

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК

**члена-кореспондента Національної академії правових наук
України, завідувача кафедри цивільного права Національного
університету «Одеська юридична академія», доктора юридичних наук,
професора заслуженого діяча науки і техніки України
Харитонова Євген Олегович**

*(щодо звернення вченого секретаря Науково-консультативної ради
при Верховному Суді доктора юридичних наук, доцента Олега Ткачука
про обговорення питань щодо особливостей розмежування договорів цесії
та факторингу при розгляді цивільних і господарських справ)*

Думка за наведеними питаннями надається за результатами аналізу норм Конституції України, Цивільного кодексу України інших нормативно-правових актів, а також практики застосування законодавства, яке регулює відповідні відносини, а також результатів сучасних наукових досліджень.

Розглянувши надане звернення вченого секретаря Науково-консультативної ради при Верховному Суді доктора юридичних наук, доцента Олега Ткачука про обговорення питань щодо особливостей розмежування договорів цесії та факторингу при розгляді цивільних і господарських справ, виходячи із власних поглядів та сучасного рівня розвитку науки, не заперечуючи та не стверджуючи наведені у зверненні та доданих документах обґрунтування, зазначаємо, що при вирішенні визначеного кола питань варто врахувати наступне.

1.1. Чи може предметом договору про відступлення права вимоги бути як грошове, так і не грошове (передача товарів, робіт, послуг тощо) зобов'язання?

Відповідно до статті 512 Цивільного кодексу України кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок: 1) передання ним своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги); 2)

правонаступництва; 3) виконання обов'язку боржника поручителем або заставадавцем (майновим поручителем); 4) виконання обов'язку боржника третьою особою. Кредитор у зобов'язанні може бути замінений також в інших випадках, встановлених законом. **Кредитор у зобов'язанні не може бути замінений, якщо це встановлено договором або законом.**

Відповідно до статті 515 Цивільного кодексу України заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

Варто зауважити, що зобов'язання поділяються «залежно від того, наскільки їх виконання залежить від персоніфікації суб'єктів. За цим критерієм зобов'язання поділяються на: неперсоніфіковані зобов'язання, тобто ті, в яких для виконання зобов'язання не має значення суб'єкт зобов'язання» та «фідуціарні (особистісні) зобов'язання, тобто ті, в яких саме зобов'язання має бути виконано конкретною особою чи перед конкретною особою, а у випадку відсутності цієї особи вони не переходять у правонаступництво та припиняються»¹. При цьому цесія «в окремих випадках взагалі вважається недопустимою, наприклад у випадку фідуціарних зобов'язань»².

До того «особливістю зобов'язання особистого характеру є необхідність виконання дій, що є його об'єктом, особисто учасником. У таких зобов'язаннях неприпустима заміна однієї зі сторін, і вони припиняються у разі смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, що є їхнім учасником. Так, у правовідносинах, що ґрунтуються на договорі художнього замовлення, виконавцем може бути лише особа, вказана у договорі, від якої вимагається певний рівень навичок, майстерності тощо. Неперсоніфіковані зобов'язання не пов'язані з особою боржника або

¹ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонова, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонова. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.9.

² Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонова, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонова. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.14.

кредитора. Тому в них можлива передача прав і обов'язків у порядку правонаступництва, заміна осіб у зобов'язанні тощо (наприклад, правовідносини купівлі-продажу, як правило, не мають особистісного характеру)»³.

До того відповідно до ч.5 статті 563 Цивільного кодексу України кредитор не може передавати іншій особі право вимоги до гаранта, якщо інше не встановлено гарантією.

Також «із закону випливає неможливість відступлення права на одержання послуг у сфері освіти з видачею диплома чи іншого документа встановленого законодавством зразка, оскільки відповідне зобов'язання має особистий характер»⁴.

До того відповідно до статті 824 Цивільного кодексу України на вимогу наймача та інших осіб, які постійно проживають разом з ним, та за згодою наймодавця наймач у договорі найму житла може бути замінений однією з повнолітніх осіб, яка постійно проживає разом з наймачем. У разі смерті наймача або вибуття його з житла наймачами можуть стати усі інші повнолітні особи, які постійно проживали з колишнім наймачем, або, за погодженням з наймодавцем, одна або кілька із цих осіб. У цьому разі договір найму житла залишається чинним на попередніх умовах. А відповідно до статті 106 Цивільного кодексу України повнолітній член сім'ї наймача вправі за згодою наймача та інших членів сім'ї, які проживають разом з ним, вимагати визнання його наймачем за раніше укладеним договором найму жилого приміщення замість попереднього наймача. Таке ж право у разі смерті наймача або втрати ним права на жиле приміщення належить будь-якому членові сім'ї наймача. У разі відмови наймодавця у визнанні члена сім'ї наймачем за договором найму спір може бути вирішено в судовому порядку. Правила, встановлені частиною першої цієї статті, не

³ Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини: моногр./ Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. – 2-е видання, перероб. і доп. – Одеса: Фенікс. – 456с., С. 248.

⁴ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. – 864с., С.162.

