. Первой гражданской палаты Кассационного суда Франции послужило то, что Апелляционный суд не установил точной даты уведомления дебитора об уступке требования фактору, ссылаясь на письма, на которых стоят разные дни ноября 2006 г., а также не выяснил, произвел ли дебитор оплату по счетам-фактурам, которые были выставлены с конца июня по конец сентября 2006 г., первоначальным кредиторам в сентябре–октябре 2006 г. до того, как он получил уведомление об уступке требования кредиторами фактору в ноябре 2006 г.⁴⁴ Если счета, выставленные кредитором, были оплачены должником до его надлежащего уведомления об уступке требования, то у должника не возникает никакой обязанности перед фактором, даже в случае, когда договор факторинга был заключен до такой оплаты. Иначе говоря, несвоевременное и/или ненадлежащее уведомление дебитора делает договор факторинга оспоримой сделкой.

⁴² См.: <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/1ere-chambre-civile-1-Janvier-2999-AFFACTURAGE/C392869/>

⁴³ См.: <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/chambre-commerciale-11-Juillet-2007-AFFACTURAGE-Affactureur-Subrogation/C401996/>

⁴⁴ См.: <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/1ere-chambre-civile-1-Juillet-2010-LA-COUR-DE-CASSATION-PREMIE-RE-CHAMBRE-CIVILE-a-rendu-l-arr/C420626/>

Часть 1 ст. 830 ГК РФ предусматривает, что должник обязан произвести платеж финансовому агенту при условии, что он получил от клиента либо от финансового агента письменное уведомление об уступке денежного требования данному финансовому агенту и в уведомлении определено подлежащее исполнению денежное требование, а также указан финансовый агент, которому должен быть произведен платеж. При этом согласно ч. 2 той же статьи ГК РФ по просьбе должника финансовый агент обязан в разумный срок представить должнику доказательство того, что уступка денежного требования финансовому агенту действительно имела место. И если финансовый агент не выполнит этой обязанности, должник вправе произвести по данному требованию платеж клиенту во исполнение своего обязательства перед последним. Российские суды уделяют особое внимание установлению факта надлежащего письменного уведомления должника (дебитора) об уступке денежного требования конкретному финансовому агенту, а также факта сообщения должнику (дебитору) информации о финансовом агенте, в соответствии с которой и должен происходить платеж. Установление указанного факта имеет место в решениях судов о спорах по договорам факторинга. В качестве примеров можно привести Постановление № 18АП-5737/2010 Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда (г. Челябинск) по делу № А07-1379/2010 (резолютивная часть объявлена 30 июня 2010 г., Постановление изготовлено в полном объеме 7 июля 2010 г.)⁴⁵, Постановление № 14АП-3494/2010 Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда (г. Вологда) по делу № А05-464/2010 (резолютивная часть объявлена 17 июня 2010 г., полный текст Постановления изготовлен 24 июня 2010 г.)⁴⁶, решение Арбитражного суда Алтайского края (г. Барнаул) по делу № А03-4473/2010 (резолютивная часть объявлена 2 сентября 2010 г., Решение в полном объеме изготовлено 6 сентября 2010 г.)⁴⁷, Постановление № Ф09-4410/10-С5 от 10 июня 2010 г. Федерального арбитражного суда Уральского округа (г. Екатеринбург) по делу № А71-8314/2009⁴⁸ и др.

При этом суды справедливо обращают внимание на своевременность уведомления должника о произошедшей уступке требования. В частности, Двадцатый арбитражный апелляционный суд в Постановлении № 20АП-3102/2010 по Делу № А09-259/2010 (резолютивная часть объявлена 9 августа 2010 г., Постановление в полном объеме изготовлено 13 августа 2010 г.), соглашаясь с решением Арбитражного суда первой инстанции (Брянской области), обратил внимание на то, что “уступка права требования осуществлена в пользу истца 17.01.2008, в то время как ответчик уведомлен об указанной уступке 26.12.2007, то есть ранее самой уступки”, вследствие чего пришел к выводу, что “уведомление от 26.12.2007 не может рассматриваться судом в качестве надлежащего уведомления о произведенной уступке”⁴⁹.

