## ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ФАКТОРИНГА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

В силу многочисленных преимуществ факторинг широко используется в международной торговле. Одно из главных его достоинств состоит в том, что поставщик, отгрузивший продукцию потребителю, способен сразу получить от фактора оплату за отгруженный товар, не дожидаясь срока расчета с покупателем и не опасаясь того, что последний может задержать оплату либо вообще не исполнить свое обязательство. Кроме того, применение факторинга позволяет поставщику избежать некоторых значительных расходов, связанных с взысканием платы с покупателя, учетом экспортных операций, проведением маркетинга.

Понятие и виды факторинга.

Гражданский кодекс Республики Беларусь 1998 г. (далее - ГК) содержит лишь одну статью, посвященную факторингу, - 772 - ю, которая приводит понятие факторинга, не раскрывая детально его нормативного содержания, и предусматривает, что соответствующие отношения регулируются законодательством. Таким образом, на уровне закона отношения факторинга на территории Беларуси урегулировал Банковский кодекс Республики Беларусь (далее - БК).

В соответствии со ст.155 БК по договору финансирования под уступку денежного требования (факторинга) одна сторона (фактор) обязуется другой стороне (кредитору) вступить в денежное обязательство между кредитором и должником на стороне кредитора путем выплаты последнему суммы денежного обязательства должника с дисконтом. Под дисконтом понимается разница между суммой денежного обязательства должника и суммой, выплачиваемой фактором кредитору. При этом дисконт может исчисляться в виде процентов, начисленных на сумму денежного обязательства.

Вслед за Гражданским кодексом ст.156 БК классифицирует договор факторинга на открытый и скрытый факторинг. При открытом факторинге должник уведомляется кредитором о заключении договора факторинга, по которому права кредитора переходят к фактору; соответственно, при скрытом факторинге должник не уведомляется кредитором о заключении названного договора. Однако и в последнем случае должник должен ставиться в известность о правовых отношениях между фактором и кредитором, иначе неясно, на каком основании он будет исполнять указания скрытого фактора. С этой точки зрения норма БК о необязательности уведомления делает просто невозможным скрытый факторинг, т. к. без наличия уведомления о необходимости платить фактору должник обязан осуществить исполнение исключительно кредитору, ибо его исполнение иному лицу будет ненадлежащим.

Кроме того, здесь налицо противоречие между ст.156 и 158 Кодекса: согласно первой при открытом факторинге должник должен уведомляться о заключении договора факторинга кредитором, согласно второй такое уведомление может быть направлено еще и фактором.

Примечательно, что понятие факторинга, содержащееся в ст.155 БК, применимо только к открытому факторингу, но никак не к скрытому. В данном случае законодатель Республики Беларусь не учел того обстоятельства, что близкие по своей экономической сути явления могут описываться с помощью совершенно различных правовых институтов.

Открытый факторинг по своей правовой природе действительно представляет собой лишь частный случай цессии (уступки требования) с дополнительными элементами договора возмездного оказания услуг (подряда), при которой кредитор за вознаграждение передает право требования к должнику и уступает свое денежное требование фактору, а последний финансирует кредитора и оказывает в его пользу услуги (выполняет работы). С самим же обязательством ничего не происходит - оно остается прежним, осуществляется лишь перемена кредитора.

При скрытом факторинге отсутствуют отношения по уступке денежного требования, т. к. сам кредитор остается стороной по обязательству с должником. Фактору лишь предоставляется право от имени и по поручению кредитора получить соответствующую денежную сумму с должника, в расчете на получение которой фактор, по сути, кредитует (предоставляет заем) кредитору. То есть отношения скрытого факторинга - это, в сущности, внутренние отношения между кредитором и фактором, которые с точки зрения права описываются с помощью сложного правового состава, включающего в себя элементы договоров поручения, кредита (займа) и возмездного оказания услуг (подряда).

Скрытый факторинг наиболее часто используется тогда, когда открытое вступление в обязательство фактора способно нанести ущерб интересам кредитора: замена кредитора может быть воспринята как проявление его финансовой неустойчивости и повлечь за собой более осторожное отношение к нему со стороны контрагентов.

Таким образом, законодатель Республики Беларусь не учел того обстоятельства, что с помощью института уступки требования нельзя описать отношения по скрытому факторингу.

Статья 156 БК также подразделяет договоры факторинга на внутренние и международные. Предполагается, что в первом случае сторонами договора выступают резиденты РБ, а во втором - одной из сторон может быть нерезидент. Однако подобная классификация никоим образом не детализирована, никакие отличия внутреннего факторинга от международного далее не раскрываются. Более того, при внутреннем факторинге, если воспринимать его не только как двусторонний договор между кредитором и фактором, но и как хозяйственную операцию, в рамках которой кредитор уступает свое требование к должнику, возможна ситуация с присутствием иностранного элемента, когда кредитор-резидент уступает фактору-резиденту право требования по внешнеэкономической сделке к должнику-нерезиденту.

В качестве еще одного критерия классификации факторинга ст.156 БК использует условия платежа, в зависимости от которых выделяют факторинг без права регресса и факторинг с правом регресса. В первом случае у фактора отсутствует право на последующий возврат неоплаченных требований кредитора. При этом фактор несет риск неоплаты должником денежных требований. Во втором же случае фактор вправе вернуть кредитору денежные требования, не оплаченные должником в течение определенного срока, если кредитор принял на себя поручительство за должника перед фактором и несет риск неоплаты денежных требований.

И здесь необходимо указать, что вышеприведенные положения звучат не вполне корректно с точки зрения гражданского права. Дело в том, что регрессное требование означает совершенно новое обязательство, которое не является прямым продолжением прежнего обязательства между кредитором и должником (см., например, ст.306 ГК).

