

# **Практические аспекты применения схемы регрессного факторинга в российской практике (поручительство и факторинг)**

**Д.А. Патрин**, Представительство Адвокатского Бюро СМС Бюро Франсис Лефевр (Франция), старший юрист, МГУ им. М.В. Ломоносова, юридический факультет, кафедра международного права, преподаватель, к.ю.н.

**И.Б. Ткач**, Представительство Адвокатского Бюро СМС Бюро Франсис Лефевр (Франция), юрист

В настоящее время финансирование под уступку денежных требований, или факторинг, занимает все более весомую долю на рынке финансовых услуг в Российской Федерации. Причину этого, очевидно, стоит искать в том, что с экономической точки зрения оно выгодно для всех трех сторон, участвующих в факторинговых сделках. Клиент с помощью финансирования, получаемого от финансового агента (фактора), обретает возможность обеспечить рост продаж, ликвидировать кассовые разрывы и увеличить оборотный капитал, должник приобретает экономические блага (товары, работы, услуги) со значительной отсрочкой платежа, а финансовый агент получает выгоду в виде комиссий и сборов за оказанные клиенту услуги.

**В**месте с тем надлежащее функционирование факторинга как экономического механизма возможно только в случае, если должник (должники) своевременно исполняет свои обязательства по уступленным клиентом фактору денежным обязательствам. Любой дефолт по уступленным денежным требованиям, то есть полный или частичный отказ должника от исполнения уступленных денежных требований, поднимает перед участниками факторинговых отношений совсем иные проблемы, связанные с определением стороны, которая должна нести риск неплатежа должника и негативных экономических последствий.

Естественно, что интересам фактора отвечает, как минимум, разделение с клиентом риска неплатежа должника (который по умолчанию лежит на факторе как на новом кредиторе должника). Соответственно в интересах фактора получить возможность предъявить требование о погашении обязательств должника не только должнику, уже допустившему дефолт и, возможно, стоящему перед угрозой банкротства, а непосредственно клиенту, который, как правило, представляет собой более экономически состоятельную сторону.

В связи с этим, а также с учетом прогнозируемого роста числа неплатежей в экономи-

ке (в том числе и в связи с мировым финансовым кризисом) модель факторинга с правом регресса, или регрессного факторинга, получает все большее признание<sup>1</sup>.

## Регрессный факторинг в российском законодательстве

В целом российское гражданское законодательство восприняло существующее в международной практике разделение факторинга на безрегрессный и регрессный факторинг. Так, пункт 3 статьи 827 Гражданского кодекса Российской Федерации закрепляет диспозитивную норму о возможности возложения на клиента не только ответственности за действительность уступленного требования, но также и ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение уступленного требования должником.

Вместе с тем, предоставляя формальную возможность построения отношений между фактором и клиентом по модели регрессного факторинга, нормы ГК РФ о договоре финансирования под уступку денежных требований явно оставляют неразрешенными важнейшие вопросы, связанные с применением регрессного факторинга на практике, и прежде всего вопрос о юридической природе ответственности клиента перед фактором за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательств по уступленным денежным требованиям перед фактором.

Вопрос отнюдь не праздный и не отвлеченно теоретический, как может показаться на первый взгляд; ответ на него влечет вполне конкретные последствия в отношении порядка привлечения к ответственности клиента за неисполнение должником уступленного

денежного требования, а также объема такой ответственности.

На наш взгляд, обоснование ответственности клиента перед фактором за исполнение должником своих обязательств по уступленным требованиям может быть основано на следующих основных положениях<sup>2</sup>:

➤ ответственность, которую клиент несет перед фактором за исполнение должником уступленных требований, есть ответственность клиента за собственные действия, связанные с выбором контрагента-должника и оценкой его платежеспособности;

➤ ответственность, которую клиент несет перед фактором за исполнение должником уступленных требований, есть ответственность за действия третьего лица.

Вместе с тем нельзя не отметить и то обстоятельство, что на практике реализация регрессного факторинга осуществляется также с помощью иных договорных конструкций, формально не связанных с установлением ответственности клиента за неисполнение требования должником. В числе таких способов можно отметить:

➤ установление повышенной комиссии за факторинговые услуги в случае, если уступленное денежное требование не было надлежащим образом исполнено должником (при этом размер такой комиссии, как правило, приравнивается к сумме непоплаченного денежного требования или же составляет сумму финансирования, полученного клиентом от фактора в связи с уступкой данного требования);

➤ определение цены уступаемого денежного требования в зависимости от объема его оплаты должником (большая часть цены уступаемого требования, как правило, выплачи-

<sup>1</sup> Понимая, что с точки зрения российского права сам термин «регрессный факторинг» не вполне корректен, тем не менее, учитывая его распространенность, в дальнейшем мы сохраняем принятое на практике словоупотребление.

