

## **Заключение Юридического комитета АФК на обращение Минэкономразвития России от 21.03.2017**

**Юридический комитет Ассоциации факторинговых компаний (АФК) по итогам обсуждения тезисов, изложенных в письме заместителя министра экономического развития Е.И. Елина (исх.№ 7304-ЕЕ/Д28и от 21.03.2017), направляет консолидированную позицию по изложенным в данном письме вопросам.**

### **1. По вопросу об отсутствии в законодательстве РФ понятия «факторинг».**

В соответствии с Федеральным законом от 05.05.2014 № 86-ФЗ Российская Федерация присоединилась к «Конвенции УНИДРУА по международным факторинговым операциям» (далее – Конвенция), понятие «факторинг» приведено в пункте 2 статьи 1 данной Конвенции.

В соответствии с пунктом 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Аналогичная норма содержится в статье 7 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ).

Основные принципы Конвенции в переводе на русский язык являются основой главы 43 ГК РФ «Финансирование под уступку денежного требования», введенной в действие Федеральным законом 26.01.1996 № 15-ФЗ.

Термины «факторинг», «фактор» также содержатся действующем законодательстве Российской Федерации – в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (статья 15.25 КоАП РФ) и Федеральном законе от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» (статьи 9 и 19), применяется в документах федеральных органов исполнительной и законодательной власти, включая разработанную Минэкономразвития России и утвержденную распоряжением Правительства Российской Федерации от 02.06.2016 г. № 1083-р «Стратегию развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации на период до 2030 года».

Также следует отметить, что закрепление устойчивой термина и понятия «факторинг» в настоящее время реализовано в согласованном ко второму чтению в Государственной думе Федерального Собрания Российской Федерации законопроекте № 47538-6/10 «О внесении изменений в часть первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации». Согласно решению Комитета Госдумы РФ по государственному строительству и законодательству от 17.11.2016, поправки в главу 43 ГК РФ с включением в нее термина «факторинг» рекомендованы к принятию во втором чтении указанного законопроекта.

### **2. По вопросу трактовки пункта 7 статьи 448 ГК РФ в отношении операций факторинга.**

Указанная норма введена Федеральным законом № 42-ФЗ от 08.03.2015 в целях исключения из конкурсных (закупочных) процедур коррупционных схем, при которых победители торгов за вознаграждение передавали в соответствии с положениями главы 24 ГК РФ (цессия) третьим лицам («теневым субподрядчикам») права и обязанности по договорам, заключенным на таких торгах.

По мнению АФК запрет на уступку прав требования и перевод долга победителем торгов (конкурсов), предусмотренный пунктом 7 статьи 448 ГК РФ, не может распространяться на факторинг (уступку денежных требований, вытекающих из договора, заключенного по итогам конкурсных процедур), поскольку в связи с заключением договора факторинга перемены поставщика (подрядчика, исполнителя) по договору, заключенному на торгах, не происходит, и обязательства по такому договору исполняются победителем торгов лично, а реализация положений договора факторинга обусловлена исключительно наличием подтвержденного должником встречного исполнения в денежной форме.

Данная позиция подтверждается Верховным судом Российской Федерации в Определении от 22.02.2017 г. № 309-ЭС16-16532, согласно которому при уступке права

денежного требования «личность кредитора не имеет существенного значения для должника» и положения пункта 7 статьи 448 ГК РФ не подлежат применению.

**3. По вопросу трактовки пункта 2 статьи 34 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ (далее – 44-ФЗ)**

При уступке клиентом (поставщиком, исполнителем, подрядчиком) в рамках главы 43 ГК РФ денежных требований, вытекающих из контракта, заключенного в соответствии с 44-ФЗ, не происходит изменения условий соответствующего контракта, а денежное требование переходит к финансовому агенту (банку, факторинговой компании) в том объеме и на тех условиях, которые существовали на момент перехода права.

Даная позиция подтверждена разъяснениями Минэкономразвития России (письмо № Д22-1625 от 22.12.2009 г., письмо № Д22-1715 от 29.12. 2009 г.)

Минфин России также поддерживает возможность сепаратной уступки денежных требований, соответствующая позиция изложена в письме № 05-06-05/3-30 от 30.07.2009 г. Аналогичная позиция изложена в письме ФАС России № АД/38430/13 от 02.10.2013 г.