При открытом же факторинге с обязательством ничего не происходит, оно остается прежним, изменяется лишь сторона обязательства. Соответственно, в случае если должник не платит фактору, последний ничего не может "вернуть кредитору", т. к. уже именно фактор, а не кредитор является стороной по этому обязательству. "Возврат" возможен лишь путем обратной уступки требования фактором кредитору (в терминологии БК) как новому кредитору. При этом обратная уступка требования ни в коем случае не может рассматриваться как регресс. Однако БК об обратной уступке требования не говорит. Он предусматривает поручительство со стороны кредитора за должника перед фактором. Но отношения поручительства - это уже третий вид отношений, не являющихся ни регрессом, ни обратной уступкой требования.

В силу изложенного полагаем, что не совсем корректно говорить о "факторинге без права регресса" и "факторинге с правом регресса", т. к. ни о каком регрессе в рамках факторинговых отношений, т.е. отношений между кредитором и фактором, речи быть не может.

Кроме того, ст.156 БК неточно указывает на то, что у фактора в случае недействительности денежного требования есть право регресса независимо от условий платежа. На самом деле здесь речь также нужно вести не о регрессе, а о возмещении виновной стороной (кредитором) убытков второй стороне (фактору) в связи с ненадлежащим исполнением обязательства, выразившимся в "порочности передаваемого требования". В этом случае кредитор фактически не передает фактору предмет обязательства из-за его отсутствия (недействительное право представляет собой "правовую пустоту") и в силу этого обязан возместить причиненные своим неисполнением убытки.

Факторинги общегражданская уступка требования.

Остановимся еще на одной проблеме, связанной с определением факторинга в том его виде, в каком оно сформулировано в Гражданском и Банковском кодексах. Суть указанной проблемы состоит в том, что упомянутое понятие схоже с понятием возмездной уступки денежного требования, в силу чего реализация возмездной общегражданской цессии на территории Беларуси может быть затруднена.

В действительности открытый факторинг, как указано выше, является сложным договором, в котором наряду с элементами возмездной уступки денежного требования присутствуют и элементы договора возмездного оказания услуг (подряда), что должно было бы найти отражение в определении факторинга обоими Кодексами. Скажем, российский законодатель, урегулировав в главе 43 Гражданского кодекса РФ финансирование под уступку денежного требования, в п.2 ст.824 этой главы предусмотрел, что обязательства финансового агента по договору финансирования под уступку денежного требования могут включать ведение для клиента бухгалтерского учета, а также предоставление клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки.

Кроме того, исходя из практики торгового оборота фактор может оказывать и ряд иных услуг, например осуществлять проверку платежеспособности должника, направлять должникам напоминания о сроках погашения задолженности, предоставлять кредитору информацию финансового характера о состоянии рынка, помогать ему в составлении производственных и маркетинговых планов, оказывать транспортно-экспедиционные и юридические услуги и т.д.

Открытый факторинг отличается от общегражданской уступки требования по следующим основаниям:

- факторинг всегда является возмездной сделкой, в то время как уступка требования может быть и безвозмездной, когда в ее основе лежит договор дарения. Однако безвозмездная уступка требования во взаимоотношениях между коммерческими организациями невозможна в силу того, что в соответствии с п.4 ст.546 ГК дарение между коммерческими организациями не допускается;

- факторинг обязательно предусматривает дисконт между суммой денежного требования должника и суммой, выплачиваемой кредитору, возмездная же уступка требования может осуществляться и без дисконта, т.е. указанные суммы могут быть равны;

- факторинг предполагает обязательную уплату денежной суммы за передаваемые требования, возмездная уступка требования может предусматривать в качестве встречного удовлетворения со стороны нового кредитора вещи или иные имущественные права (договор мены);

- уступка требования, в т. ч. возмездная, возможна по любому гражданско-правовому обязательству, факторинг же допустим лишь в отношении денежного обязательства, возникшего на основе договоров купли-продажи (поставки), возмездного оказания услуг (подряда) и т.д.;

- сторонами договора уступки требования могут выступать любые участники гражданского оборота, фактором по договору факторинга может быть либо банк, либо небанковская кредитно-финансовая организация, имеющая соответствующую лицензию;

- целью факторинга является, прежде всего, эффективное вложение денежных средств фактора, цели же уступки требования гораздо разнообразнее;

- факторинг, исходя из его природы, мог бы являться длящимся договором, т. к. объектом договора факторинга теоретически может быть и передача задолженности покупателей (заказчиков и иных должников) перед кредитором по мере их появления (хотя белорусское законодательство исходит из иного - об этом ниже). Цессия же, как правило, является одномоментной.

Несмотря на перечисленные отличия, на практике возникают вопросы о том, вправе ли новый кредитор приобрести денежное требование прежнего кредитора с уплатой ему соответствующего денежного возмещения.

Полагаем, что на территории Республики Беларусь, безусловно, должна существовать возможность передачи (уступки) денежного требования от одной коммерческой организации к другой за денежное вознаграждение, ибо, как указывалось выше, подарить такое требование невозможно. Отличие же нового кредитора в рамках цессии от фактора должно, на наш взгляд, заключаться лишь в одном: подобная деятельность не должна для нового кредитора являться профессиональной.

Вместе с тем нельзя не учитывать и позицию, занятую по данному вопросу Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь. Суть ее изложена в постановлении Президиума ВХС от 21.04. 2001 № 7 "Об обзоре судебной практики рассмотрения споров, возникающих в связи с уступкой требования (цессией) и переводом долга". Президиум ВХС приходит к выводу, что совершение договора уступки требования, по которому новый кредитор рассчитывается с первоначальным денежными средствами в размере уступаемого требования, является вполне законным. Договор же уступки требования, в соответствии с которым новый кредитор перечисляет первоначальному сумму денежного обязательства должника за вычетом предусмотренного сторонами вознаграждения, Президиум ВХС рассматривает исключительно как договор факторинга, вследствие чего в качестве нового кредитора может выступать лишь банк или небанковская кредитно-финансовая организация, имеющая специальное разрешение (лицензию) на осуществление факторинговых операций.