поширюються на жилі приміщення в будинках підприємств, установ, організацій найважливіших галузей економіки України (частина перша статті 114), крім випадків, коли наймач одержав жиле приміщення не у зв'язку з трудовими відносинами або коли наймодавець втратив право на його виселення, а також на приміщення в будинках колгоспів. Отже «право найму житлового приміщення (квартири) в будинках, що є в державній або комунальній власності, також пов'язується з особою наймача»⁵.

Відповідно до статті 380 Кодексу торговельного мореплавства України передача іншим організаціям або особам права на заявлення претензій і позовів не допускається, за винятком випадків передачі такого права відправником одержувачу вантажу і навпаки, а також одержувачем або відправником вантажу - органу, до сфери управління якого вони відносяться, транспортно-експедиторській організації чи страховику. Передача права на заявлення претензії або позову засвідчується переуступним написом на коносаменті, накладній або квитанції.

Згідно до п.133 Статуту залізниць України (затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. № 457) передача іншим організаціям або громадянам права на пред'явлення претензій та позовів не допускається, за винятком випадків передачі такого права вантажовідправником вантажоодержувачу або вантажоодержувачем вантажовідправнику, а також вантажовідправником або вантажоодержувачем вищій організації або уповноваженій особі, яка виступає від їх імені. Передача права на пред'явлення претензій і позовів засвідчується переуступним підписом на документі (накладній, вантажній, багажній квитанції), а для уповноваженої особи - довіреністю, оформленою згідно із законодавством. До претензії або позову додаються документи, які підтверджують вимоги заявника. До претензії або позову щодо втрати, нестачі, псування або пошкодження крім документів, які обґрунтовують їх

⁵ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. - К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. - 864с., С.162.

пред'явлення (подання), додається документ, який засвідчує кількість і вартість відправленого вантажу. Із врахуванням п.п.5 п.1 Постанови КМУ «Про особливості здійснення гуманітарної допомоги, яка перевозиться залізничним транспортом в умовах воєнного стану».

«Є низка спеціальних правил, якими обмежується відступлення права або з яких випливають обмеження на відступлення права в інших випадках»⁶. До того «відступлення права не може вести до зміни змісту зобов'язання. Тому, коли, наприклад, договором поставки передбачена вибірка товарів покупцем, відступлення права є можливим, оскільки зміст зобов'язання не змінюється. Але ж при доставці товарів постачальником відступлення права на отримання товарів змінює місце виконання, а тому воно допускається лише за наявності згоди постачальника (боржника)»⁷.

З огляду на зазначене, правильною відповіддю на питання звернення «Чи може предметом договору про відступлення права вимоги бути як грошове, так і не грошове (передача товарів, робіт, послуг тощо) зобов'язання?» вважаємо: «Ні».

1.2. Відступлення права вимоги за цим договором може бути лише оплатним?

Відповідно до ч.1 статті 626 Цивільного кодексу України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Відповідно до ч.5 статті 626 Цивільного кодексу України договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору.

Згідно до статті 627 Цивільного кодексу України відповідно до статті 6 Цивільного кодексу України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього

⁶ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. - К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. - 864с., С.162.

⁷ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. - К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. - 864с., С.165.

Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. У договорах за участю фізичної особи - споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів.

«Залежно від наявності або відсутності обов'язку сторін надавати зустрічне матеріальне відшкодування правочини поділяють на оплатні і безоплатні»⁸.

При цьому «в ч. 5 ст. 626 ЦК України не зазначено критерію для розмежування оплатних і безоплатних договорів, а лише **закріплюється презумпція оплатності договору**, якщо інше не випливає з договору, закону або суті договору. Зазвичай, сплатним вважається договір, за яким виконання певних дій однією стороною обумовлює сплату певної суми грошей або надання іншого зустрічного задоволення з боку другої сторони договору, а безоплатним є договір без такого зустрічного надання»... «Презумпція оплатності договору, якщо інше не випливає із закону чи самого договору, зумовлена тим, що майнові відносини між суб'єктами цивільного права будуються, як правило, на еквівалентно-оплатних засадах, властивих ринковій економіці. Тому цивільно-правові договори є переважно оплатними (поставка, підряд, комісія тощо). Безоплатними є договори дарування, позички, зберігання речей у гардеробі театру тощо. **Вказівка на оплатність чи безоплатність того чи іншого договору може міститись як у самому договорі, так і в нормі закону.** Так, відповідно до ч. 1 ст. 1002 ЦК України, повірений має право на плату за виконання свого обов'язку за договором доручення, якщо інше не встановлено договором або законом. А користування річчю за договором позички вважається безоплатним, якщо сторони прямо домовлялися про це або якщо це випливає із суті відносин між ними (ч. 1, 2 ст. 827 ЦК України)»⁹.

⁸ Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини: моногр./ Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. – 2-е видання, перероб. і доп. – Одеса: Фенікс. – 456с., С. 148.

⁹ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.112.

Разом з тим «у ст. 627 ЦК України наголошується на свободі сторін в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Проте зміст договірної свободи сторін є значно ширшим. Окрім можливості вибору контрагента і визначення змісту договору, свобода договору включає також :

- а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини;
- б) свобода вибору сторонами форми договору;
- в) право сторін укладати як договори, передбачені законом (поіменовані договори), так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать (непоіменовані);
- г) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати чинність укладеного ними договору;
- д) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань;
- е) можливість установлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо»... Свобода договору включає «вільне визначення сторонами його умов, де фіксуються взаємні права та обов'язки учасників. Зміст договору складають умови (пункти), як ті, що погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові в силу чинного законодавства». ¹⁰.