В юридической литературе можно натолкнуться на утверждения, согласно которым в мировой практике встречаются два вида факторинга: конвенциональный (открытый) и конфиденциальный (закрытый). При конфиденциальном факторинге контрагенты клиента не осведомлены о передаче счетов финансовому агенту. При этом должник осуществляет платеж клиенту, который в соответствии с договорами факторинга и оказания услуг (другого соглашения) пересылает финансовому агенту полученные денежные средства⁵⁰. Е.А. Павлодский утверждает: “Анализ норм гл. 43 позволяет сделать вывод о том, что заключение договора о закрытом факторинге (без сообщения должнику о переуступке требования) не противоречит положениям ГК”⁵¹. Из этого высказывания, впрочем, не ясно, полагает ли Е.А. Павлодский, что упоминаемый им договор не противоречит положениям именно гл. 43 ГК РФ, или же он считает такой договор не противоречащим вообще любым положениям ГК РФ (т.е. необязательно входящим в гл. 43). Если он имеет в виду второе, то в этом ничего удивительного нет, поскольку ГК РФ регулирует разнообразные виды договоров, в том числе и таких, когда финансирование предоставляется вообще без уступки требования. Однако если Е.А. Павлодский говорит о положениях гл. 43 ГК РФ, то в свете приведенных выше выдержек из текстов законодательных и судебных

⁴⁵ См.: kad.arbitr.ru/data/pdf/7845e74c-cf6d-4c06-a3f9-22bf0c790fc5/A07-1379-2010_20100707_Postanovlenie+apelljacji.pdf

⁴⁶ См.: kad.arbitr.ru/data/pdf/7184baf8-86e3-4395-9f6a-3522cff7f90c/A05-464-2010_20100624_Postanovlenie+apelljacji.pdf

⁴⁷ См.: kad.arbitr.ru/data/pdf/07fd30c-088e-4702-8005-08ce88fc98aa/A-03-4473-2010_20100906_Reshenija+i+postanovlenija.pdf

⁴⁸ См.: <http://www.resheniya-sudov.ru/2010/239953>

⁴⁹ kad.arbitr.ru/data/pdf/9b1ee2f7-5e70-4260-a0b8-0b3c40f65991/A09-259-2010_20100813_Postanovlenie+apelljacji.pdf

⁵⁰ См.: *Шмиттгофф К.* Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 231.

⁵¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй (Постатейный). Изд. 5-е, испр. и доп., с использованием судебно-арбитражной практики / Рук. авт. колл. и отв. ред. О.Н. Садилов. М., 2006. С. 477.

актов обеих стран такое утверждение выглядит более чем спорным. Как уже говорилось, российское и французское законодательства и устойчивая судебная практика не знают конфиденциального (закрытого) факторинга. Международные акты также предусматривают обязательность уведомления должника (дебитора). В п. “с” ч. 2 ст. 1 Конвенции УНИДРУА 1988 г. однозначно сказано: “Уведомление об уступке требования должно быть передано должникам” (англ. – “notice of the assignment of the receivables is to be given to debtors”; франц. – “la cession des créances doit être notifiée aux débiteurs”; английский и французский тексты Конвенции считаются аутентичными и официальными). В ч. 1 ст. 16 Нью-Йоркской конвенции 2001 г. (пока не вступила в силу) предписано: “Уведомление об уступке или платежная инструкция имеют силу, когда они получены должником, если они составлены на языке, который разумно позволяет должнику ознакомиться с их содержанием. Считается достаточным, если уведомление об уступке или платежная инструкция составлены на языке первоначального договора”. Таким образом, не только российское и французское законодательства, но и международные акты устанавливают уведомление должника об уступке требования в качестве обязательного условия действительности сделки факторинга. Возможно, факторинг путают с дисконтированием счетов и именуют конфиденциальным (закрытым) факторингом. Однако, как уже говорилось выше, факторинг и дисконтирование счетов представляют собой разные институты.