Таким образом, Президиум Высшего Хозяйственного Суда считает, что любая, даже разовая сделка уступки требования с дисконтом, может осуществляться лишь при наличии у нового кредитора лицензии на право проведения факторинговых операций.

Об отличии дисконта от процентов.

Следует обратить внимание на то, что ч.2 ст.155 БК противоречит Гражданскому кодексу, ибо регламентирует дисконт как проценты, начисленные на сумму денежного обязательства, тогда как ГК рассматривает дисконт исключительно как разницу между суммой денежного обязательства должника и суммой, выплачиваемой фактором кредитору.

Ссылка в БК на проценты, которые получает фактор, объясняется попыткой приблизить договор факторинга к договору кредита. Однако, несмотря на то что и факторинг, и кредит - активные банковские сделки, они все-таки самостоятельны и не тождественны друг другу.

С точки зрения правовой природы данных отношений открытый факторинг отличается от договора кредита (займа) следующим:

- кредитор (поставщик) по договору факторинга не перечисляет фактору, как это делает кредитополучатель (заемщик) по отношению к кредитодателю (заимодавцу), определенную денежную сумму во исполнение своих обязательств, а вместо денег передает требование (имущественное право);

- доход фактора по договору выражается в виде дисконта, доход же кредитодателя (заимодавца) составляют денежные платежи в процентном отношении к сумме кредита;

- по договору факторинга переданную фактором кредитору (поставщику) денежную сумму возвращает третье лицо (должник), а по договору кредита (займа) сумму долга возвращает, как правило, лицо, получившее деньги взаймы (хотя договор кредита (займа) не исключает возможности исполнения платежного обязательства третьим лицом).

Коллизия между ГК и БК должна решаться в пользу первого, т. к. в соответствии со ст.3 Гражданского кодекса нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать названному Кодексу, а в случае расхождения указанных актов с ГК, действует последний. То же вытекает и из Закона "О нормативных правовых актах Республики Беларусь".

Примечательно, что Правила проведения банками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями финансирования под уступку денежного требования (факторинга), утвержденные постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 30.08. 2001 № 229 (далее - Правила факторинга), предусматривают в качестве вознаграждения фактора дисконт (п.6 Правил). Размер дисконта, способ его расчета и порядок уплаты определяются в договоре факторинга.

В то же время названные Правила указывают на то, что в договоре факторинга могут быть предусмотрены иные виды вознаграждения фактору за ведение учета оплаты денежных требований должниками, а также предоставление кредитору других финансовых услуг. На наш взгляд, никакой дополнительной оплаты оказываемых фактором кредитору услуг быть не должно, ибо открытый факторинг представляет собой не простую общегражданскую цессию, а смешанный договор, где наряду с цессией присутствуют элементы договора возмездного оказания услуг. Следовательно, вознаграждение в виде дисконта является оплатой не только имущественного права, но и услуг фактора кредитору.

Условия договора и обеспечение обязательств.

Правила факторинга (п.7) определяют существенные условия договора факторинга, каковыми являются:

- наименование фактора, кредитора, их юридические адреса (по нашему мнению, это, скорее, реквизиты договора, чем его условия);

- сумма уступаемого денежного требования, валюта факторинга и сроки предоставляемого фактором кредитору финансирования под уступку денежного требования;

- предмет договора факторинга;

- наименование должника; номер и дата договора, заключенного между кредитором и должником;

- форма факторинга (открытый или скрытый);

- условия платежа (с правом регресса или без него);

- размер дисконта, порядок его определения;

- ответственность фактора, кредитора.

При факторинге с правом регресса, если кредитор принял на себя поручительство за должника перед фактором и несет риск неоплаты денежных требований, в условия договора могут быть включены условия поручительства либо договор поручительства может быть оформлен отдельно в письменной форме.

Правила факторинга (п.8) предусматривают, что фактор вправе потребовать от кредитора дополнительное обеспечение исполнения обязательств предусмотренными законодательством Республики Беларусь способами. То есть исполнение обязательств кредитора по договору факторинга может быть обеспечено путем неустойки, залога, удержания, поручительства, гарантии и другими способами, предусмотренными законодательством или договором (п.1 ст.310 ГК не содержит закрытого перечня). Полагаем, однако, что такой способ обеспечения, как задаток, к рассматриваемым обязательствам применяться не может, т. к. кредитором при открытом факторинге не осуществляется передача денег, а в соответствии с п.1 ст.351 ГК задаток предполагает, что одна из договаривающихся сторон передает другой стороне денежную сумму в счет причитающихся с нее по договору платежей.

Кроме того, указанное положение Правил факторинга не учитывает того обстоятельства, что обязательства кредитора обычно заключаются лишь в передаче действительного требования фактору. Скорее всего, данная норма Правил направлена на обеспечение поручительства со стороны кредитора, т.е. подразумевает "обеспечение обеспечения", что также допустимо белорусским законодательством. Обязательство, которое обеспечивает исполнение другого обязательства, в свою очередь, может быть обеспечено другим обязательством.

Согласно Правилам факторинга (п.10) перечень документов, необходимых для проведения финансирования под уступку денежного требования, в т. ч. документов, подтверждающих платежеспособность, финансовое состояние, способность возвратить предоставляемые денежные суммы, определяется фактором самостоятельно.