Возможность уступки денежных требований, вытекающих из государственных контрактов, также широко поддерживается сложившейся судебной практикой (Постановление ФАС Московского округа № Ф05-395/2015 от 31.03.2015 по делу № А40-174847/13, Постановление ФАС Московского округа № КА-А40/5121-10 от 24.05.2010, Постановление ФАС Уральского округа № Ф09-6839/10-С5 от 09.09.2010, Постановление ФАС Поволжского округа от 23.06.2011 г. по делу № А57-12840/2010, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 22.05.2013 № Ф03-2187/2013 по делу № А73-13830/2012).

Таким образом, утверждение о том, что при заключении и исполнении государственного либо муниципального контракта происходит изменение его условий, в связи с чем уступка или передача права требования по государственным (муниципальным) контрактам третьим лицам не допускается, не соответствует действующему законодательству, правоприменительной практике и разъяснениям государственных органов.

**4. По вопросу трактовки понятия «отсрочка платежа» применительно к договорам, исполнение по которым регулируется бюджетным законодательством Российской Федерации.**

Обязательство по коммерческому кредитованию возникает при несовпадении во времени момента оплаты по договору и предоставления встречного исполнения, а также при условии прямого указания в договоре на то, что такое несовпадение является основанием для возникновения отношений по коммерческому кредитованию (см. абзац 2 пункта 4 статьи 488 ГК РФ, статью 823 ГК РФ, Постановление Пленума ВС РФ № 13 и Пленума ВАС РФ №14 от 08.10.1998).

В силу статьи 488 ГК РФ в случае, когда договором купли-продажи предусмотрена оплата товара через определенное время после его передачи покупателю (продажа товара в кредит), покупатель должен произвести оплату в срок, предусмотренный договором, а если такой срок договором не предусмотрен, в срок, определенный в соответствии со статьей 314 ГК РФ.

Согласно судебной практике отношения по коммерческому кредитованию возникают только в случаях, когда это прямо указано в договоре (см. Определение ВАС РФ от 25.02.2009 г. №1511/09, Определение ВАС РФ от 07.05.2008 г. № 6052/08, Определение ВАС РФ от 25.05.2011 г. № ВАС-6078/11, Постановление 9 ААС от 28.06.2016 г. № 09АП-24179/2016, Постановление 9 ААС от 16.01.2014 г. № 09АП-43683/2013-ГК, Постановления 9 ААС от 10.08.2016 г. № 09АП-32612/2016, 09АП-34571/2016).

При этом следует отметить, что условие договора купли-продажи об отсрочке оплаты товара не является основанием для возникновения отношений по коммерческому кредиту согласно статье 823 ГК РФ, что также подтверждается судебной практикой (Постановление ФАС Московского округа от 04.05.2012 по делу № А40-100221/11-45-888, Постановление ФАС Поволжского округа от 15.04.2014 по делу № А65-17705/2013).

Следует отметить, что отсрочка оплаты государственным заказчиком поставленного товара, выполненных работ, оказанных услуг зачастую предусматривается проектом государственного контракта, размещаемым самим государственным заказчиком; в отсутствие такой отсрочки денежное требование подлежит оплате государственным заказчиком в соответствии со статьей 314 ГК РФ, а именно в течение семи дней со дня предъявления кредитором требования о его исполнении. Однако наличие/отсутствие отсрочки платежа по оплате денежного требования никоим образом не влияет на возможность уступки соответствующего денежного требования.

Таким образом, предоставление поставщиком (подрядчиком, исполнителем) государственному заказчику отсрочки платежа по оплате поставленного товара, выполненных работ, оказанных услуг не может рассматриваться как кредитование, в связи с чем положения о порядке осуществления заимствований государственными заказчиками, предусмотренные бюджетным законодательством РФ, неприменимы.

Предлагаем предусмотреть аналогичное условие в типовых государственных (муниципальных) контрактах.

#### **5. По вопросу о риске множественности уступки денежного требования.**

Согласно положениям пункта 2 статьи 830 ГК РФ финансовый агент обязан в разумный срок представить должнику доказательство того, что уступка денежного требования финансовому агенту действительно имела место.

Согласно действующей редакции главы 43 ГК РФ, последующая уступка денежного требования финансовым агентом не допускается (статья 829 ГК РФ). Указанные требования (за исключением случаев, предусмотренных законодательством о банкротстве) могут быть включены в типовой договор факторинга (финансирования под уступку денежного требования), заключаемый с поставщиком (исполнителем, подрядчиком) в рамках 223-ФЗ и 44-ФЗ.