<sup>2</sup> В данном случае имеется в виду только так называемая «негативная» ответственность, а вопросы понимания ответственности как «долженствования» или так называемой «позитивной» ответственности остаются за рамками нашего рассмотрения.

вається фактором клиенту после получения оплаты денежного требования от должника).

Не углубляясь в анализ особенностей вышеуказанных схем реализации регрессного факторинга (которые мы не будем подробно рассматривать в настоящей статье в силу ограниченности в объеме), можно отметить, что наиболее уязвимым местом вышеуказанных конструкций является гипотетическая возможность квалификации таких положений именно как положений об ответственности в соответствии с одним из указанных ниже вариантов.

Мы также не рассматриваем возможность квалификации условия об ответственности клиента за неисполнение должником обязательств по требованию как самостоятельной сделки, совершенной под условием (клиент принимает на себя обязательство по перечислению определенной суммы фактору в случае нарушения должником своего обязательства по требованию), поскольку такие сделки справедливо рассматриваются действующим законодательством как сделки игр и пари, совершенные без надлежащего правового основания и в силу этого лишены правовой защиты (ст. 1062 ГК РФ).

### **Ответственность клиента перед фактором за собственные действия (выбор должника и оценка его платежеспособности)**

Теоретически условие об ответственности клиента за неисполнение должником обязательств по уступленному фактору требова-

нию можно рассмотреть как следствие нарушения клиентом неких собственных обязательств перед фактором, которые либо прямо указаны в договоре факторинга, либо вытекают из содержания его положений.

Следует признать, что обосновать ответственность клиента в данном варианте достаточно сложно. Вместе с тем во многих случаях ответственность клиента за неисполнение денежного требования должником пытаются обосновать аналогией с договором купли-продажи и ответственностью за качество товара. В таком контексте положение клиента сближается с положением продавца по договору купли-продажи, и такой вариант не лишен определенной логики: действительно, клиент фактически предлагает фактору некое имущество (в данном случае, имущественное право на получение денежной суммы от должника) и в этом качестве он должен нести ответственность за недостатки продаваемого имущества (т.е. в данном случае — за неисполнение требований должником).

Однако у такого подхода есть и определенные недостатки. Так, даже в рамках аналогии с договором купли-продажи квалификация дефолта должника по уступленным требованиям как недостатка предмета купли-продажи (имущественного права на получение определенной суммы от должника) довольно спорна: на момент уступки ни клиент, ни фактор не могут предвидеть, будет ли оплачено то или иное уступаемое требование (рискнем предположить, что в большинстве случаев не обладает таким знанием и должник), и, следовательно, такой недостаток не может быть ни «явным», ни «скрытым»<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Если продолжить мысль о возможных дефектах уступаемого требования, то к числу «явных» дефектов требований, то есть дефектов, которые при должной осмотрительности легко могут быть установлены фактором, следовало бы относить недостатки в документах, подтверждающих возникновение требования (например, ошибки в товаросопроводительных документах, актах приема-передачи и иных аналогичных документах, которые делают невозможным или затрудняют получение платежа по требованию). К числу «скрытых» дефектов следовало бы отнести обстоятельства, которые обуславливают полную или частичную недействительность уступаемого требования (продавец не выполнил своего обязательства по доставке товара, нарушил требования к качеству товара и т.д.), о которых фактор может и не получить информации исходя из документов, переданных ему клиентом одновременно с уступкой денежного требования.

поскольку не может быть установлен на момент продажи любым доступным сторонам договора факторинга способом.

В рамках аналогии с договором купли-продажи можно отметить и так называемую «обратную уступку», то есть уступку неоплаченного требования фактором клиенту (что, по сути, во многом идентично возврату покупателем дефектного товара продавцу). С чисто теоретической точки зрения можно допустить возможность такой «обратной уступки» с использованием правового механизма, например предварительного договора (ст. 429 ГК РФ), то есть соглашения сторон о совершении сделки в будущем при наступлении какого-либо условия. Однако учитывая определенную слабость такой правовой конструкции, представляется, что подобное решение нельзя считать удовлетворительным.

По нашему мнению, в рамках концепции ответственности клиента перед фактором за свои собственные действия речь может идти прежде всего об ответственности клиента за выбор должника, оценку его платежеспособности. С учетом вышесказанного ответственность клиента будет представлять собой некую санкцию за проявленную клиентом неосмотрительность при заключении договора с должником, которая привела к последующему дефолту должника по уступленным требованиям.