З огляду на зазначене, правильною відповіддю на питання звернення «Відступлення права вимоги за цим договором може бути лише оплатним?» вважаємо: «Ні».

1.3. Наслідком договору відступлення права вимоги є повна заміна кредитора в зобов'язанні чи лише передається право вимагати виконання вимоги, а всі інші права та обов'язки залишаються за первісним кредитором?

Відповідно до статті 514 Цивільного кодексу України до нового кредитора **переходять права первісного кредитора у зобов'язанні в обсязі і на умовах, що існували на момент переходу цих прав, якщо інше не встановлено договором або законом.**

При цьому «законодавець виявився байдужим до проблем правового становища нового кредитора в частині, що виходить за межі його статусу як

¹⁰ Цивільне право України: Підручник: У 3 кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.104,106.

управненого суб'єкта»...Тому статті 514 «та інших статтях Цивільного кодексу немає відповіді на запитання про те, чи відповідає новий кредитор за прийняття належного виконання, чи поширюється на нього неустойка, встановлена договором між первісним кредитором та боржником за відмову прийняти належне виконання»¹¹. Відповідно до ч.1 статті 516 Цивільного кодексу України заміна кредитора у зобов'язанні здійснюється без згоди боржника, якщо інше не встановлено договором або законом. Відповідно до статті 520 Цивільного кодексу України боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом. Отже «без згоди іншої сторони зобов'язання можна передати тільки права, оскільки боржникові, в принципі, немає різниці, на адресу якого суб'єкта виконувати зобов'язання»¹². При цьому якщо інше не передбачено законом, «передавати обов'язки без згоди іншої сторони зобов'язання було б некоректно, оскільки для суб'єкта важливо, хто ці обов'язки буде виконувати. Отже, **відповідальним перед боржником при відступленні права вимоги залишається первісний кредитор**»¹³.

З огляду на зазначене, правильною відповіддю на питання звернення «Наслідком договору відступлення права вимоги є повна заміна кредитора в зобов'язанні чи лише передається право вимагати виконання вимоги, а всі інші права та обов'язки залишаються за первісним кредитором?» вважаємо: «До нового кредитора переходять права первісного кредитора у зобов'язанні в обсязі і на умовах, що існували на момент переходу цих прав, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому обов'язки при відступленні права вимоги залишаються у первісного кредитора».

¹¹ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. – 864с., С.160.

¹² Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. – 864с., С.160.

¹³ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. – 864с., С.161.

1.4. Чи може право вимоги за договором купівлі-продажу продаватися за ціною нижчою ніж номінальна вартість (розмір самої вимоги)?

Згідно до статті 627 Цивільного кодексу України відповідно до статті 6 Цивільного кодексу України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. У договорах за участю фізичної особи - споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів.

Разом з тим «у ст. 627 ЦК України наголошується на свободі сторін в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Проте зміст договірної свободи сторін є значно ширшим. Окрім можливості вибору контрагента і визначення змісту договору, свобода договору включає також :

- а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини;
- б) свобода вибору сторонами форми договору;
- в) право сторін укладати як договори, передбачені законом (поіменовані договори), так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать (непоіменовані);
- г) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати чинність укладеного ними договору;
- д) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань;
- е) можливість установлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо»... Свобода договору включає «вільне визначення сторонами його умов, де фіксуються взаємні права та обов'язки учасників. Зміст договору складають умови (пункти), як ті, що погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові в силу чинного законодавства».¹⁴.

З огляду на зазначене, правильною відповіддю на питання звернення «Чи може право вимоги за договором купівлі-продажу продаватися за ціною нижчою ніж номінальна вартість (розмір самої вимоги)?» вважаємо: «Так».

¹⁴ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.104,106.

1.5. Чи може право вимоги за кредитним договором, укладеним між фінансовою установою та фізичною або юридичною особою, відступатися на користь нового кредитора – юридичної особи, яка не є фінансовою установою, або фізичної особи?

Відповідно до ч.1 статті 1054 Цивільного кодексу України за кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.

Відповідно до ч.1. статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» *фінансова установа - юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку.* До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, - інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг. Експортно-кредитне агентство, утворене відповідно до Закону України "Про фінансові механізми стимулювання експортної діяльності", є фінансовою установою із спеціальним статусом. Не є фінансовими установами (не мають статусу фінансової установи) незалежні фінансові посередники, що надають послуги з видачі фінансових гарантій у порядку та на умовах, визначених Митним кодексом України. При цьому варто врахувати, що відповідно до п.2 прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» *передбачено визнати таким, що втратив чинність з дня введення в дію цього Закону, Закон України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків*