В силу пункта 3 статьи 384 ГК РФ, если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим неблагоприятных для него последствий. Обязательство должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу.

Порядок последующей уступки финансовым агентом денежного требования может быть урегулирован трехсторонним уведомлением, подписываемым государственным заказчиком, поставщиком (исполнителем, подрядчиком) и финансовым агентом.

#### **6. По вопросу установления дополнительных требований к банкам и факторинговым компаниям с учетом публичного характера правоотношений.**

Личность нового кредитора (факторинговой компании, банка) не является определяющей для Заказчика, осуществляющего встречное исполнение в денежной форме по факту приемки им товаров, работ, услуг, поставка и порядок оплаты которых определяется условиями контрактов, заключенных в соответствии с 44-ФЗ и 223-ФЗ.

Заказчики не отвечают по обязательствам новых кредиторов (факторинговых компаний, банков) перед поставщиком (подрядчиком, исполнителем) за пределами контракта (договора), денежные требования, вытекающие из которого являются предметом уступки в соответствии с положениями главы 43 ГК РФ. Аналогичная диспозиция распространяется на обязательства поставщика (подрядчика, исполнителя) перед заказчиком-должником в рамках 44-ФЗ, 223-ФЗ, имевшиеся до получения последним уведомления об уступке денежного требования третьему лицу.

Отдельно отмечаем, что основанием для финансирования клиента под уступку денежного требования являются заверенные заказчиком оригиналы первичных документов, формы которых утверждены ФНС России, подтверждающие действительность уступленного денежного требования.

Также необходимо отметить, что в соответствии со статьей 825 ГК РФ услуги факторинга, наряду с кредитными организациями (лицензируются Банком России), вправе

оказывать коммерческие организации, при условии соблюдения ими требований Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма», включая требования о постановке на учет в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 27 января 2014 г. № 58. Данный критерий является определяющим при ограничении круга коммерческих организаций, которые вправе выступать финансовыми агентами по договорам факторинга в отношении денежных требований, вытекающих из договоров (контрактов), заключенных в соответствии с 44-ФЗ, 223-ФЗ.

**7. По вопросу порядка взаиморасчетов при предъявлении заказчиками встречных требований к поставщику.**

В силу пункта 1 статьи 832 ГК РФ в случае обращения финансового агента (факторинговой компании, банка) к должнику (заказчику) с требованием произвести платеж, последний вправе в соответствии со статьями 410-412 ГК РФ предъявить к зачету свои денежные требования, основанные на договоре с клиентом (включая государственный, муниципальный контракт), которые уже имелись у должника ко времени, когда им было получено уведомление об уступке требования финансовому агенту.

Таким образом, порядок зачета встречных требований государственного заказчика к поставщику (исполнителю, подрядчику) в случае уступки денежного требования в пользу финансового агента полностью урегулирован.

В случае наличия до момента уступки денежных требований встречных денежных требования заказчика к поставщику (исполнителю, подрядчику) в рамках государственного (муниципального) контракта (например, авансирование) либо за его пределами (например, задолженность перед бюджетом РФ), считаем целесообразным применение ограничения возможности уступки денежных требований клиентов (поставщиков, исполнителей, подрядчиков) по договорам факторинга в адрес факторинговых компаний, банков (финансовых агентов).

**8. По вопросу о риске оплаты заказчиком обязательств по контракту ненадлежащему третьему лицу в связи с переуступкой финансовым агентом права требования.**

Указанный риск исключается соблюдением сторонами сделки положений главы 43 ГК РФ, приведенных выше (см. пункт №5), в частности статьи 829 ГК РФ и статьи 830 ГК РФ. Оплата третьему лицу может быть осуществлена только в адрес нового кредитора (фактора – факторинговой компании, банка), указанного в соответствующем уведомлении. При наличии сомнений в личности нового кредитора, в возможности исполнения надлежащему лицу, Заказчик вправе запросить у поставщика (подрядчика, исполнителя) документы, подтверждающие факт уступки денежного требования, вытекающего из исполненного им контракта, включая договор факторинга.

Таким образом, оплата государственным заказчиком суммы денежного требования лицу, в отношении которого государственный заказчик получил надлежащее уведомление, будет являться для государственного заказчика надлежащим исполнением и, соответственно, не будет влечь каких бы то ни было негативных последствий.