

ПРАКТИЧНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОГОВОРУ ФОРФЕЙТИНГА

PRACTICAL AND LEGAL ASPECTS OF PROVISION OF FORFEITING AGREEMENT

Андрієнко В.В., к.ю.н.,
викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародний гуманітарний університет

Статтю присвячено практико-правовим аспектам і актуальним питанням забезпечення виконання договору форфейтингу в Україні, а також використання зарубіжної практики його реалізації. Акцентовано увагу на необхідності пошуку шляхів установлення юридичної рівноваги між замовником і виконавцем договору форфейтингу. Поставлено питання про необхідність моделювання прав і обов'язків сторін договору в його тексті з використанням правил ділового обороту і зарубіжної практики. Зроблено висновок про необхідність посилення гарантій і пошуку правових засобів забезпечення виконання зобов'язань контрагентами.

Ключові слова: гарантії, умови, форфейтинг, забезпечення, виконання, вимоги, сторони, договір, зобов'язання.

Статья посвящена практико-правовым аспектам и актуальным вопросам обеспечения исполнения договора форфейтинга в Украине, а так же использованию зарубежной практики его реализации. Акцентируется внимание на необходимости поиска путей установления юридического равновесия между заказчиком и исполнителем договора форфейтинга. Поставлен вопрос о необходимости моделирования прав и обязанностей сторон договора в его тексте с использованием правил делового оборота и зарубежной практики. Сделан вывод о необходимости усиления гарантий и поиска правовых средств обеспечения исполнения обязательств контрагентами.

Ключевые слова: гарантии, условия, форфейтинг, обеспечение, исполнение, требования, стороны, договор, обязательства.

The fulfillment of obligations under the forfeiting agreement is specified by the same contract. However, since it is an agreement on accession, the duties of the executor in it are issued less thoroughly than the duties of the customer. Accordingly, there is a need to find ways to establish a legal balance between the customer and the executor, strengthening the guarantees of fulfillment of obligations by a stronger party to the contract for the valuation of the property, namely the performer and the protection of the rights of the customer. Here it is now necessary to comply with the requirements of the current legislation. The next step is a scrupulous modeling of the rights and obligations of the parties to the treaty in the text of the treaty, including exemplary, and the use of the rules of business turnover (Article 7 of the Civil Code of Ukraine). In the latter case, more are guided by foreign practice, where, unlike the Ukrainian legislation, such relations are already well-worked out, and business entities value their business reputation and do not allow violations of their obligations. In our case, sometimes the situation is exactly the opposite, when non-fulfillment of the undertaken obligations even prevails. Attempts to strengthen safeguards and legal means of fulfilling obligations have long attracted the attention of academics and practitioners. However, sufficient steps have not yet been taken, and those that are even well-worked out in practice are nullifying. It is about liability insurance under loan agreements, where insurance cases are formulated in such a way that not to pay insurance premiums in the event of an insured event.

To ensure the fulfillment of obligations, certain programs or algorithms for the behavior of the obligated parties are established, in particular: the terms of the agreement, the requirements of the Central Committee of Ukraine, other acts of civil law, the customs of business turnover, the requirements that are commonly applied [61, c. 211]. They write the sequence of actions of the obligated party, as discussed above. Therefore, fulfillment of obligations arising on the basis of the investigated agreement provides as general rules, so special, for providing financial services and forfeiting. In the absence of the law on forfeiting, in the performance of duties under this agreement, reference should be made to the general provisions on performance of obligations, performance of contracts and, similarly, contracts for the provision of financial services, in particular, a factoring agreement.

Key words: guarantees, conditions, forfeiting, security, performance, requirements, parties, contract, obligations.