*фінансових послуг" з врахуванням того, що відповідно до п.1 прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» передбачено, що Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування, та вводиться в дію з 1 січня 2024 року, крім: підпункту 2; абзацу другого підпункту "а" підпункту 3; абзацу другого підпункту "а" підпункту 4; підпункту 6; підпункту "а" підпункту 16; підпункту "а", абзаців першого - четвертого підпункту "б", підпунктів "в", "д", "е", абзаців першого, четвертого і п'ятого підпункту "є", підпунктів "і", "ї" підпункту 27 пункту 3; пунктів 8, 9, 11, 14, 17, 28, 29, підпункту 1 пункту 30 і пункту 33 цього розділу, які набирають чинності та вводяться в дію з дня, наступного за днем опублікування цього Закону; підпункту 8 пункту 3 цього розділу, який вводиться в дію з 1 січня 2022 року; підпункту "в" підпункту 3; абзаців десятого і одинадцятого підпункту "б" підпункту 4; підпункту "б" підпункту 9; підпункту "а" підпункту 28 пункту 3, які вводяться в дію з 1 серпня 2022 року. Відповідно до ч.1. статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» (набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування, та вводиться в дію з 1 січня 2024 року, крім: підпункту 2; абзацу другого підпункту "а" підпункту 3; абзацу другого підпункту "а" підпункту 4; підпункту 6; підпункту "а" підпункту 16; підпункту "а", абзаців першого - четвертого підпункту "б", підпунктів "в", "д", "е", абзаців першого, четвертого і п'ятого підпункту "є", підпунктів "і", "ї" підпункту 27 пункту 3; пунктів 8, 9, 11, 14, 17, 28, 29, підпункту 1 пункту 30 і пункту 33 цього розділу, які набирають чинності та вводяться в дію з дня, наступного за днем опублікування цього Закону; підпункту 8 пункту 3 цього розділу, який вводиться в дію з 1 січня 2022 року; підпункту "в" підпункту 3; абзаців десятого і одинадцятого підпункту "б" підпункту 4; підпункту "б" підпункту 9; підпункту "а" підпункту 28 пункту 3, які вводяться в дію з 1 серпня 2022 року) *фінансова установа - юридична особа, метою створення якої є здійснення діяльності з надання фінансових послуг, яка відповідно до закону**

надає одну чи декілька фінансових послуг на підставі відповідної ліцензії, виданої Регулятором. Не є фінансовими установами надавачі супровідних послуг, які одночасно не надають також фінансові послуги, а також інші особи, які отримали ліцензію на здійснення діяльності з надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи.

Відповідно до статті 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банк - юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги.

Відповідно до ч.1 статті 91 Цивільного кодексу України юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині.

Відповідно до ч.3 статті 91 Цивільного кодексу України юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії).

До того «встановлення законом обмежень змісту спеціальної правоздатності учасників зобов'язань»¹⁵ може перешкоджати заміні сторони зобов'язання. «Так, банк як суб'єкт цивільного права, що наділений спеціальною правоздатністю, не може відступати свої права особі, що не має права надавати кредити під проценти»¹⁶.

З огляду на зазначене, правильною відповіддю на питання звернення «Чи може право вимоги за кредитним договором, укладеним між фінансовою установою та фізичною або юридичною особою, відступатися на користь нового кредитора – юридичної особи, яка не є фінансовою установою, або фізичної особи?» вважаємо: «Право вимоги за кредитним договором може

¹⁵ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. – 864с., С.155.

¹⁶ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.2. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2004. – 864с., С.155.

відступатися на користь нового кредитора - банку або іншої фінансової установи».

2.1. Що в себе включає фінансова послуга (фінансування під відступлення права грошової вимоги), яка є предметом договору факторингу та надається фактором клієнту за плату?

Відповідно до статті 1077 Цивільного кодексу України за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).

Клієнт може відступити факторові свою грошову вимогу до боржника з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Зобов'язання фактора за договором факторингу може передбачати надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає.

Відповідно до статті 1078 Цивільного кодексу України предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, яке виникне в майбутньому (майбутня вимога). Майбутня вимога вважається переданою фактору з дня виникнення права вимоги до боржника. Якщо передання права грошової вимоги обумовлене певною подією, воно вважається переданим з моменту настання цієї події. У цих випадках додаткове оформлення відступлення права грошової вимоги не вимагається.

Відповідно до ч.1. статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» *фінансова послуга - операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, - і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів*, відповідно до ч.5. статті 5 Закону України «Про фінансові послуги