Факторинги исполнение в пользу третьего лица

Отношения открытого факторинга необходимо также отличать от исполнения в пользу третьего лица (ст.400 ГК), при котором должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу. При этом с момента выражения таким третьим лицом намерения воспользоваться своим правом по договору стороны договора не могут расторгать или перезаключать договор без согласия названного лица. Однако при исполнении обязательства в пользу третьего лица ни с самим обязательством, ни с его сторонами ничего не происходит, они остаются неизменными, при открытом же факторинге, в основе которого лежит уступка требования, происходит замена стороны в обязательстве.

В отличие от открытого факторинга, при скрытом могут возникать отношения, связанные с исполнением в пользу третьего лица, каковым является фактор. Отметим, что в рамках таких отношений нельзя вести речь ни о каком регрессе в силу того, что поверенный не может возложить регрессное требование на доверителя при неплатеже должника. Нельзя здесь говорить и об отношении поручительства, т. к. кредитор в рамках скрытого факторинга не принимает на себя поручительство по платежу должника. В подобном случае при неплатеже со стороны должника либо кредитор обязан вернуть заем или предоплату, либо, если фактором произведена предоплата в пользу кредитора без обязательства по ее возврату, фактор просто утрачивает право на возврат уплаченной им кредитору суммы.

Проблема уступки будущего требования.

В соответствии со ст.157 БК предметом уступки по договору факторинга может быть как денежное требование, срок платежа по которому уже наступил(существующее требование), так и право на получение денежных средств, которое возникнет в будущем (будущее требование). При уступке будущего требования оно считается перешедшим к фактору после того, как возникло право на получение от должника денежных средств, являющихся предметом уступки, предусмотренной договором. Если уступка денежного требования обусловлена определенным событием, она вступает в силу после наступления этого события. Дополнительного оформления уступки денежного требования в случаях, предусмотренных ч.2 ст.157 БК, не требуется.

Указание в ст.157 БК на то, что предметом уступки по договору факторинга может быть и будущее требование, совершенно справедливо. По общему правилу договор факторинга может быть заключен на любом этапе исполнения обязательства между кредитором и должником.

Однако Правила факторинга (п.9) устанавливают, что фактор осуществляет финансирование под уступку денежного требования лишь за фактически отгруженные товары (продукцию), выполненные работы, оказанные услуги. То есть Национальный банк предусмотрел, что, несмотря на возможность заключения договора факторинга в отношении будущих требований, кредитор, по встречному обязательству являющийся должником, к моменту совершения названного договора уже должен исполнить возложенную на него обязанность по поставке продукции (выполнению работы, оказанию услуги). Тем самым Нацбанк снижает риск фактора в части возможного неисполнения обязательств перед ним должником по той причине, что кредитор не исполнил или ненадлежащим образом исполнил взятые на себя обязательства.

Заметим, что названные Правила в этом случае сужают сферу применения факторинга по сравнению с положениями Гражданского и Банковского кодексов. Сказанное особенно актуально в отношении долгосрочных договоров, когда срок поставки товара или выполнения работы в будущем известен заранее, но кредитору необходимы денежные средства для выполнения своих обязанностей и фактор согласен на его постоянное финансирование. Кроме того, Правила не учитывают того обстоятельства, что даже при фактической отгрузке товаров, выполнении работ или оказании услуг обязательство может быть исполнено ненадлежащим образом, в силу чего у фактора также могут возникнуть проблемы с получением денег от должника.

Как указано выше, ст.157 БК вслед за п.2 ст.826 ГК РФ и ст.5 Конвенции о международном факторинге (г. Оттава, 1988 г.; далее - Оттавская конвенция) определяет, что при уступке будущего требования оно считается перешедшим к фактору лишь после того, как возникло право на получение от должника денежных средств, являющихся предметом факторинга; если же уступка денежного требования обусловлена определенным событием, она вступает в силу после наступления этого события.

В связи с данным положением БК хотелось бы напомнить, что большинство сделок в праве Республики Беларусь консенсуальны, а потому они вступают в силу с момента достижения сторонами согласия по всем существенным условиям. При этом Гражданский кодекс предусматривает возможность досрочного исполнения обязательства (ст.296), в связи с чем, если в рамках договора факторинга право переходит к фактору лишь с момента, когда возникает обязанность исполнения у должника, может сложиться ситуация, при которой должник осуществит надлежащее исполнение кредитору, несмотря на наличие договора факторинга.

Кроме того, еще до наступления у должника указанной обязанности у него может возникнуть необходимость дополнительно согласовать условия исполнения или отсрочить исполнение и т.п. В силу же ст.157 БК должник будет вынужден согласовывать это с кредитором, а не с фактором, хотя кредитор к этому моменту из-за наличия договора факторинга будет уже неуполномочен вести подобные переговоры. Иными словами, сложится патовая ситуация, когда кредитор уже не вправе, а фактор еще не вправе урегулировать свои взаимоотношения с должником, от чего может пострадать не только должник, но и фактор.

Исходя из изложенного, на наш взгляд, законодателю следовало бы предусмотреть возможность того, чтобы фактор, несмотря на будущее требование, мог вступить в обязательство вместо кредитора, т.е. получить "право на право", и урегулировать свои отношения с должником. Поскольку БК такой возможности не предоставляет, на практике, скорее всего, потребуется заключать некие "тройственные" соглашения, изменяющие что-либо в исполнении должника, в которых на стороне кредитора будут одновременно выступить кредитор (как "юридический кредитор") и фактор (как "фактический кредитор").

Исполнение денежного требования должником.