Виконання зобов'язань за договором форфейтингу конкретизується одноіменним договором. Оскільки він є договором про приєднання, то обов'язки виконавця у ньому виписуються менш ретельно, ніж обов'язки замовника. Тому виникає потреба у пошуку шляхів установлення юридичної рівноваги між замовником та виконавцем, посилення гарантій виконання зобов'язань більш сильною стороною договору на проведення оцінки майна, а саме виконавця та охорони прав замовника. Тут наразі слід притримуватися вимог чинного законодавства. Наступним кроком є скрупульозне моделювання прав та обов'язків сторін договору в тексті договору, зокрема зразковому, та використання правил ділового обороту (ст. 7 ЦК України). У останньому разі більше орієнтуються на зарубіжну практику, де, на відміну від законодавства України, такі відносини вже добре відпрацьовані, а суб'єкти господарювання дорожать діловою репутацією і не допускають порушень своїх зобов'язань. У нас інколи ситуація прямо протилежна, коли невиконанням взятих зобов'язань навіть хизуються. Намагання посилити гарантії та правові засоби виконання зобов'язань давно привертають увагу науковців та практиків. Проте достатніх кроків поки що не зроблено, а ті, які навіть вже добре відпрацьовані на практиці, зводяться нанівець. Ідеться про страхування відповідальності за кредитними договорами, де страхові випадки формулюються так, щоб не сплачувати страхових платежів у разі настання страхового випадку.

Так чи інакше, зобов'язання за договором форфейтингу мають: 1) виконуватися належним чином та забезпечувати досягнення мети його укладення; 2) відповідати національному законодавству та міжнародному праву. Ці правила є відображенням загального правила *acta sunt servata* чи принципу належного виконання зобов'язань. Як зауважила Т.В. Боднар, належне виконання – це не лише зазначення мети, якої бажано досягти сторони зобов'язання, укладаючи договір і визначаючи в ньому умови та елементи виконання, це і той стандарт поведінки, щоб досягти зазначеної мети [1, с. 130]. Ідеться про системний підхід до виконання, за якого основне значення надається його предмету та всім іншим вимогам до нього.

Для забезпечення виконання зобов'язань установлені певні програми чи алгоритми поведінки зобов'язаних сторін, зокрема умовами договору, вимогами ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаями ділового обороту, вимогами, що ставляться [1, с. 211]. Вони виписують послідовність дій зобов'язаної сторони, про що йшлося вище. Тому виконання зобов'язань, які виникають на основі досліджуваного договору, передбачає як загальні правила, так спеціальні, з надання фінансових послуг та форфейтування. За відсутності законодавства про форфейтинг під час виконання обов'язків за цим договором слід керуватися загальними положеннями про виконання зобов'язань, про виконання договорів та договорів на надання фінансових послуг, зокрема договору факторингу.

На доктринальному рівні виконання трактується як правовий інститут, процес і підстава припинення зобов'язань [2]. Тому йдеться про систему цивільно-правових норм, які регулюють суспільні відносини під час виконання зобов'язань і характеризуються розпорошеністю та можливістю доповнювати за рахунок звичаїв ділового обороту [1, с. 208]. Належним виконанням зобов'язання воно припиняється (ст. 599 ЦК України). Виконання зобов'язань як процес характеризується динамічним станом зобов'язання, за якого реалізуються (здійснюються) права й обов'язки сторін договору та досягається його мета чи, як указував Г.Н. Амфітеатров, заради якої приводиться в рух складний механізм договірних зв'язків і без чого договір перетворюється у нісенітницю [3]. Належним виконанням зобов'язань вони припиняються, що є бажаним.

Виконання договірною зобов'язання визнано сукупністю фактичних та/або юридичних дій сторін зобов'язання, які спрямовані на реалізацію (здійснення) передбачених законом або договором суб'єктивних прав і обов'язків задля досягнення економічної та юридичної мети зобов'язання [4, с. 209]. Якщо зважати на сукупність як неподільну єдність чого-небудь чи загальну суму, то таке твердження є не зовсім коректним. Під час виконання зобов'язань за договором форфейтингу йдеться про послідовність дій сторін, яка виписана самим договором та передумовами до його укладення, рідше законодавством країни (Італія, Індія тощо). Звідси виконання договору зводиться до дотримання послідовності дій сторін, яка передбачена: а) самим договором; б) дотримання надання фінансових послуг та здійснення прав із цінних паперів (векселя).