та державне регулювання ринків фінансових послуг» фінансові установи мають право надавати послуги з факторингу з урахуванням вимог Цивільного кодексу України та цього Закону. Фінансова установа, що надає послуги з факторингу, може надавати послуги з пов'язаного з цим ведення обліку грошових вимог, надання поруки за виконання боржником свого обов'язку за грошовими вимогами постачальників товарів (послуг) та пред'явлення до сплати грошових вимог від імені постачальників товарів (послуг) або від свого імені, а також інші послуги, спрямовані на одержання коштів від боржника. При цьому варто врахувати, що відповідно до п.2 прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» передбачено визнати таким, що втратив чинність з дня введення в дію цього Закону, Закон України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" з врахуванням того, що відповідно до п.1 прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» передбачено, що Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування, та вводиться в дію з 1 січня 2024 року, крім: підпункту 2; абзацу другого підпункту "а" підпункту 3; абзацу другого підпункту "а" підпункту 4; підпункту 6; підпункту "а" підпункту 16; підпункту "а", абзаців першого - четвертого підпункту "б", підпунктів "в", "д", "е", абзаців першого, четвертого і п'ятого підпункту "є", підпунктів "і", "ї" підпункту 27 пункту 3; пунктів 8, 9, 11, 14, 17, 28, 29, підпункту 1 пункту 30 і пункту 33 цього розділу, які набирають чинності та вводяться в дію з дня, наступного за днем опублікування цього Закону; підпункту 8 пункту 3 цього розділу, який вводиться в дію з 1 січня 2022 року; підпункту "в" підпункту 3; абзаців десятого і одинадцятого підпункту "б" підпункту 4; підпункту "б" підпункту 9; підпункту "а" підпункту 28 пункту 3, які вводяться в дію з 1 серпня 2022 року. Відповідно до ч.1. статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» (набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування, та вводиться в дію з 1 січня

2024 року, крім: підпункту 2; абзацу другого підпункту "а" підпункту 3; абзацу другого підпункту "а" підпункту 4; підпункту 6; підпункту "а" підпункту 16; підпункту "а", абзаців першого - четвертого підпункту "б", підпунктів "в", "д", "е", абзаців першого, четвертого і п'ятого підпункту "є", підпунктів "і", "ї" підпункту 27 пункту 3; пунктів 8, 9, 11, 14, 17, 28, 29, підпункту 1 пункту 30 і пункту 33 цього розділу, які набирають чинності та вводяться в дію з дня, наступного за днем опублікування цього Закону; підпункту 8 пункту 3 цього розділу, який вводиться в дію з 1 січня 2022 року; підпункту "в" підпункту 3; абзаців десятого і одинадцятого підпункту "б" підпункту 4; підпункту "б" підпункту 9; підпункту "а" підпункту 28 пункту 3, які вводяться в дію з 1 серпня 2022 року) *фінансова послуга - операція або декілька операцій, пов'язаних однією правовою метою, з фінансовими засобами, що здійснюються в інтересах інших осіб, ніж надавач такої фінансової послуги, а також послуги, прямо визначені спеціальними законами як фінансові послуги.*

При цьому «на відміну від цесії, за допомогою якої іншій особі може бути передане будь-яке право (вимога) кредитора, предметом фінансування під відступлення права грошової вимоги, може бути тільки грошова вимога, тобто вимога про передання грошей в оплату поставлених товарів, виконаних робіт, наданих послуг. Наприклад, будівельна організація не може передати банку в обмін на наданий кредит вимогу до торгової фірми про поставку будівельних матеріалів, необхідних для будівництва. Грошова вимога, що є предметом договору факторингу, повинна бути визначена в договорі таким чином, щоб його можна було відрізнити від аналогічних вимог, що не є предметом фінансування під відступлення права грошової вимоги. Вимоги можуть бути ідентифіковані в договорі факторингу з посиланням на визначені, наприклад у договорі поставки, зобов'язання по розрахунках за товар. Якщо з договору встановити конкретні відступлені вимоги неможливо, може бути зроблений висновок про те, що сторони не визначили предмет

договору факторингу і останній не може вважатися укладеним. За цієї умови відступлення вимоги може бути поширено на всі права клієнта»¹⁷.

Також «встановлення Цивільним кодексом положень щодо факторингу не виключає укладення договорів про відступлення грошової вимоги відповідно до загальних правил ст. 512-518 ЦК, якщо при цьому не встановлюється умова про оплату послуги (зустрічне надання особою, на користь якої здійснюється відступлення грошової вимоги, грошової суми, товарів, послуг, виконання робіт на суму, еквівалентну сумі відступлення грошової вимоги, при цьому не може вважатися оплатою)»¹⁸.

З огляду на зазначене, правильною відповіддю на питання звернення «Що в себе включає фінансова послуга (фінансування під відступлення права грошової вимоги), яка є предметом договору факторингу та надається фактором клієнту за плату?» вважаємо: «Предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, яке виникне в майбутньому (майбутня вимога). За договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника)».

2.2. Яким чином клієнт оплачує надану фактором фінансову послугу: надає певну узгоджену сторонами грошову суму, передає майно, надає зустрічну послугу тощо?

Відповідно до статті 1077 Цивільного кодексу України за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в

¹⁷ Цивільне право України: Підручник: У 3 кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.575.

¹⁸ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.3. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2005. – 928 с., С.586.

розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).

Клієнт може відступити факторові свою грошову вимогу до боржника з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Зобов'язання фактора за договором факторингу може передбачати надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає.

Відповідно до статті 1078 Цивільного кодексу України предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, яке виникне в майбутньому (майбутня вимога). Майбутня вимога вважається переданою фактору з дня виникнення права вимоги до боржника. Якщо передання права грошової вимоги обумовлене певною подією, воно вважається переданим з моменту настання цієї події. У цих випадках додаткове оформлення відступлення права грошової вимоги не вимагається.