Во Франции к факторингу применяют общие положения ГК о замене лиц в обязательстве. В частности, в соответствии с ч. 1 ст. 1250 ФГК вступление в права кредитора происходит по договору, когда первоначальный кредитор, которому должно заплатить третье лицо, передает свои права требования, акции, привилегии или ипотечные закладные, по которым обязан уплатить должник, причем такая замена должна быть ясно выражена, известна и сделана в момент платежа.

Данное положение ст. 1250 ФГК применительно к факторингу во Франции трактуется таким образом, что замена кредитора действительна при наличии трех условий: во-первых, право получения долга переходит от кредитора третьему лицу (в данном случае фактору); во-вторых, замена кредитора (суброгация) должна быть доведена до сведения должника, и по каждому счету-фактуре должно быть указано, что право требования уступлено фактору и исключительно с ним должны решаться все вопросы по платежам; в-третьих,

платеж и замена кредитора (суброгация) должны быть синхронными⁵².

В России согласно нынешней редакции ст. 825 ГК РФ (принята Федеральным законом от 9 апреля 2009 г.) в качестве финансового агента договоры финансирования под уступку денежного требования могут заключать коммерческие организации. Прежняя редакция указанной статьи ГК РФ предоставляла право быть финансовым агентом при заключении договоров финансирования под уступку денежного требования только банкам, иным кредитным организациям, а также другим коммерческим организациям, имеющим разрешение (лицензию) для осуществления такого вида деятельности. В то же время согласно Федеральному закону “О банках и банковской деятельности” в ред. 1996 г. (с послед. изм. и доп.) финансирование под уступку денежного требования (приобретение банками и иными кредитными организациями денежных требований) отнесено к сделкам, для осуществления которых не требуется лицензии Центрального банка РФ, и ст. 17 действовавшего до недавнего времени Федерального закона “О лицензировании отдельных видов деятельности” от 8 августа 2001 г.⁵³ (с послед. изм. и доп.); в настоящее время утратил силу вследствие вступления в силу Федерального закона “О лицензировании отдельных видов деятельности” от 4 мая 2011 г.⁵⁴ не предусматривала специального разрешения (лицензии) для заключения финансовым агентом договоров финансирования под уступку денежного требования (осуществления факторинговых операций). Такая противоречивость федеральных законов отнюдь не способствовала развитию института факторинга, и принятие новой редакции ст. 825 устранила указанные противоречия. На это справедливо указывается в специальной литературе⁵⁵.

Вместе с тем необходимо обратить внимание на следующее. Закон РСФСР “О банках и банковской деятельности в РСФСР” 1990 г. в своей первоначальной редакции предусматривал обязательность для банков получения лицензии Центрального банка РФ, а в ст. 5 банковские операции и сделки не разделялись, а шли одним списком

⁵² См.: Michaud A. L'affacturage // Les Cahier de l'Observatoire. Janvier 2001. n°168.

⁵³ См.: Собрание законодательства РФ. 2001. № 33. Ст. 3430.

⁵⁴ См.: Росс. газ. 2011. 6 мая (Вступил в силу через 180 дней после опубликования); <http://www.rg.ru/2011/05/06/license-dok.html>

⁵⁵ См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй (Постатейный). Изд. 5-е, испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики / Рук. авт. колл. и отв. ред. О.Н. Садилов. С. 474.

