

10. Постанова Вищого господарського суду України від 1.06.2011 р. Справа № 54/246-10. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16461189>.

11. Постанова Вищого господарського суду України від 21.11.2008 р. Справа № 29/389-07. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2419002>.

12. Лисенков С.Л., Колодій А.М., Тихомиров О.Д., Ковальський В.С. Теорія держави і права: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2005. 448 с.

13. Малишев Б.В., Москалюк О.В. Застосування норм права (теорія і практика): навчальний посібник. К.: Реферат, 2010. 260 с.

14. Ротань В.Г. Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навчальний посібник з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посаду суддів, що проходять спеціальну підготовку / В.Г. Ротань, І.Л. Самсін, А.Г. Ярма та ін.; за заг. ред. В.Г. Ротаня. Х.: Право, 2013. 752 с.

УДК 347.45

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ УМОВНОГО ДЕПОНУВАННЯ (ЕСКРОУ)

THE LEGAL NATURE OF THE ESCROW AGREEMENT

Згама А.О.,

к.ю.н., доцент,

доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу

Міжнародний гуманітарний університет

Стаття присвячена дослідженню поняття, правової природи й місця договору умовного депонування (ескроу) в системі договорів. Особлива увага приділена аналізу договору рахунку умовного зберігання, котрий отримав нормативно-правове закріплення у вітчизняному цивільному законодавстві. Крім того, вказується на відмінності договору ескроу від договору банківського рахунку.

Ключові слова: договір умовного депонування (ескроу), договір рахунку умовного зберігання, зобов'язання ескроу, депонент, ескроу-агент, бенефіціар.

Статья посвящена исследованию понятия, правовой природы и места договора эскроу в системе договоров. Основное внимание уделено анализу договора счета эскроу, который уже получил нормативно-правовое регулирование в отечественном гражданском законодательстве. Указывается на отличия договора счета эскроу от договора банковского счета.

Ключевые слова: договор условного депонирования (эскроу), договор счета условного хранения, обязательства эскроу, депонент, эскроу-агент, бенефициар.

The article is devoted to the study of the concept, the legal nature and place of the escrow agreement in the law system. The provides a detailed analysis of the views of other researchers, as well as their own proposals for the correct application of the legal nature of the escrow. The article indicated that the escrow agreement belongs to mixed and complex contracts. Central attention is paid to the analysis of the contract in escrow, which has already received legal regulation in domestic civil law. The author defines the concept, features and main differences of the contract escrow account from other Bank accounts. The present article is concerned with the analysis of possible courses of changing the existing legislation with a view to eliminating the existing legal barriers when using escrow accounts.

Key words: escrow agreement, escrow account, obligation escrow, depositor, escrow agent, beneficiary.

Договір умовного депонування (ескроу) є однією з нових договірних конструкцій вітчизняного законодавства, що знайшла втілення в доповненні гл. 72 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) параграфом 2 під назвою «Рахунок умовного зберігання (ескроу)» [1].

Світовій спільноті договір ескроу відомий ще з 30-х рр. XX ст. Використання умовного депонування коштів на рахунок типу ескроу передбачається в якості можливого механізму платежу в Керівництві з правових аспектів нових форм промислового співробітництва (Міжнародні договори про закупівлі) і в Керівництві зі складання міжнародних договорів про зустрічну торгівлю, які були розроблені Європейською Економічною комісією ООН в 1990 р. Умовне депонування активно застосовується в США, Великій Британії, Німеччині, Данії, Голландії тощо.

У світлі внесених змін до ЦК України зазначимо, що правове регулювання відносин, які виникають із цього договору, містить суперечності порівняно з традиційним його розумінням, що має місце в низці країн світу. Нині серед науковців відсутня узгодженість стосовно правової природи договору умовного депонування (ескроу), його предмета й об'єкта, кваліфікації сторін тощо. Крім того, в Україні практика застосування договору умовного депонування (ескроу) наразі не сформована, незважаючи на нещодавнє законодавче закріплення відносин ескроу. Тому вагомими є теоретичні напрацювання вчених у цю-

му питанні та практика використання договору ескроу в зарубіжних країнах.

Теоретичною основою досліджень договору умовного депонування (ескроу) є праці В. Батіна, М. Башкатова, О. Блінкової, Л. Василевської, В. Калмикова, М. Карпичова, Ю. Конєвінової, О. Мельника, Н. Новікової, І. Степанян та ін. Проте правова природа договору умовного депонування (ескроу) не була предметом окремої уваги вітчизняних дослідників.

Метою статті є дослідження правової природи договору умовного депонування (ескроу) у контексті аналізу доктринальних і законодавчих положень, а також правової характеристики договору ескроу, закріпленої в чинному законодавстві.