Согласно ст.158 БК должник обязан произвести платеж фактору лишь при условии, что он получил от кредитора или от фактора письменное уведомление об уступке требования, в котором определено подлежащее исполнению денежное требование, а также указано лицо, которому должен быть произведен платеж. Данная норма БК повторяет положения п.3 ст.353 Гражданского кодекса об обязательном письменном уведомлении должника о переходе прав кредитора к другому лицу.

Разумеется, при отсутствии уведомления должника о состоявшейся уступке он не может и не должен исполнять денежное обязательство неизвестному ему лицу. При этом предпочтительнее, чтобы письменной уведомление направил кредитор, а не фактор, ибо последнего должник не знает, а потому у него могут возникнуть сомнения в действительности уступки требования. Если же уведомление направляет все-таки фактор, он должен приложить к нему оригиналы документов об уступке требования (что не всегда возможно: если договор составлен только в двух экземплярах, фактор не может отдать свой единственный оригинальный экземпляр), т. к. должник в соответствии с п.2. ст.356 ГК вправе не исполнять обязательство новому кредитору до предоставления ему доказательств перехода требования к иному лицу.

Таким образом, можно посоветовать включать в договоры факторинга условие о том, что направление письменного уведомления является обязанностью кредитора, а не фактора.

Ненаправление письменного уведомления должнику не влияет на действительность договора факторинга, однако согласно п.3 ст.353 ГК фактор несет риск вызванных таким ненаправлением неблагоприятных для него последствий: в этом случае исполнение должником обязательства кредитору, а не фактору будет признано надлежащим. Если же обязанность по уведомлению в силу условий договора факторинга лежала на кредиторе, однако он не исполнил ее, убытки, которые возникают у фактора в связи с таким неисполнением, безусловно, должны возмещаться кредитором.

Часть 2 ст.158 БК указывает, что исполнение должником денежного требования фактору освобождает должника от соответствующего обязательства перед кредитором. В действительности же должник освобождается от исполнения обязательств перед кредитором не с момента исполнения фактору, а уже с момента перехода прав кредитора фактору, т. к. последний с этого момента становится надлежащим кредитором.

Если уступка требования запрещенадоговором между должникоми кредитором…

Статья 159 БК вслед за ст.828 ГК РФ и ст.6 Оттавской конвенции предусматривает фактическую отмену принципа pactum de non cedento, в силу которого требование не может быть передано иному лицу в случае, если стороны договора условились об этом (данный принцип отражен в п.1 ст.359 ГК РБ). Банковский кодекс допускает возможность уступки денежного требования фактору даже в случае, если между кредитором и должником существует соглашение о ее запрете либо ограничении. То есть БК исходит из того, что профессиональная деятельность фактора не должна ограничиваться соглашением сторон. Как правило, оговорка о недопустимости уступки требования вносится в договор в связи с тем, что передача денежного требования контрагенту должника, имеющему, в свою очередь, денежные обязательства перед должником, может привести к взаимозачету, в результате чего должник не получит от контрагента соответствующую денежную сумму.

Итак, БК исходит из безусловно правильной посылки, что оговорка о недопустимости уступки требований не распространяется на факторинг. Однако данная норма БК противоречит ст.359 Гражданского кодекса, которая не допускает уступку требования, несмотря на запрет в договоре. Следовательно, в силу ст.3 ГК и Закона "О нормативных правовых актах Республики Беларусь" данная норма не должна применяться. Заметим, что в России подобной проблемы не существует, т. к. там изъятие из общего правила в отношении факторинга сделано непосредственно в ГК РФ. А у нас в Беларуси это сделано в акте более низкой юридической силы, что превращает правильную в общем норму в неприменимую.

Часть 2 ст.159 БК устанавливает, что кредитор не освобождается от обязательств или ответственности перед должником в связи с уступкой требования, нарушающей существующее между ними соглашение о ее запрете либо ограничении. Это означает, что, если у должника возникают какие-либо убытки в связи с договором факторинга, заключенным вопреки запрету на уступку требования в договоре между должником и кредитором, последний обязан такие убытки возместить. Более того, в договоре между кредитором и должником может быть предусмотрена неустойка за нарушение запрета на уступку требования, и если ее размер будет превышать выгоды от сделки кредитора с фактором, то, надо полагать, ни один кредитор на такую сделку не пойдет.

Договор между кредитором и должником может содержать условие и о возложении на кредитора каких-либо дополнительных обязательств в связи с нарушением им оговорки о недопустимости уступки требования.

Права и обязанности фактора.

Статья 160 БК (дублирующая положения ст.829 ГК РФ) вводит запрет на последующую уступку денежного требования фактором, если иное не предусмотрено договором факторинга. Указанный запрет обусловлен тем, что фактор как профессиональный финансовый посредник совершает сделку факторинга "для себя". Однако названная статья не учитывает того, что сумма денежного требования может быть достаточно велика для определенного фактора и он может пожелать совершить "перефакторинг" у другого фактора.

Вместе с тем БК, фактически разрешая указывать в договоре факторинга на возможность последующей уступки денежного требования, в ч.2 ст.160 предусматривает, что такая уступка может осуществляться лишь в рамках договора факторинга. Тем самым устраняется обычная цессия, в т. ч. возмездная, и допускается заключение фактором договора лишь с другим фактором.

Согласно ст.161 БК, если по договору факторинга финансирование кредитора осуществляется путем покупки у него фактором денежного требования, то фактор приобретает право на все денежные суммы, которые он получит от должника в результате исполнения требования. Но дело в том, что любой открытый факторинг представляет собой "покупку фактором денежного требования". А если исходить из принципа делимости денежных обязательств, уступка денежного требования может распространяться не только на все денежное требование, но и на его часть. Следовательно, руководствуясь общими положениями обязательственного права Республики Беларусь, кредитор может уступить фактору и денежное требование вместе с неустойкой, связанной с просрочкой оплаты, и исключительно само денежное требование, оставив пеню либо штраф за просрочку исполнения за собой. Банковский же кодекс фактически не дает возможности применить указанные положения на практике, предусматривая для открытого факторинга обязательность передачи всех связанных денежных требований.