(факторинг, как уже говорилось, входил в этот список). Федеральный закон “О банках и банковской деятельности” в ред. 1996 г. предусмотрел государственную регистрацию всех кредитных организаций, включая банки, Банком России (ст. 12 в действ. ред.), затем лицензирование, но уже не кредитных организаций, а банковских операций также Центральным банком РФ (ст. 13 в действ. ред.). В ст. 5 действующей редакции указанного Федерального закона отдельно перечислены банковские операции (для совершения которых требуется лицензия Центрального банка РФ) и сделки, которые вправе совершать кредитные организации, где не сказано о наличии лицензии для их заключения (в перечне этих сделок и находится “приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме”). Тем не менее остается вопрос: почему в ст. 5 есть определенный перечень сделок, притом не закрытый, но не указывается, что кредитные организации вправе заключать любые сделки, не запрещенные законом? О.В. Сафонова полагает, что “под банковскими сделками необходимо понимать сделки, право на совершение которых в соответствии с законом предоставлено только кредитным организациям на основании признака исключительности (финансирование под уступку денежного требования; доверительное управление денежными средствами с физическими и юридическими лицами и другие)”⁵⁶. Однако такое утверждение не подтверждается действующими положениями российского законодательства. Часть 3 ст. 5 Федерального закона “О банках и банковской деятельности” перед перечнем сделок начинается фразой: “Кредитная организация помимо перечисленных в части первой настоящей статьи банковских операций вправе осуществлять следующие сделки”... Обратим внимание на то, что здесь не говорится об исключительном праве кредитной организации, а лишь о ее праве. Часть 4 ст. 5 закрепляет: “Кредитная организация вправе осуществлять иные сделки в соответствии с законодательством Российской Федерации”. Поскольку говорится о праве заключать сделки, но не об исключительном праве на такие сделки, как представляется, вполне было бы достаточно второй фразы, которая говорит о праве заключения сделок в общем виде. Казалось бы, предыдущее перечисление сделок из семи пунктов – излишне, в особенности принимая во внимание, что один из пунктов разрешает банкам заключать сделки по

оказанию информационных и консультационных услуг, которые никак не могут быть связаны исключительно с деятельностью кредитных организаций. Если цели законодателя по перечислению в Федеральном законе “О банках и банковской деятельности” некоторых сделок, которые может заключать кредитная организация (в том числе “приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме”), неясны, то не вызывают сомнений намерения законодателя по внесению в 2009 г. изменений в ст. 825 ГК РФ, в результате которых действовать в качестве финансового агента разрешено любой коммерческой организации, а не только банкам, иным кредитным организациям или другим коммерческим организациям, но лишь при наличии соответствующей лицензии, как было предусмотрено ранее.

Во Франции все кредитные организации, к которым относятся и факторинговые компании, подлежат обязательной аккредитации Комитетом кредитных учреждений и инвестиционных предприятий согласно Банковскому закону 1984 г., инкорпорированному, как уже говорилось, в Финансовый и валютный кодекс.

Основная масса финансовых агентов (факторов) и в России, и во Франции – банки. При этом все остальные факторинговые компании во Франции также представляют собой кредитные организации (пусть и небанковские), а в России, хотя в настоящее время небанковские факторинговые компании и связаны с банками, согласно Закону финансовым агентом может стать любая коммерческая организация. Нельзя не отметить, что финансирование под уступку денежного требования нацелено на поддержание баланса наличности торговых и производственных предприятий, т.е. позволяет решать те же задачи, что и, например, при помощи кредита. Вместе с тем кредитные организации не случайно во всех странах создаются в особом порядке, находятся под постоянным контролем со стороны уполномоченных органов, отвечают специально для них установленным требованиям. Ведь кредитные организации играют важную роль в экономике любой страны, и если у них недостаточно денежных средств, если они допускают управленческие ошибки или если они поступают не должным образом, то это может привести к проблемам в деятельности предприятия, группы (и даже большой группы) предприятий, что способно повлечь за собой дестабилизацию экономики. Но и факторинговые организации неправильными действиями или неверной оценкой своих или чужих возможностей могут также

⁵⁶ Сафонова О.В. Банковские сделки как основание возникновения банковских правоотношений. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 15, 16.

негативно повлиять на экономическую ситуацию. Поэтому представляется, что в России факторинговые компании надо законодательно приравнивать к кредитным организациям или разрешить заниматься финансированием под уступку денежных требований исключительно кредитным организациям (хотя и необязательно банковским), как, например, во Франции.

Как в России, так и во Франции клиент несет ответственность перед финансовым агентом (фактором) за действительность уступленных денежных требований к должнику согласно гражданскому законодательству. Так же и в России, и во Франции в случае обращения финансового агента (фактора) к должнику (дебитору) с требованием произвести платеж должник вправе предъявить к зачету свои денежные требования, основанные на договоре с клиентом, которые уже имелись у должника о времени, когда им было получено уведомление об уступке требования финансовому агенту (фактору).