У ст. 599 ЦК України встановлено, що зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином, тобто якщо воно відповідає умовам укладеного договору та закону. Йдеться про безумовне дотримання умов досліджуваного договору, що забезпечує досягнення мети його укладення. Виконання зобов'язань за договором має низку імперативів технічного спрямування та вимог чинного законодавства. Загалом, боржники за договором можуть самостійно вирішувати те, як виконувати зобов'язання, як забезпечувати свої інтереси. Йдеться про забезпечення виконання зобов'язань: 1) встановленням у тексті договору; 2) укладенням додаткових забезпечувальних договорів, наприклад, іпотека; 3) використанням тих видів, які встановлені актами законодавства, зокрема Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Оскільки виконавець є суб'єктом господарювання, а сам договір форфейтингу є комплексним, то виконання зобов'язань забезпечується також застосуванням оперативного-господарських і управлінсько-господарських санкцій.

Виконання зобов'язання пов'язується з предметом виконання. Це забезпечує реальне виконання зобов'язань, навіть якщо воно охоплюється принципом належного виконання і не має такого домінуючого значення як раніше. Такі гарантії найбільше проявляються через механізм договірною регулювання, до якого належить і цивільно-правова відповідальність.

Форфейтинг є формою опосередкованого кредитування, що забезпечується певними цінними паперами (векселем та трапою як його різновидом) [5, с. 137]. Він придатний для фінансового забезпечення більшої кількості торговельних угод експортера. До того ж такий експортер не зобов'язаний заставляти весь свій бізнес чи його значну долю.

Крім того, експортер має змогу в короткі строки впелитися в готовності форфейтера фінансувати певну зовнішньоторговельну угоду. За умови, що гарант влаштовує форфейтера, фінансові умови такого договору можуть бути узгоджені досить оперативно і в короткі строки, а

через сьогоденні комунікаційні засоби, зокрема Інтернет, протягом однієї-декількох годин чи навіть хвилин. Це можливо тоді, коли всі учасники зазначених правовідносин однаково сприймають призначення, сутність та зміст договору форфейтингу.

Не менш важливим є вираження боргу. Зазвичай використовуються такі поширені боргові документи, як прості векселі (трапи). У прийнятій практиці застосування договору форфейтингу за таких умов досягається простота та однозначність кредитної документації, тобто можливість її заповнення (з урахуванням використовуваних банківських проформ у короткій строк).

За прийнятими правилами, договори форфейтингу є конфіденційними. Тобто вони підпадають під поняття «комерційна таємниця» – інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та в сукупності її складників є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якої вона належить, тому має комерційну цінність та була предметом адекватних дійсним обставинам заходів щодо збереження її в секретності, вжитих особою, яка за законом контролює цю інформацію (ч. 1 ст. 505 ЦК України). Саме цим форфейтингове кредитування відрізняється від інших банківських кредитів, після надання яких припустиме опублікування рекламних оголошень. Такі оголошення вигідні банку, бо сприяють залученню позичальників, але можуть шкодити діловій репутації позичальника – опосередковано свідчать про його потребу в кредиті, а значить не досить певнене власне фінансове становище та відсутність обігових коштів.

Експортер може бути надано форфейтером попередній опціон на кредитування за фіксованою ставкою. Отже, форфейтер може внести свої витрати з обслуговування фінансування в контрактну ціну товару, звідки сумарна його ціна має вміщувати витрати на доставку товару на умовах CIF, кредитні витрати, а також витрати на покриття валютних різниць, які він може понести в разі оплати за контрактом у валюті імпортера.

Кожне явище має свою протилежність. Так і договір форфейтингу має свої недоліки. До них варто віднести те, що експортер відповідає за забезпечення дійсності своїх боргових зобов'язань та має отримати гарантії, що до нього не буде застосована регресна вимога в разі дефолту гаранта. Це спонукає його до прийняття застережних засобів та досконалого знання позитивного законодавства країни-імпортера, зокрема стосовно простих векселів чи трат, гарантій і авалів, особливостей обігу та покриття. Крім цього, варто бути добре обізнаним у колізійному праві.