При цьому «головна мета факторингового обслуговування — інкасування дебіторських боргів своїх клієнтів і одержання належних їм платежів». Банк (фактор) має можливість виплачувати авансовий платіж в день передання йому документів по поставці. При цьому «відсоток фінансування залежить від платіжної дисципліни боржника. Решта суми перераховується клієнту після одержання платежу від боржника, за винятком комісійної винагороди фактора, що, як правило, складається з плати за обслуговування і плати за фінансування»¹⁹.

Згідно до статті 627 Цивільного кодексу України відповідно до статті 6 Цивільного кодексу України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту,

¹⁹ Цивільне право України: Підручник: У 3 кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.574.

вимог розумності та справедливості. У договорах за участю фізичної особи - споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів.

«Залежно від наявності або відсутності обов'язку сторін надавати зустрічне матеріальне відшкодування правочини поділяють на оплатні і безоплатні»²⁰.

При цьому «в ч. 5 ст. 626 ЦК України не зазначено критерію для розмежування оплатних і безоплатних договорів, а лише закріплюється презумпція оплатності договору, якщо інше не випливає з договору, закону або суті договору. Зазвичай, сплатним вважається договір, за яким виконання певних дій однією стороною обумовлює сплату певної суми грошей або надання іншого зустрічного задоволення з боку другої сторони договору, а безоплатним є договір без такого зустрічного надання»... «Презумпція оплатності договору, якщо інше не випливає із закону чи самого договору, зумовлена тим, що майнові відносини між суб'єктами цивільного права будуються, як правило, на еквівалентно-оплатних засадах, властивих ринковій економіці. Тому цивільно-правові договори є переважно оплатними (поставка, підряд, комісія тощо). Безоплатними є договори дарування, позички, зберігання речей у гардеробі театру тощо. Вказівка на оплатність чи безоплатність того чи іншого договору може міститись як у самому договорі, так і в нормі закону. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1002 ЦК України, повірений має право на плату за виконання свого обов'язку за договором доручення, якщо інше не встановлено договором або законом. А користування річчю за договором позички вважається безоплатним, якщо сторони прямо домовлялися про це або якщо це випливає із суті відносин між ними (ч. 1, 2 ст. 827 ЦК України)»²¹.

Разом з тим «у ст. 627 ЦК України наголошується на свободі сторін в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Проте

²⁰ Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини: моногр./ Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова. – 2-е видання, перероб. і доп. – Одеса: Фенікс. – 456с., С. 148.

²¹ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонова, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонова. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.112.

зміст договірної свободи сторін є значно ширшим. Окрім можливості вибору контрагента і визначення змісту договору, свобода договору включає також :

- а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини;
- б) свобода вибору сторонами форми договору;
- в) право сторін укладати як договори, передбачені законом (поіменовані договори), так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать (непоіменовані);
- г) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати чинність укладеного ними договору;
- д) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань;
- е) можливість установлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо»... Свобода договору включає «вільне визначення сторонами його умов, де фіксуються взаємні права та обов'язки учасників. Зміст договору складають умови (пункти), як ті, що погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові в силу чинного законодавства».²²

З огляду на наведене вище правильною відповіддю на питання звернення «Яким чином клієнт оплачує надану фактором фінансову послугу: надає певну узгоджену сторонами грошову суму, передає майно, надає зустрічну послугу тощо?» вважаємо: «За договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, яке виникне в майбутньому (майбутня вимога). При цьому «встановлення Цивільним кодексом положень щодо факторингу не виключає укладення договорів про відступлення грошової вимоги відповідно до загальних правил ст. 512-518

²² Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.104,106.

ЦК, якщо при цьому не встановлюється умова про оплату послуги (зустрічне надання особою, на користь якої здійснюється відступлення грошової вимоги, грошової суми, товарів, послуг, виконання робіт на суму, еквівалентну сумі відступлення грошової вимоги, при цьому не може вважатись оплатою)»²³».

2.3. Чи може бути право вимоги, що відступається за договором факторингу, платою за надану послугу?

З огляду на відповіді на наведені вище питання звернення, правильною відповіддю на питання звернення «Чи може бути право вимоги, що відступається за договором факторингу, платою за надану послугу?» вважаємо: «Встановлення Цивільним кодексом положень щодо факторингу не виключає укладення договорів про відступлення грошової вимоги відповідно до загальних правил ст. 512-518 ЦК, якщо при цьому не встановлюється умова про оплату послуги (зустрічне надання особою, на користь якої здійснюється відступлення грошової вимоги, грошової суми, товарів, послуг, виконання робіт на суму, еквівалентну сумі відступлення грошової вимоги, при цьому не може вважатись оплатою)»²⁴.

2.4. Якщо розмір (номінальна вартість) права вимоги, що відступається клієнтом фактору, є більшим ніж сума грошових коштів, що надається фактором клієнту, то чи є така різниця платою за надання фінансової послуги?

«Залежно від наявності або відсутності обов'язку сторін надавати зустрічне матеріальне відшкодування правочини поділяють на оплатні і безоплатні»²⁵.

При цьому «в ч. 5 ст. 626 ЦК України не зазначено критерію для розмежування оплатних і безоплатних договорів, а лише закріплюється

²³ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.З. - К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2005. - 928 с., С.586.