Частью 2 ст.161 БК определено: если уступка денежного требования фактору осуществлена в целях обеспечения исполнения им обязательства кредитора и иное не предусмотрено договором, фактор обязан представить отчет кредитору и передать ему денежную сумму, превышающую обеспеченную уступкой требования сумму долга кредитора.

Приведенная формулировка весьма некорректна, т. к. передача фактору денежного требования как раз и является исполнением обязательства кредитором, а отнюдь не способом обеспечения его исполнения фактором (фактор в данном случае сам выступает в роли кредитора по отношению к первоначальному кредитору и в силу этого никак не может обеспечивать исполнение обязательства кредитора). По сути дела, законодатель Республики Беларусь описал отношения таким образом, что они вообще не могут существовать.

В силу изложенного неясно, в каких случаях фактор обязан представлять отчет кредитору и передавать ему денежную сумму, превышающую обеспеченную уступкой требования сумму долга кредитора. Эта норма, скорее всего, может применяться в рамках отношений скрытого факторинга, когда действия фактора и то имущественное право, которое он получает от кредитора, определяются исключительно условиями договора.

Права должника.

Статьей 162 БК установлено, что в случае обращения фактора к должнику с требованием произвести платеж должник вправе предъявить к зачету свои денежные требования, основанные на договоре с кредитором, имевшиеся у него ко времени получения им уведомления об уступке денежного требования фактору. Таким образом, у должника есть возможность прекратить обязательство не путем его исполнения, а путем зачета встречного однородного требования, срок которого наступил, либо не указан, либо определен моментом востребования

Договоров, предусматривающих взаимные денежные требования, немного; большинство легальных договорных обязательств на территории Беларуси оговаривают в качестве встречного исполнения передачу товара, выполнение работы, оказание услуги. Это означает, что у должника по обязательству перед фактором в большинстве случаев не наблюдается денежных требований к зачету. Подобные требования могут возникнуть, если кредитор по обязательству, в рамках которого передается требование фактору, ненадлежащим образом исполняет свои обязательства перед должником и у последнего появляются убытки либо право на неустойку.

Необходимо также учитывать, что, исходя из норм об общегражданской цессии, должник вправе выдвигать против требований нового кредитора (фактора) возражения, которые он имел против первоначального кредитора к моменту получения уведомления об уступке денежного требования.

Согласно ч.2 ст.162 БК требования, которые должник мог бы предъявить кредитору в связи с нарушением этим кредитором соглашения о запрете либо ограничении уступки денежного требования, не имеют силы в отношении фактора. Как видим, законодатель исходит из того, что нарушение ограничения в отношении цессии налагает ответственность исключительно на кредитора без каких-либо негативных последствий для фактора, т. к. кредитор в силу ч.2 ст.159 БК отвечает за указанное нарушение лично перед должником.

Статья 163 БК регламентирует отношения, связанные с неисполнением кредитором своих встречных обязательств перед должником (в этом случае кредитор уже является должником по встречному обязательству, а должник - кредитором). В частности, в соответствии со ст.163 в случае нарушения кредитором своих обязательств по договору, заключенному с должником, последний не вправе требовать от фактора возврата денежных сумм, уплаченных фактору по перешедшему к нему денежному требованию, при условии, что должник вправе получить такие денежные суммы непосредственно от кредитора. Исключение составляют случаи, когда фактор не предоставил кредитору сумму денежного обязательства, связанного с уступкой денежного требования, либо предоставил такую сумму, заведомо зная о нарушении кредитором обязательств перед должником.

По поводу указанной нормы отметим, что фактор, получивший денежное удовлетворение от должника, никоим образом впоследствии не связан с исполнением встречного обязательства кредитором (должником по данному обязательству). В рамках договора фактора с должником у первого есть лишь право требования и отсутствует какая бы то ни была обязанность, соответственно, должник не вправе обращаться с требованием к фактору даже в случае, если фактор не рассчитался по своему обязательству с кредитором либо знал о нарушении последним своих обязательств перед должником. Этот вывод обусловлен тем, что обязательства кредитора и фактора совершенно самостоятельны и не связаны ни с обязательством должника перед фактором, ни со встречным обязательством кредитора перед должником.

Тем не менее законодатель сделал два изъятия из общего правила, указав на существующую у должника возможность требовать от фактора возврата денежных сумм, если фактор сам не заплатил кредитору либо заведомо знал о нарушении последним обязательств перед должником (хотя какое это имеет отношение к абсолютно самостоятельному обязательству между должником и фактором, не ясно).

Все вышеизложенные критические замечания по поводу ст.163 БК справедливы в отношении открытого факторинга. Что касается скрытого факторинга, то в силу иной правовой природы данных отношений нормы ст.163 могут применяться к ним беспрепятственно.

Ответственность кредитора.

Статья 164 БК регулирует ответственность кредитора перед фактором, предусматривая, что кредитор несет ответственность за действительность денежного требования, под которое предоставлена денежная сумма. При этом денежное требование признается действительным, если кредитор обладает правом на передачу этого требования и в момент уступки ему не были известны обстоятельства, вследствие которых должник вправе его не исполнять.