Отдельные аспекты практики факторинга. Будучи одним из средств поддержания баланса наличности, факторинг довольно активно внедряется и развивается с середины XX в. во многих странах. Использованию факторинга для пополнения средств прежде всего организациями малого и среднего бизнеса в ряде государств способствует то, что для получения финансирования под уступку денежного требования, как уже говорилось, в отличие от кредитования не требуется не только представлять какой-либо залог, но и вообще нет необходимости обладать достаточно большим и ликвидным имуществом, которое могло бы рассматриваться кредитором в качестве подтверждения кредитоспособности; нет нужды доказывать, что текущее финансовое состояние компании достаточно хорошо, чтобы не опасаться за судьбу возвращения кредита и выплаты процентов; не надо показывать наличие успешной кредитной истории и т.п. Как раз коммерческим организациям малого бизнеса все это бывает затруднительно сделать. В то же время компании сравнительно легко получить финансирование при наличии договоров об оплате их услуг или поставок товаров.

Финансирование под уступку денежного требования может быть привлекательно для организаций малого и отчасти среднего бизнеса также тем, что и французское, и российское законодательства разрешают финансовому агенту (фактору) вести для клиента бухгалтерский учет, так как самим клиентам зачастую довольно дорого содержать большую бухгалтерию. Самостоятельное управ-

ление дебиторской задолженностью увеличивает операционные расходы компании. Передача такого управления фактору (финансовому агенту) во многих случаях оказывается дешевле. Тем не менее, факторинг позволяет клиенту оперативно следить за расчетами покупателей за произведенные поставки. Финансовый агент (фактор) также заинтересован в ведении для клиента бухгалтерского учета, поскольку (наряду с дополнительной платой за такую услугу) это позволяет контролировать полагающиеся выплаты.

Во Франции даже в условиях кризиса, согласно представленным Французской ассоциацией финансовых обществ в 2010 г. данным финансирование под уступку денежного требования достигло 153 млрд. евро (почти 33 млн. задолженностей дебиторов), увеличившись на 19.4% по сравнению с 2009 г.⁵⁷ По объемам финансирования во Франции факторинг занимает второе место после кредитования.

Емкость российского рынка факторинговых услуг намного меньше, чем французского. Наибольший оборот российских факторов достиг в 2008 г. – 602 млрд. руб. Затем последовал кризис, и оборот сократился примерно вдвое⁵⁸. В 2010 г. объем факторингового рынка в России составил 484 млрд. руб.⁵⁹, увеличившись по сравнению с 2009 г. на 37.5%⁶⁰. И все же несмотря на рост, размеры факторингового рынка в России на порядок меньше размеров французского. Необходимо обратить внимание на то, что в России некоторые кредитные организации под видом факторинга предлагают кредитование под залог права требования, и тогда речь идет не о факторинге, а о хорошо известном кредите, обеспечением которому служит дебиторская задолженность перед заемщиком. Но в этом случае заемщику приходится проходить все обычные проверки кредитоспособности. Все это серьезно замедляет предоставление финансирования, причем отсутствуют какие-либо преимущества факторинга. Как бы то ни было, но многие российские предприниматели указывают на дороговизну факторинга и медлительность финансирования по нему⁶¹. Правда, основной

⁵⁷ См.: Roy S. TPE: Affacturage // Le nouvel Economiste. Cahier 1570, cahier n°2, du 9 au 15 juin 2011. P. 73.

⁵⁸ См.: Сологуб А. Факторинг кредиту рознь // <http://www.factorings.ru/article/76/>

⁵⁹ См.: Москаленко А. Бремя фактора // <http://www.factorings.ru/article/53/>

⁶⁰ См.: Рукоусева И. Эксперты считают, что рынок факторинга работает на холостых оборотах // <http://www.factorings.ru/article/60/>

⁶¹ См.: Мундич Д.А. Финансы растущего бизнеса. М., 2009. С. 171–174.

тенденцией на российском рынке факторинга в 2010 г. и в начале 2011 г. было снижение цены финансирования в условиях острой конкуренции факторов, в результате чего при росте объема рынка факторинговое вознаграждение в 2010 г. уменьшилось на 15%⁶². Но уже в 2011 г. ресурс расширения рынка факторинга за счет снижения цены оказался практически исчерпанным. В то же время снижение цены факторинговых услуг в России не сопровождалось устранением других имеющихся недостатков.