В связи с этим следует отметить, что нормы действующего законодательства о гражданско-правовой ответственности исходят из принципа соразмерности санкции за нарушение обязательства допущенному виновной стороной нарушению. В этой связи, оценивая требование фактора о возмещении убытков (ст. 393 ГК РФ), суд будет обязан оценить действительный размер убытков, причиненных фактору (при этом обязанность по доказыванию размера убытков лежит на факторе). Отметим, что российская право-

применительная практика определения размера причиненных нарушением обязательства убытков достаточно консервативна: взыскание с нарушителя всей запрашиваемой потерпевшей стороной суммы происходит очень редко. В силу этого нельзя исключать возможность лишь частичного возмещения клиентом фактору сумм, которые должны были быть уплачены должником по уступленному требованию.

В случае когда стороны договора финансирования под уступку денежного обязательства заранее определили размер санкций за нарушение обязательства, установив неустойку (штраф, пеню), размер таких санкций также может быть значительно снижен судом ввиду явного несоответствия размера неустойки последствиям нарушения обязательства (ст. 333 ГК РФ).

Еще одной проблемой, связанной с реализацией регрессного факторинга в рамках данной схемы, является вопрос о праве на взыскание с должника невыплаченной суммы по уступленному фактору требованию.

В самом деле, нельзя исключать, что нарушение должником условий и сроков погашения уступленного требования может быть вызвано какими-то кратковременными по своему характеру событиями, вследствие чего возможность взыскания с него долга не утрачена. Однако даже после выплаты клиентом фактору всей суммы задолженности по уступленному фактору и не оплаченному должником денежному требованию клиент не становится кредитором должника, и право истребовать долг у должника будет по-прежнему принадлежать фактору. Фактически при таком подходе фактор получает двойной доход, сначала обращаясь к клиенту с требованием о выплате соответствующих санкций, а затем и непосредственно к должнику с требованием о погашении задолженности по уступленному требованию. Очевидно, что такая ситуация

явно не выгодна клиенту и предоставляет необоснованные выгоды фактору.

Таким образом, в настоящее время перечисленные вопросы фактически не решены в рамках действующего законодательства, и конструирование регрессного факторинга с помощью таких механизмов представляется недостаточно обоснованным и целесообразным.

### **Регрессный факторинг, построенный по модели ответственности клиента за действия третьего лица**

Отметим, что случаи, когда лицо на основании совершенной сделки (заключения договора) с кредитором принимает на себя ответственность за неисполнение третьими лицами своих обязательств перед кредитором, представляют собой изъятие из общего принципа ответственности лица исключительно за свои действия (п. 1 ст. 393, ст. 401 ГК РФ).

Отметим основные из них:

1) ответственность поручителя перед кредитором за неисполнение должником своего обязательства перед кредитором в соответствии с договором поручительства (ст. 361–367 ГК РФ);

2) ответственность комиссионера перед комитентом за неисполнение третьим лицом своих обязательств, в случае если комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе такого лица либо принял на себя ручательство за исполнение сделки — *делькредере* (п. 1 ст. 993 ГК РФ);

3) обязанность страховщика возместить страхователю убытки, возникшие вследствие нарушения контрагентами страхователя

своих обязательств в случае осуществления страхования предпринимательского риска (ст. 933 ГК РФ);

4) обязанность банка удовлетворить требование бенефициара (кредитора принципала) о выплате определенной денежной суммы после предоставления бенефициаром письменного требования о ее уплате (ст. 368 ГК РФ)<sup>1</sup>.

Естественно, из всех вышеперечисленных случаев к отношениям клиента и фактора может относиться только поручительство, поскольку у клиента отсутствует специальная правоспособность, необходимая для осуществления банковской и страховой деятельности; кроме этого, договор между клиентом и фактором (договор финансирования под уступку денежных требований) не может быть признан договором комиссии в силу неустраняемых различий в предмете и иных существенных условий договора.

Кроме этого, не следует забывать об известной взаимосвязи норм ГК РФ по общегражданской цессии (ст. 382–390 ГК РФ) и норм по договору финансирования под уступку денежного требования, поскольку цессия, собственно, является неотъемлемым элементом договора финансирования.

Оценивая норму пункта 3 статьи 827 ГК РФ, можно сделать вывод о необходимости ее толкования во взаимосвязи с нормой статьи 390 ГК РФ, в соответствии с которой «...первоначальный кредитор, уступивший требование, отвечает перед новым кредитором за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования должником, кроме случая, когда первоначальный кредитор принял на себя **поручительство** за должника перед новым кредитором».

<sup>1</sup> Отметим, что обязанности страховщика в рамках договора страхования предпринимательского риска, а также обязанности банка, вытекающие из банковской гарантии (соответственно пункты 3 и 4 перечня), могут быть отнесены к случаям принятия на себя ответственности за действия третьего лица достаточно условно.