По нашему мнению, приведенное определение действительного денежного требования недостаточно полно и точно отражает суть рассматриваемых правоотношений. Вполне возможна ситуация, когда на момент передачи денежного требования никаких обстоятельств, в силу которых должник был вправе не исполнять свое обязательство, не существовало, однако уже после уступки требования кредитор(он же должник по встречному обязательству) не исполнил либо ненадлежаще исполнил свою обязанность, в связи с чем у должника возникло право не платить. На наш взгляд, и в этом случае необходимо считать переданное требование недействительным, ибо фактор лишается возможности получить денежные средства от должника не в связи с действиями последнего, а в связи с деятельностью кредитора. Следовательно, кредитор должен нести ответственность перед фактором за передачу ему недействительного требования. Иной подход в решении данного вопроса дает значительные возможности для злоупотреблений со стороны кредитора.

Отсутствие соответствующего положения в БК фактически создает положение, когда для того, чтобы защититься от вышеописанной ситуации, в договоре факторинга необходимо предусматривать поручительство со стороны кредитора, иначе у фактора будет отсутствовать надлежащая степень защиты его нарушенного права.

Согласно ч.3 и 4 ст.164 БК, если денежные средства, полученные фактором по уступленному денежному требованию, оказались меньше суммы долга кредитора по погашению суммы денежного обязательства, кредитор остается ответственным перед фактором за остаток долга, если он выдал поручительство за должника. Фактор имеет право вернуть кредитору требования, не оплаченные должником в срок, и взыскать с кредитора выплаченные ему денежные суммы и ущерб, причиненный фактору неисполнением должником своих обязательств по договору факторинга с правом регресса.

Законодатель, безусловно, прав, предусматривая ответственность поручителя за должника, но при этом он неточно ссылается на "долг кредитора по погашению суммы денежного обязательства", т. к. в рамках того обязательства, о котором идет речь, у кредитора нет и не может быть никакого долга. О некорректности применения в отношении факторинга понятия "право регресса" сказано выше.

Правила факторинга (п.11) указывают, что при исполнении должником своих обязательств по оплате денежного требования, являющегося предметом уступки, путем зачета однородных денежных требований к кредитору фактор независимо от формы факторинга и условий договора вправе требовать от кредитора возврата суммы финансирования, если условиями договора факторинга не предусмотрено иное. Таким образом, Национальный банк вышел за пределы регулирования указанных отношений Банковским кодексом и предусмотрел ответственность кредитора даже в случае, когда его требование является действительным и кредитор не взял на себя поручительство за должника. Однако названную норму, на наш взгляд, можно трактовать и сквозь призму "фактического недействительного требования" кредитора (раз должник может зачесть соответствующую сумму денежного требования), а в этом случае ответственность кредитора безусловна.

Согласно п.15 Правил факторинга, если кредитор не возвратил сумму финансирования в указанный в договоре факторинга срок, фактор на следующий рабочий день относит непогашенную сумму задолженности на счета просроченной задолженности. Тем самым Нацбанк предусмотрел, что в случае, если кредитор взял на себя поручительство за должника и тот не исполнил свои обязанности, кредитор обязан возвратить полученные им от фактора суммы в срок, указанный в договоре, иначе он сам превращается в просрочившего должника.

В заключение напомним, что ст.165 БК распространяет правила о факторинге, установленные ст.157, 158 и 160-164 Банковского кодекса, на отношения по скрытому факторингу, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа сделки. Но большинство из названных статей имеет в качестве предмета регулирования уступку требования, которая отсутствует в скрытом факторинге. Таким образом, скрытый факторинг фактически не может регламентироваться положениями Банковского кодекса Республики Беларусь.

## ФАКТОРИНГ ВО ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ ОПЕРАЦИЯХ

Зачастую при исполнении обязательств по внешнеторговым договорам у одной из договаривающихся сторон возникает потребность ускорить проведение той или иной операции по экспорту (импорту).

Рассмотрим внешнеторговый экспортный договор, по которому резидент поставляет товар нерезиденту, в результате чего последний обязуется оплатить этот товар. Желая сократить период времени между поставкой товара и получением денежных средств, резидент может прибегнуть к операции финансирования под уступку денежного требования (факторингу).

В соответствии с Правилами проведения банками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями финансирования под уступку денежного требования (факторинга), утвержденными постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 30.08. 2001 № 229 (далее - Правила), по договору факторинга одна сторона (фактор) обязуется другой стороне (кредитору) вступить в денежное обязательство между кредитором и должником на стороне кредитора путем выплаты кредитору суммы денежного обязательства должника с дисконтом.

Финансирование под уступку денежного требования между фактором и кредитором-нерезидентом осуществляется в валюте расчетов между кредитором-нерезидентом и должником. В данном случае денежные средства, поступившие кредитору от фактора, следует рассматривать как денежные средства, поступившие от экспорта товаров, работ, услуг. При этом кредитор должен обеспечить поступление денежных средств как от фактора, так и от должника в установленный законодательством срок.

Итак, резидент-экспортер заключил с банком договор факторинга (к примеру, факторинг без права регресса), согласно которому банк-фактор перечисляет на счет резидента сумму денежного обязательства нерезидента-должника. С этого момента возникает несколько вопросов правового и технического характера.

Во-первых, уступка денежного требования фактору должна, по идее, означать, что банк-фактор с принятием на себя обязательства должника-нерезидента автоматически становится стороной по сделке. Обратимся к нормам Указа Президента от 04.01. 2000 № 7 "О совершенствовании порядка проведения и контроля внешнеторговых операций" (далее - Указ № 7).

В соответствии с п.2.2. Указа № 7 поступление денежных средств от экспорта товаров (работ, услуг) осуществляется только на счета экспортеров, если иное не определено Советом Министров и Национальным банком. И хотя согласно Правилам денежные средства, поступившие кредитору от фактора, как отмечалось, следует рассматривать в качестве денежных средств, поступивших от экспорта товаров (работ, услуг), требование Указа № 7 вряд ли можно считать выполненным с юридической точки зрения. Ведь норма, содержащаясяв Правилах, не закреплена совместным постановлением Совмина и Нацбанка, как это сделано в других случаях. Это подтверждается и нормой, содержащейся в ст.359 ГК, согласно которой уступка требования кредитором другому лицу допускается, если не противоречит законодательству или договору.