Порядка 75% составляет в России доля рынка финансирования под уступку денежного требования, осуществляемого по схеме так называемого факторинга с регрессом⁶³ (в соответствии с ч. 2 ст. 831 ГК РФ), что предполагает в случае неплатежа дебитором долга в срок право фактора потребовать от клиента (поставщика) возвращения выплаченных ему средств. Факторинг без регресса стоит существенно дороже, но в этом случае финансовый агент берет на себя финансовые риски и сам добивается платы от дебитора (ч. 1 ст. 831 ГК РФ).

Во Франции растет спрос на так называемый реверсный факторинг (франц. – *affacturage inversé*, англ. – *reverse factoring*). Особенность этого вида факторинга состоит в том, что инициирует его не поставщик, как в классическом факторинге, а покупатель. Это существенно ускоряет процесс заключения договора благодаря тому, что покупатель, будучи инициатором, создает все условия, чтобы фактор убедился в его платежеспособности. Поставщик (клиент) также оказывается заинтересованным в быстром заключении договора, поскольку фактор, уже убедившись в платежеспособности покупателя, готов отдать клиенту до 100% цены товара. Примечательно, что при крупных поставках и получении сразу всей покупной цены товара размеры комиссионных, уплачиваемых фактору, могут оказаться не выше скидки, которую он мог бы дать оптовому покупателю. Покупатель же (дебитор) заинтересован в факторинговом договоре, так как получает возможность оплачивать товар в рассрочку без каких-либо процентов, которые пришлось бы уплатить за кредит (да еще и предоставить залог). Правда, пока такой вид факторинга занимает порядка 3% рынка факторинговых услуг во Франции, и прибегают к нему только крупные компании – 90% проявляющих интерес к реверсному факторингу организаций имеют годовой оборот более 5 млрд.

евро⁶⁴. В то же время и сумма сделки при реверсном факторинге, как правило, составляет не менее 30 млн. евро, но при этом нередко сделки на 200–300 млн. евро, а иногда достигают и 1 млрд. евро. Для серьезного расширения рынка реверсного факторинга нижний порог суммы сделки должен быть доведен хотя бы до 10–15 млн. евро.

В России в последние годы также наблюдается определенный интерес к реверсному факторингу, хотя готовы к этому виду факторинга в основном компании, занимающиеся сетевой розничной торговлей, учредителями которых, как правило, выступают зарубежные, в том числе и французские, коммерческие организации, иначе говоря, те, кто привык к такому финансированию дома.

Некоторые выводы. Англосаксонские корни факторинга выдает уже само по себе его наименование, сохранившееся и за пределами англоговорящих стран. Происхождение данного института в стране, относящейся к англосаксонской правовой семье, отнюдь не помешало его успешному внедрению в государствах, относящихся к романо-германской правовой семье.

Современный факторинг с характеризующими его в настоящее время отличительными чертами сформировался, как уже говорилось, после Первой мировой войны, т.е. в 20-е годы XX в., а за границы стран англосаксонской правовой системы он шагнул только в 60-е годы того же столетия. Другими словами, факторинг (несмотря на свою длительную историю) – пока еще сравнительно молодой правовой институт, сохраняющий инновационный потенциал юридического механизма регулирования определенных рыночных отношений. В России данный институт начал внедряться всего двумя десятилетиями позже по сравнению с Францией, а первый нормативный правовой акт, непосредственно посвященный факторингу, в нашей стране был принят с еще меньшим разрывом во времени по сравнению с Францией – всего в 16 лет.

Нынешнее нормативное регулирование факторинга в России и во Франции во многом сходно, хотя в каждой стране имеется определенная специфика. Вместе с тем уровень реального внедрения факторинга в практику в России и во Франции неодинаков. Во Франции факторинговые услуги доступны в равной степени во всех уголках страны, укоренился и активно развивается международный факторинг. Одно из направлений

⁶² См.: Рукосуева И. Указ. соч.

⁶³ См.: Москаленко А. Указ. соч.