Таким образом, именно поручительство предлагается законодателем в качестве основания для привлечения клиента к погашению неоплаченных или оплаченных не в полном объеме денежных требований.

Конечно, тезис о том, что ответственность клиента перед фактором за исполнение уступленных денежных требований по своей правовой природе является поручительством клиента за должника перед фактором и должна толковаться исходя из содержания норм ГК РФ о поручительстве, пока еще не утвердился в судебной и арбитражной практике (что связано с относительно небольшим количеством гражданских исков в данной сфере, во всяком случае, до недавнего времени). Вместе с тем соответствующие судебные решения постепенно появляются (см., напр., Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23.07.2004 № КГ-А40/5427-04).

### **Практические аспекты имплементации поручительства в договор факторинга**

В целом применение поручительства в отношениях между клиентом и фактором в качестве основания для ответственности клиента за исполнение уступленного денежного требования имеет значительные преимущества по сравнению с иными схемами реализации регрессного факторинга. В числе таких положительных качеств поручительства применительно к теме настоящей статьи можно было бы отметить следующие:

**> максимально полное возмещение убытков фактора, возникших вследствие неоплаты уступленного денежного требования.** В соответствии со статьей 363 ГК РФ, если иное не установлено соглашением поручителя и кредитора, поручитель отвечает перед кредитором «...в том же объеме, как и должник,

включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником»;

**> возможность поручаться за исполнение будущих обязательств.** В рамках поручительства поручитель может обязываться отвечать за исполнение не только существующих обязательств, но и обязательств, которые только возникнут в будущем;

**> установление максимально отвечающего интересам фактора и клиента механизма погашения задолженности должника перед фактором.** Нормы ГК РФ о поручительстве предлагают значительные возможности для установления объема ответственности клиента, порядка обращения фактора к клиенту в целях получения задолженности (установления клиента в качестве солидарного или субсидиарного должника), что, в свою очередь, предоставляет значительную свободу при определении коммерческих условий договора факторинга;

**> обратная уступка.** Наконец, именно в рамках поручительства автоматически, в силу закона, к клиенту, исполнившему обязательства должника по уступленному фактору денежному требованию, переходит право требовать с должника суммы, выплаченные клиентом в счет должника (ст. 365 ГК РФ), что сближает данный правовой механизм с используемыми в континентальном праве и отвечает правовой традиции нашего государства.

Вместе с тем при использовании поручительства в рамках договора факторинга возникают и определенные проблемы.

Прежде всего, это связано с тем, что, учитывая доверительный характер отношений между поручителем и должником, а также условно безвозмездный характер поручительства, законодатель предусматривает

## ➤ нормативное регулирование

достаточно широкий перечень обстоятельств, которые приводят к прекращению поручительства. Так, в частности, договор поручительства прекращается в случае изменения обеспеченного поручительством обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя без согласия последнего (п. 1 ст. 367 ГК РФ).

Отметим, что в факторинговой практике ситуации, в которых необходимо изменить условие исполнения уступленного денежного требования, возникают довольно часто. Как правило, они связаны с необходимостью предоставить должнику отсрочку платежа с возможным одновременным повышением санкций за его просрочку. В такой ситуации (в случае если должник не осуществит платеж в новый, согласованный с фактором срок) клиент как поручитель может сослаться на изменение условий обязательства, вытекающего из уступленного требования, влекущего увеличение ответственности должника, и заявить о том, что поручительство клиента в силу данного обстоятельства прекращено.

Одной из мер по минимизации данного риска может стать указание в договоре на право фактора по согласованию с должником изменять условия исполнения обязательств, вытекающих из уступленных требований, в определенных, заранее согласованных с клиентом параметрах. В этом случае клиент должен предоставить свое согласие

на такие изменения или же предоставить письменные гарантии того, что такие изменения не признаются клиентом неблагоприятными в связи со взятым на себя поручительством.

Еще одним негативным аспектом в применении конструкции поручительства факторами — банковскими организациями является установленный в соответствии с требованиями Банка России порядок резервирования на возможные потери. Оценка риска таких потерь и соответственно определение размеров необходимого резервирования производится по должникам, а не по клиенту, что в большинстве случаев невыгодно факторам.

Таким образом, можно констатировать, что в настоящее время использование и этой схемы регрессного факторинга не является беспроблемным. Как представляется, решение вопросов о надлежащем урегулировании отношений, связанных с регрессным факторингом, должно явиться одним из элементов комплексного подхода к закреплению и отражению в законодательстве действительно функционирующей модели финансирования под уступку денежного требования. При этом должен учитываться накопленный за последние годы опыт реального функционирования факторинговых компаний и применения соответствующих положений гражданского, налогового, банковского законодательства, законодательства о валютном регулировании и контроле. **R**