Необхідність забезпечення належного виконання зобов'язання спонукає експортера до пошуку гаранта за імпортера, з чим можуть виникнути складнощі, особливо тоді, коли його репутація у країні не досить гарна, коли він тільки стверджується на її ринку. Форфейтера можуть задовольнити лише такі гарантії, які є зніними, мають пристойні позиції у банківській сфері чи користуються підтримкою впливових фінансових інститутів або уряду. За таких умов складнощі з пошуком гаранта за імпортера суттєво ускладнюють можливість експорту взагалі.

Форфейтер під час взяття на себе всіх ризиків намагається отримати підвищену процентну ставку (порівняно з комерційними кредитами для таких угод). Однак конкуренція між різними формами торгового фінансування та між форфейтерами знижує таку диспропорцію. Експортер також не несе затрат із хеджування (страхового покриття) через необхідність гарантування експортних кредитів, які він би поніс під час страхування, якщо б кредит надавався йому самому.

Переваги та недоліки форфейтингу враховуються експортерами: слід запевнити імпортера у перевагах, які він та його контрагенти можуть набути. До них належать такі: пришвидшення укладення зовнішньоторговельного

контракту; виключення додаткових витрат на укладення кредитних договорів; через обіг виданого векселя на ринку імпортер проводить опосередковану рекламну кампанію, що дозволяє зробити його найменування більш відомим та в майбутньому знизити витрати на фінансування відстрочки платежів за іншими закупками; супроводжувальна юридична документація за такою угодою є доволі простою та розробляється в найкоротші строки; імпортер отримує кредит за фіксованою ставкою; оплата покупок здійснюється практично моментально з відкритих кредитних ліній, а гарантія при цьому покриває зроблені витрати у другу чергу.

До недоліків форфейтування зовнішньоторгових угод імпортером слід віднести те, що на нього покладаються витрати на банківську гарантію чи аваль¹ векселя.

Для забезпечення договору форфейтингу можуть використовуватися акредитивні² зобов'язання та дебіторська заборгованість. Унаслідок того, що такі форми ускладнюють ведення переговорів щодо умов договору форфейтингу, на практиці вони використовуються досить рідко. Тому це суперечить основним вимогам до форфейтингового бізнесу, зокрема швидкості узгодження умов та простоті кредитної документації. Адже тут всі умови угоди мають бути максимально деталізовані, що призводить до юридичних і технічних складнощів.

Для договору форфейтингу, зважаючи на значні суми та види забезпечення виконання зобов'язань, як це передбачено ст. 546 ЦК України, що відображають приватний та державний інтерес щодо забезпечення стабільності грошових відносин та її напрям щодо максимального забезпечення прав та законних інтересів кредиторів. Це забезпечує упевненість форфейтера (як професійного фінансового підприємця) у тому, що зобов'язання перед ним буде виконане, його майнові інтереси не постраждають від порушення зобов'язання його боржником.

Види способів забезпечення виконання зобов'язань спрямовані на стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання через настання в іншому разі негативних наслідків, що слідує із додаткового (акцесорного) забезпечувального зобов'язання. Важливе забезпечення стабільності фінансового ринку та досягнення мети форфейтування, стимулювання вступу форфейтера до такого зобов'язання і стимулювання експорту та грошового обороту. Водночас наразі види та способи забезпечення виконання зобов'язань ототожнюються [6]

Види способів забезпечення виконання зобов'язань установлені ст. 546 ЦК України. Під ними прийнято розуміти спеціальні правові засоби, які гарантують кредиторів виконання основного зобов'язання боржником. Вони є факультативними стосовно договору форфейтингу і є обов'язковими. Загальне правило для нестабільних правових порядків та перехідної економіки, зокрема перерозподілу матеріальних благ, свідчить про необхідність застосування. Допустимість застосування зумовлюється зовнішньоекономічним контрактом та його значною сумою. Вони визначаються домовленістю сторін або встановлюються законодавством.