Та же ситуация и с положением п.2.4, в соответствии с которым расчеты в белорусских рублях между резидентами в оплату обязательств по экспорту товаров, работ и услуг не допускаются, если иное не определено Совмином и Нацбанком. В нашем случае резидентами являются как экспортер, так и банк. И обязательства по внешнеторговому договору могут быть выражены в белорусских рублях.

Далее. Согласно постановлению ГТК от 07.07. 2001 № 32 "О порядке осуществления валютного контроля таможенными органами" (далее - постановление ГТК № 32) при изменении получателя платежа при экспорте в случаях, предусмотренных законодательством, таможенные органы по заявлению юридического лица или индивидуального предпринимателя обязаны зарегистрировать новый паспорт сделки, оформленный в соответствии с условиями договора и отдельно подписанными дополнениями (изменениями) к нему с указанием в новом паспорте сделки номера предыдущего.

Получателем платежа при открытом факторинге (когда происходит переход прав кредитора фактору и последнему поступают денежные средства от нерезидента-должника) выступает новое лицо в обязательстве, ставшее таковым по договору уступки денежного требования. Следовательно, экспортер должен завизировать новый паспорт сделки, согласно которому получателем платежа будет новое лицо - банк-фактор.

Здесь и возникает вопрос, связанный с некоторым несоответствием актов законодательства, а именно: можно ли рассматривать договор факторинга как обычный договор уступки требования, в соответствии с которым права кредитора переходят третьему лицу - новому кредитору? Попытаемся найти отличия одного договора от другого.

Во-первых, договор уступки требования отличается от договора факторинга тем, что при втором происходит не просто передача прав кредитора фактору. Этому действию предшествует финансирование фактором кредитора на возмездной основе: банк выплачивает кредитору денежные средства, которые должны поступить от должника, с дисконтом. Во-вторых, договор уступки требования может быть вызван обязательствами как денежного, так и неденежного свойства. Факторинг предполагает только денежные обязательства, и в качестве фактора может выступать банк или кредитная организация. В-третьих, только при факторинге новый кредитор (банк) может воспользоваться правом регресса. Правила о переходе прав кредитора к другому лицу в соответствии с договором уступки требования не применяются к регрессным требованиям.

И наконец, самое главное отличие. Согласно ст.134 Банковского кодекса Республики Беларусь (БК) факторинг относится к банковской операции. К тому же в соответствии со ст.22 БК взаимоотношения между банками и юридическими лицами строятся на основе банковского законодательства и заключенных договоров.

Исходя из вышесказанного, можно отметить следующее. Несмотря на то что к банку-фактору переходят права кредитора, он не может рассматриваться как третье лицо во внешнеторговой сделке, ставшее таковым в результате уступки требования. Операция факторинга строится на принципах возвратности и возмездности, что характеризует ее как банковскую операцию. Интерес банка состоит преимущественно в возврате денежных средств (неважно от кого - должника или кредитора, если первый вдруг не выполнит свих обязательств) и получении вознаграждения в виде дисконта.

Теперь о необходимости зарегистрировать новый паспорт сделки. Если в процессе исполнения внешнеторгового договора изменился получатель платежа при экспорте, стороны должны на основании договора уступки требования оформить дополнительное соглашение к договору и зарегистрировать новый паспорт сделки.

Банк-фактор не становится получателем платежа в понимании постановления ГТК № 32, поскольку в качестве денежных средств, поступивших от экспорта, рассматриваются денежные средства, поступившие кредитору от фактора. Кроме того, как было сказано выше, договор факторинга не следует приравнивать к обычному договору уступки требования.

В соответствии с Указом № 7 паспорт сделки - это документ установленной формы. Он оформляется экспортером или импортером по внешнеторговым договорам, общая стоимость товаров по которым превышает 1500 евро, регистрируется в таможенных органах и является основным документом при осуществлении валютного контроля. В нашем случае нового внешнеторгового договора не возникает. Следовательно, в регистрации нового паспорта нет надобности.

В заключение хочется отметить, что при грамотной координации актов законодательства, нормы которых определяют однородные ситуации, возникающие в процессе выполнения тех или иных операций, проблемы, подобные изложенной, либо не возникают вообще, либо решаются самими участниками сделок без консультации и толкований со стороны госорганов.

## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Конституция Республики Беларусь 1994 года. Принята на республиканском референдуме 24 ноября 1996 года. Минск "Беларусь" 1997г.

Гражданский кодекс Республики Беларусь от 19 ноября 1998 г.: с комментариями к разделам / Коммент. В.Ф. Чигира // Мн.: Амалфея, 1999.

Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь от 10 декабря - 1998 г. // Мн.: Амалфея, - 1999.

Гражданское право: Учебник, под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого, М.: Проспект. – Т.2. – 2000.

Гражданское право. Учебник. Часть 1. Издание третье, переработанное и дополненное. / Под ред. А.П. Сергеева. - М., ПРОСПЕКТ, 1998. - 632с.

Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая / Под ред. О.Н. Садикова.М., 1996.

Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т.1 Л., 1958., Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954.

Колбасин Д.А. Гражданское право. Общая часть. - Мн.: ПолиБиг. По заказу общественного объединения "Молодежное научное общество". 1999. - 374с.

Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь. В 2 книгах. Кн.1. / Отв. ред. В.Ф. Чигир. – Мн.: Амалфея, 1999. – 624с.