²⁴ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.З. - К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2005. - 928 с., С.586.

²⁵ Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини: моногр./ Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. - 2-е видання, перероб. і доп. - Одеса: Фенікс. - 456с., С. 148.

презумпція оплатності договору, якщо інше не впливає з договору, закону або суті договору. Зазвичай, сплатним вважається договір, за яким виконання певних дій однією стороною обумовлює сплату певної суми грошей або надання іншого зустрічного задоволення з боку другої сторони договору, а безоплатним є договір без такого зустрічного надання»... «Презумпція оплатності договору, якщо інше не впливає із закону чи самого договору, зумовлена тим, що майнові відносини між суб'єктами цивільного права будуються, як правило, на еквівалентно-оплатних засадах, властивих ринковій економіці. Тому цивільно-правові договори є переважно оплатними (поставка, підряд, комісія тощо). Безоплатними є договори дарування, позички, зберігання речей у гардеробі театру тощо. Вказівка на оплатність чи безоплатність того чи іншого договору може міститись як у самому договорі, так і в нормі закону. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1002 ЦК України, повірений має право на плату за виконання свого обов'язку за договором доручення, якщо інше не встановлено договором або законом. А користування річчю за договором позички вважається безоплатним, якщо сторони прямо домовлялися про це або якщо це впливає із суті відносин між ними (ч. 1, 2 ст. 827 ЦК України)»²⁶.

Разом з тим «у ст. 627 ЦК України наголошується на свободі сторін в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Проте зміст договірної свободи сторін є значно ширшим. Окрім можливості вибору контрагента і визначення змісту договору, свобода договору включає також : а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свобода вибору сторонами форми договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом (поіменовані договори), так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать (непоіменовані); г) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати чинність укладеного ними договору; д) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань;

²⁶ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.112.

е) можливість установлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо»... Свобода договору включає «вільне визначення сторонами його умов, де фіксуються взаємні права та обов'язки учасників. Зміст договору складають умови (пункти), як ті, що погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові в силу чинного законодавства».²⁷

З огляду на відповіді на наведені вище питання звернення, правильною відповіддю на питання звернення «Якщо розмір (номінальна вартість) права вимоги, що відступається клієнтом фактору, є більшим ніж сума грошових коштів, що надається фактором клієнту, то чи є така різниця платою за надання фінансової послуги?» вважаємо: «Розмір винагороди фактора може встановлюватись по-різному — наприклад, у твердій сумі; у формі відсотків від вартості вимоги, що відступається; у вигляді різниці між номінальною вартістю вимоги, зазначеної у договорі, та її ринковою (дійсною) вартістю».

2.5. Чи передбачає договір факторингу обов'язок клієнта повернути фактору отримані як фінансування за договором факторингу грошові кошти?

З огляду на відповіді на наведені вище питання звернення, правильною відповіддю на питання звернення «Чи передбачає договір факторингу обов'язок клієнта повернути фактору отримані як фінансування за договором факторингу грошові кошти?» вважаємо: «Якщо відповідно до умов договору факторингу фінансування клієнта здійснюється шляхом купівлі у нього фактором права грошової вимоги, фактор набуває права на всі суми, які він одержить від боржника на виконання вимоги, а клієнт не відповідає перед фактором, якщо одержані ним суми є меншими від суми, сплаченої фактором клієнтові. Якщо відступлення права грошової вимоги факторові здійснюється з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором, фактор зобов'язаний надати клієнтові звіт і передати суму, що перевищує суму боргу клієнта, який забезпечений відступленням права грошової

²⁷ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.104,106.

вимоги, якщо інше не встановлено договором факторингу. Якщо сума, одержана фактором від боржника, виявилася меншою від суми боргу клієнта перед фактором, який забезпечений відступленням права вимоги, клієнт зобов'язаний сплатити факторові залишок боргу».

2.6. Яка правова характеристика договору факторингу: чи є він реальним або консенсуальним, у який момент настає виконання договору факторингу (момент закінчення дії договору)?

Відповідно до статті 1077 Цивільного кодексу України за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).

Клієнт може відступити факторові свою грошову вимогу до боржника з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Зобов'язання фактора за договором факторингу може передбачати надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає.

«Договір факторингу є самостійним, консенсуальним, двостороннім, оплатним цивільним правочином із надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника»²⁸. При цьому «договір факторингу може укладатись як реальний або консенсуальний. Якщо предметом договору факторингу є право грошової вимоги, строк якої настав (наявна вимога), договір факторингу може бути укладений і як реальний, і як консенсуальний. При укладенні реального договору факторингу право грошової вимоги переходить від клієнта до фактора в момент укладення договору. При укладенні консенсуального договору факторингу, предметом якого є наявна грошова вимога, передбачається складання сторонами в

²⁸ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.578.

обумовлений в договорі строк акта передання-приймання права грошової вимоги. Якщо предметом договору факторингу є майбутня вимога, можливе укладення тільки консенсуального договору. Але при виникненні права вимоги (перетворення майбутньої вимоги в наявну) право грошової вимоги за таким договором переходить без підписання сторонами іншого (крім договору) документа. За консенсуальним договором факторингу перехід права грошової вимоги від клієнта до фактора може здійснюватись з настанням певної події»²⁹.