⁶⁴ См.: Auribault V. Gestion: L'affacturage inversé // Le nouvel Economiste. Cahier 1563, cahier n°2, du 21 au 27 avril 2011. P. 55.

дальнейшего развития факторинга во Франции – появление компаний, специализирующихся на факторинге в той или иной отрасли: торговле, транспорте, строительстве. Такая специализация позволяет в наилучшей степени приспособить институт факторинга к особенностям финансирования предприятий в определенной отрасли. В России финансированием под уступку требования также пользуются коммерческие организации разной отраслевой принадлежности (доля оптовой торговли в обороте рынка факторинга выросла по сравнению с 2009 г. на 5% и составила в 2010 г. 66%, доля обрабатывающих производств в 2010 г. – 31% против 27% в 2009 г.⁶⁵), но специализации среди финансовых агентов пока не наблюдается. По сравнению с Францией в России, как отмечалось, уровень развития факторинга намного ниже, причем не только по объему рынка финансирования под уступку требования в денежном выражении, но и по географической доступности факторинговых услуг. По состоянию на начало 2011 г., в Москве осуществлялось 64% всех факторинговых операций, в Санкт-Петербурге – 12%, т.е. в двух городах федерального значения сконцентрировано более 3/4 всех факторинговых операций страны. В то же время доля Дальневосточного федерального округа в факторинговых операциях составляет всего 0.17%, доля Северо-Западного (без учета Санкт-Петербурга) и Северо-Кавказского федеральных округов – по 1%, Сибирского – 3%, Уральского и Приволжского – по 5%, Центрального (без учета Москвы) – 7%⁶⁶. Итак, России еще только предстоит достичь повсеместного и активного, а не точечного использования факторинга. В настоящее время в России объем международного факторинга продолжает стагнировать⁶⁷. Одной из причин такого состояния дел является недостаток в современной России высококвалифицированных кадров, которые разбирались бы в особенностях факторинга, что проявляется, к примеру, в предложении кредитования под залог денежного требования под видом финансирования под уступку денежного требования.

Такое же непонимание сути факторинга проявилось и в некоторых аргументах сторонников законности деятельности коллекторских агентств, которые, отстаивая законность этой деятельности в России, ссылаются в том числе “на многолетнюю практику работы таких фирм в Западной Европе и США и на международные

соглашения (Оттавская конвенция УНИДРУА о международном факторинге, Нью-Йоркская и Конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле)”⁶⁸. Не вдаваясь в подробности дискуссии, которая развернулась с 2008 г. вокруг коллекторских агентств между некоторыми государственными органами, а также отдельными некоммерческими организациями, нельзя не обратить внимания на то, что коллекторские агентства факторингом не занимаются. Во-первых, их деятельность не является факторингом в силу того, что коллекторские агентства финансирования кому бы то ни было не предоставляют, но стараются добиться получения денег за долги, сроки уплаты по которым, как правило, давно истекли, и в силу тех или иных обстоятельств имеются серьезные трудности с получением таких денег (так называемые “плохие”, или проблемные, долги). Во-вторых, для того чтобы коллекторы начали действовать, неважно, как образовалась задолженность, и весьма часто такая задолженность является результатом займа. Выше уже было показано, что финансирование под уступку требования и заём имеют разную правовую природу. В-третьих, для коллектора неважно, кто является должником. В то же время при финансировании под уступку требования дебитором всегда выступает профессиональный участник рынка, приобретший товар или услугу с условием отсрочки платежа. В-четвертых, для коллектора не имеет принципиального значения, от кого они получают право требования, и очень часто они стараются получить плату по долгам, первоначальными кредиторами при появлении которых были банки, тогда как в случае финансирования под уступку требования первоначальными кредиторами всегда выступают поставщики товаров или услуг. Конечно, есть некоторое сходство между уступкой требования в общем виде, в соответствии с чем получают права кредитора коллекторские агентства, и финансированием под уступку требования. Однако выше уже говорилось, что факторинг по ряду своих черт отличается от цессии, в силу чего правовое регулирование цессии вообще и факторинга не во всем совпадает. На основании сказанного вызывает удивление, как же можно, говоря о зарубежном и международном опыте коллекторских агентств, ссылаться на международные акты, посвященные специально факторингу.