Види способів забезпечення зобов'язання зумовлюються виникненням самого договору і, як видно з попереднього підрозділу, є етапом укладення договору форфейтингу. Забезпечувальне зобов'язання слідує долі основного, але водночас має своє самостійне значення – породжує право на комісійну винагороду, а неустойка може перерости у цивільно-правову відповідальність.

Обраний сторонами спосіб забезпечення виконання зобов'язання має бути передбачений договором, на забез-

печення якого він спрямований, або додатковим договором. Аналіз чинного законодавства надає можливість всі способи забезпечення виконання зобов'язань поділити на чотири групи: загально цивілістичні (основні) (так, згідно з ч. 1 ст. 546 ЦК України виконання зобов'язань може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, задатком (ч. 1 ст. 546 ЦК України); спеціальні, що встановлені окремими галузями законодавства – господарським (відмова від укладення договору на подальше), морським (затримання корабля); інституційні, що властиві окремим інститутам цивільного права; подвійного призначення. Такі забезпечувальні засоби можуть мати як самостійне значення, так і слугувати забезпеченню іншого зобов'язання. Насамперед ідеться про страхування.

Законом або договором можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання (ч. 2 ст. 546 ЦК України). Це може бути обов'язок страхувати (хеджувати) ризик невиконання зобов'язання. Забезпечувальні властивості мають деякі форми безготівкових розрахунків: акредитивів, інкасо, безакцептне списання, передоплата й ін. Визначені забезпечувальні властивості притаманні деяким видам договорів, зокрема договорам страхування, передання цінних паперів, зокрема векселя.

Під час форфейтування, окрім гарантії, може бути застосовано одночасно декілька способів забезпечення зобов'язання, наприклад, неустойка у формі пені, яка характерна саме для грошових зобов'язань. Грошові зобов'язання можуть забезпечуватися й заставою, зокрема іпотекою.

Найбільше застосовуються договірні способи забезпечення зобов'язань. До них відносять такі, на підставі яких кредитор може для забезпечення виконання зобов'язання звернутися до сторони, що зв'язана з ним договором. Проте гарантія є не суто договірним зобов'язанням, а одностороннім правочином.

Відповідно до забезпечення зобов'язань у законодавстві України, майже все майно позичальника чи третьої сторони може бути його предметом. Проте, як ми вже зазначали, основним забезпеченням виконання зобов'язання під час форфейтування є гарантія, яку всебічно дослідив О.В. Паракуда [7] (і не просто гарантія, а гарантія першокласних банків).

У міжнародній торгівлі експортер одержує від іноземного покупця перевідні або прості векселі, оплата яких має бути проведена в передбачені строки. Банк у країні імпортера або авалує такі обігроздатні документи, або гарантує їх виконання. Оскільки форфейтер купує боргові зобов'язання без права регресу, то він несе всі ризики можливого неплатежу. Якщо боржник не є першокласним позичальником, то форфейтер прагне одержати певне забезпечення (у формі авалу або безумовної гарантії банку). Остання видається гарантом кредиторів в забезпечення своєчасної сплати суми, що належить із боржника. Гарантія, як уже зазначалося, є одним із найбільш поширених до використання способів забезпечення договору форфейтингу, надається у формі відповідного листа, який має містити такі реквізити: ким виданий лист, юридична адреса гаранта, № гарантійного листа, об'єкт гарантії (операція, дата поставки продукції, процентна ставка і т.д.).

Таким чином, окрім зниження ризиків форфейтера, гарантії забезпечують вищу ліквідність дисконтованих паперів на вторинному ринку. Якщо надається банківська гарантія, то її виставляють міжнародні банки, що мають представництва в країні імпортера.