З огляду на зазначене та на відповіді на наведені вище питання звернення, правильною відповіддю на питання звернення «Яка правова характеристика договору факторингу: чи є він реальним або консенсуальним, у який момент настає виконання договору факторингу (момент закінчення дії договору)?» вважаємо: «Договір факторингу може укладатись як реальний або консенсуальний. Якщо предметом договору факторингу є право грошової вимоги, строк якої настав (наявна вимога), договір факторингу може бути укладений і як реальний, і як консенсуальний. При укладенні реального договору факторингу право грошової вимоги переходить від клієнта до фактора в момент укладення договору. При укладенні консенсуального договору факторингу, предметом якого є наявна грошова вимога, передбачається складання сторонами в обумовлений в договорі строк акта передання-приймання права грошової вимоги. Якщо предметом договору факторингу є майбутня вимога, можливе укладення тільки консенсуального договору. Але при виникненні права вимоги (перетворення майбутньої вимоги в наявну) право грошової вимоги за таким договором переходить без підписання сторонами іншого (крім договору) документа. За консенсуальним договором факторингу перехід права грошової вимоги від клієнта до фактора може здійснюватись з настанням певної події»³⁰.

²⁹ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.З. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2005. – 928 с., С.587.

³⁰ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.З. – К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2005. – 928 с., С.587.

2.7. Чи є договір факторингу змішаним, тобто таким, що містить елементи різних договорів?

З огляду на зазначене та на відповіді на наведені вище питання звернення, правильною відповіддю на питання звернення «Чи є договір факторингу змішаним, тобто таким, що містить елементи різних договорів?» вважаємо: ««Факторингові відносини можуть виникати з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором, а зобов'язання фактора за договором факторингу, як правило, передбачають надання клієнтові послуг, пов'язаних із грошовою вимогою, право якої він відступає. Складна конструкція факторингу, може поєднувати в собі елементи договорів позики, кредиту, депозиту, договору оплатного надання фінансових послуг та інші». Договір факторингу є «самостійним» цивільним правочином «із надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника»³¹».

2.8. Чи є однією з визначальних ознак договору факторингу, що відрізняє його від договору відступлення права вимоги, передача клієнтом фактору права вимоги під фінансування, розмір якого менше ніж розмір (номінальна вартість) самої грошової вимоги?

З огляду на зазначене та на відповіді на наведені вище питання звернення, правильною відповіддю на питання звернення «Чи є однією з визначальних ознак договору факторингу, що відрізняє його від договору відступлення права вимоги, передача клієнтом фактору права вимоги під фінансування, розмір якого менше ніж розмір (номінальна вартість) самої грошової вимоги?» вважаємо: ««Встановлення Цивільним кодексом положень щодо факторингу не виключає укладення договорів про відступлення грошової вимоги відповідно до загальних правил ст. 512-518 ЦК, якщо при цьому не встановлюється умова про оплату послуги (зустрічне надання особою, на користь якої здійснюється відступлення грошової

³¹ Цивільне право України: Підручник: У 3 кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонova, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832с., С.578.

вимоги, грошової суми, товарів, послуг, виконання робіт на суму, еквівалентну сумі відступлення грошової вимоги, при цьому не може вважатись оплатою)»³² Договір факторингу є «самостійним» цивільним правочином «із надання фактором комплексних послуг із фінансування клієнта грошовими коштами під зобов'язання відступлення його права грошової вимоги до боржника»³³ Разом з цим «на відміну від цесії, за допомогою якої іншій особі може бути передане будь-яке право (вимога) кредитора, предметом фінансування під відступлення права грошової вимоги, може бути тільки грошова вимога, тобто вимога про передання грошей в оплату поставлених товарів, виконаних робіт, наданих послуг. Наприклад, будівельна організація не може передати банку в обмін на наданий кредит вимогу до торгової фірми про поставку будівельних матеріалів, необхідних для будівництва. Грошова вимога, що є предметом договору факторингу, повинна бути визначена в договорі таким чином, щоб його можна було відрізнити від аналогічних вимог, що не є предметом фінансування під відступлення права грошової вимоги. Вимоги можуть бути ідентифіковані в договорі факторингу з посиланням на визначені, наприклад у договорі поставки, зобов'язання по розрахунках за товар. Якщо з договору встановити конкретні відступлені вимоги неможливо, може бути зроблений висновок про те, що сторони не визначили предмет договору факторингу і останній не може вважатися укладеним. За цесією відступлення вимоги може бути поширено на всі права клієнта»³⁴».

Зазначене може вважатися концептуальним підґрунтям для вирішення поставлених у зверненні питань.

³² Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г.Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, - Т.З. - К.: А.С.К.: Севастополь: Інститут юрид. дослідж., 2005. - 928 с., С.586.

³³ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонова, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонова. - Одеса: Юридична література, 2006. - 832с., С.578.

³⁴ Цивільне право України: Підручник: У з кн. Кн. 3/ Є.О. Харитонов, О.І.Харитонова, І.А. Безклубий та ін./ за заг. ред. проф. Є.О. Харитонова. - Одеса: Юридична література, 2006. - 832с., С.575.