Еще одна причина недостаточно быстрого развития факторинга в современной России – сла-

⁶⁵ См.: Москаленко А. Указ. соч.

⁶⁶ См.: там же.

⁶⁷ См.: там же.

⁶⁸ <http://www.collectorpro.ru/collectorpro/index.php/the-news/1258-arb-vstupilas-za-kollektorskie-agentstva>

бая поддержка его со стороны государства. Так, Центральный банк РФ в ответ на вопрос представителей ряда коммерческих банков объявил, что “предложение предусмотреть включение в программу рефинансирования под нерыночные активы кредитов субъектам малого бизнеса, отнесенных ко второй категории качества, не поддерживается”⁶⁹. Конечно, такой подход затрудняет доступ организациям малого бизнеса к финансированию. И лишь «в целях косвенной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства Банк России с 2009 г. предоставляет ОАО “МСП Банк” кредиты, обеспеченные залогом прав требования по межбанковским кредитным договорам, имеющим целевой характер, связанный с кредитованием субъектов малого и среднего предпринимательства»⁷⁰. Представители ряда банков также предложили Центральному банку РФ включить в список рефинансирования финансовые организации, которые не проходят по действующим сейчас критериям достаточности собственных средств. В число упомянутых финансовых организаций входят факторинговые организации, не являющиеся кредитными организациями. Банк России ответил буквально следующее: “Предложение включить в “список рефинансирования” финансовые организации не поддерживается. Механизм предоставления Банком России кредитным организациям кредитов, обеспеченных активами (векселями, правами требования по кредитным договорам), увязывает рефинансирование с предоставлением банками кредитов нефинансовому (реальному) сектору экономики. В этой связи он не предусматривает предоставление кредитов под залог обязательств финансовых посредников”⁷¹. В таком ответе видна недооценка роли факторинга для финансирования как раз реального сектора экономики. Да и банки с солидным государственным участием весьма прохладно относятся к финансированию под уступку денежного требования. В частности, Сбербанк России и Россельхозбанк вообще им не

занимаются, а Внешторгбанк лишь в 2010 г. вышел на рынок факторинговых услуг.

Во Франции же, например, для того чтобы обеспечить микропредприятиям и определенной части компаний малого бизнеса доступ к получению финансирования путем использования факторинга, государственное предприятие “Озео”⁷² берет на себя 50% рисков фактора неполучения платежей по уступленным такими предприятиями и компаниями требованиям⁷³. Как известно, платежеспособность организаций малого бизнеса, и в особенности микропредприятий, считается подверженной довольно высокому уровню риска. Соответственно, высокая рискованность ведет к увеличению комиссионных. Благодаря государственной в лице “Озео” поддержке кредитные организации предлагают малым и микропредприятиям факторинговые услуги по приемлемой цене. Во Франции определенной популярностью у малых предприятий пользуется так называемый “полный” факторинг (во французских текстах используется термин (англ.) – full factoring), предусматривающий со стороны фактора финансирование под уступку требования, управление дебиторской задолженностью и ведение бухгалтерии, а также страхование рисков.

В России, начиная с рубежа первого и второго десятилетий XXI в., о необходимости инновационного развития принято говорить на самом высоком уровне. Вместе с тем инновации важны не только в технике (а именно их-то и упоминают), но также и в других сферах, в том числе и в праве. Одним из инновационных институтов, как представляется, и является факторинг, однако в Российском государстве нет достаточного понимания его роли в развитии экономики, в силу чего мало уделяется внимания стимулированию расширенного и глубокого его применения.

⁶⁹ http://factor-news.ru/news/bank_rossii_otkazal_v_refinansirovanii_faktoringovym_kompanijam/2012-01-17-2767

⁷⁰ Там же.

⁷¹ Там же.

⁷² “Озео” (“Oseo”) – созданная в 2005 г. в результате слияния двух государственных организаций французская государственная компания, оказывающая поддержку, в том числе финансовую, малым предприятиям, содействующая инновационным программам, способствующая экспортным проектам.

⁷³ См.: Roy S. Op. cit.