Аваль – це вексельна порука, через яку аваль приймає відповідальність за виконання зобов'язань якої-небудь зобов'язаної за векселем особи. Окрім підпису, аваль має містити напис на векселі «рег авал», а якщо це перевідний вексель, то на ньому має бути вказане також ім'я особи. Порівняно з гарантією, аваль має перевагу, що полягає

¹ Аваль – порука за векселем, зроблене авалістом у вигляді особливого гарантійного запису, який підвищує надійність векселя та сприяє його обігу.

² Грошовий документ за чим одна кредитна установа (банк) доручає другому проводити за рахунок заброньованих для цієї мети коштів оплату матеріальних цінностей та послуг чи виплатити подавачу акредитиву готівкові кошти.

у тому, що він невід'ємний від векселя. Також оформлення авалю значно простіше (ніж гарантійного листа).

Гарантійні оборотні документи враховуються експортером у своєму банку без права регресу вимог. Банк експортера діє як форфейтер. Це витікає з договору форфейтингу після того, як досягнута домовленість між продавцем і його банком про те, що банк буде форфейтером, і між покупцем і його банком про те, що банк авалує векселі або надасть гарантію їх оплати.

Форфейтер зацікавлений в ефективному забезпеченні придбаного ним оборотного документа. Якщо таким забезпеченням є аваль, то таке зобов'язання вважається дійсним і аваліст, як гарант, відповідає так, як і індосант документа. Якщо забезпечення має форму банківської гарантії, то в ній указується, що вона є основною гарантією і гарант займає положення головного боржника.

Договір між експортером і форфейтером містить застереження про застосовне право і юрисдикцію. Якщо забезпеченням є гарантія, аналогічне застереження включається в гарантію, яку банк надає форфейтеру в країні імпортера.

Продавець форфейтингових паперів (незалежно від того, чи відбувається продаж на первинному або вторинному ринку) зобов'язаний оперувати дійсними борговими зобов'язаннями, пов'язаними з реальними операціями. Якщо покупець установить, що придбав вимогу, яка не має сили, він може заявити позов на продавця. Між первинним покупцем (форфейтером) і покупцем на

вторинному ринку є принципова відмінність: форфейтер зобов'язаний перевірити документацію, що підтверджує реальність і законність операції, тоді як вторинний покупець цього не робить.

Є три очевидні причини, через які така перевірка є функцією первинного покупця. По-перше, саме він складає угоду з експортером під час покупки векселів і має нагоду перевірити всі документи, а також правильність оформлення векселів. На вторинному ринку може виявитися чимало потенційних покупців цінних паперів. Якщо вони захочуть перевірити документи, що належать до операції, то це займе багато часу, оскільки документи можуть знаходитися в різних банках, а їх ксерокопіювання і пересилання уповільнять операцію. По-друге, банк, що пропонує векселі на вторинний ринок, найчастіше вважає за краще не афішувати ім'я експортера, поки не буде досягнута домовленість про продаж. Це пояснюється тим, що, дізнавшись, хто є експортером, вторинний покупець може «вийти» на нього без первинного форфейтера. По-третє, важливим є збереження конфіденційності. Виходячи з цього, банк не бажає надавати документи, що належать до операції, всіх потенційних покупців.

Іншим напрямом, де первинний форфейтер несе певні обов'язки, що не розділяються вторинними покупцями, є перевірка чинності авалю і гарантії. Безумовно, покупець на вторинному ринку може послати запит гарантові. Але це призведе до непотрібного і, можливо, багаторазового дублювання такої перевірки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін.; за ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 196 с.
2. Калмыков Ю.Х. К понятию обязательств на оказание услуг в гражданском праве. Избранное: Труды. Статьи. Выступления. Москва: «Статут», 1998. С. 29–34.
3. Каримуллин Р.И. Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; коммерческое право; семейное право; международное частное право». Москва, 2000. 19 с.
4. Зобов'язальне право: теорія і практика: Навч. посібник для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць та ін.; За ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 1998. 912 с.
5. Чапичадзе Я.О. Договор факторинга: дисс. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Харків, 2000. 40 с.
6. Діковська І.А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2014. 464 с.
7. Паракуда О.В. Банківська гарантія у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес, сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2010. 20 с.