Відповідно до ч. 1 ст. 1076-1 ЦК України за договором рахунку умовного зберігання (ескроу) банк зобов'язується приймати та зарховувати на рахунок умовного зберігання (ескроу), відкритий клієнтові (володільцю рахунку), грошові кошти, отримані від володільця рахунку та/або від третіх осіб, і перераховувати такі кошти особі (особам), указаній володільцем рахунку (бенефіціару або бенефіціарам), або повернути такі кошти володільцю рахунку після настання підстав, передбачених договором рахунку умовного зберігання (ескроу).

Буквальне тлумачення ч. 1 ст. 1076-1 ЦК України вказує на те, що законодавець фактично уніфікував поняття договору рахунку умовного зберігання (ескроу) і договору

банківського рахунку. Такий підхід здавався б логічним з огляду на загальну назву глави 72 ЦК України «Банківський рахунок». У зв'язку із цим виникає важливе запитання: чи дійсно договір рахунку умовного зберігання, запропонований законодавцем, відповідає правовій природі договору ескроу та світовим напрацюванням у цьому напрямі? Запропонована законодавцем дефініція договору рахунку умовного зберігання не дозволяє чітко визначити поняття цього договору та його місце в системі правових договорів.

Термін «ескроу» походить від англійського слова «escrow» – «гроші, майно або документ, що знаходяться на збереженні в третій особі до виконання певної умови»; за іншою версією, це термін старофранцузького походження («escroie» як «сувій, перелік, список»).

У міжнародній практиці ескроу називають депонуванням однією особою грошових коштів або інших активів у третій особі для виплати чи передачі певній особі після виконання певних умов. При цьому депонований актив розуміється як документи, цінні папери, грошові кошти чи інші активи, що знаходяться в третій особі до виконання певних умов. В основі ескроу лежить будь-яке зобов'язання, відповідно до якого одна особа з метою здійснення продажу, обтяження чи передачі в оренду будь-якого майна іншій особі надає третій особі на зберігання до моменту настання певної події та/або виконання певної умови документи, грошові кошти, свідоцтво про право власності або майно, інші речі. Після настання відповідної події та/або виконання певної умови така третя особа надає зазначені грошові кошти, документи, свідоцтво про право власності чи майно особі, указаний у відповідних юридично зобов'язуючих документах. Таке зобов'язання має бути оформлене окремим договором про ескроу або положення про ескроу можуть бути включені до інших юридично зобов'язуючих документів за відповідною угодою (наприклад, договори купівлі-продажу акцій, опціонні договори тощо).

Питання правової природи договору умовного депонування (ескроу) є доволі суперечливим. На перший погляд, ескроу нагадує агентський договір, на чому й акцентується увага в юридичній літературі. Зокрема, Л. Василевська зазначає, що практично в усіх відомих правопорядках рахунок ескроу розглядається як договір *sui generis* (непоіменований договір) або як договір, котрий юридично закріплює агентування комісійного типу [2, с. 38].

У Німеччині договір рахунку ескроу належить до непоіменованих договорів, що передбачають різні варіанти взаємовідносин сторін із відповідними елементами правової конструкції зберігання [3, с. 24–64]. Це пов'язано з широким колом суб'єктів, що можуть виступати в якості ескроу-агента (банк, адвокат, нотаріус), і визначенням предмета цього договору (грошові кошти, документи на майно).

В англосаксонській правовій системі ескроу розглядається безпосередньо як спосіб забезпечення виконання зобов'язання. Ескроу – це зобов'язання, відповідно до якого грошові кошти передаються боржником (депонентом) третій особі (ескроу-агенту), функцією якої є забезпечення виконання зобов'язань боржника перед кредитором [4, с. 4].

Дійсно, правова природа договору ескроу схожа з агентським договором. Проте за договором умовного депонування ескроу-агент є агентом обох сторін, що нехарактерно для агентських відносин, адже в агентському договорі відносини «агент – принципал» і «агент – треті особи» розділені між собою. Тому розглядати ескроу як звичайний агентський договір ми не можемо.

Договір умовного депонування (хоча законодавець назвав його договором рахунку умовного зберігання (курсив наш – А. З.)) не вписується в розуміння класичного договору зберігання. Специфічними рисами договору ескроу,

що відрізняють останній від договору зберігання, є такі: 1) до перерахування бенефіціару або повернення володільцю кошти на рахунок умовного зберігання (ескроу) блокуються, і ні володільць такого рахунку, ні бенефіціар не мають права розпоряджатися ними (якщо інше не передбачено договором рахунку умовного зберігання (ескроу)); 2) звернення стягнення та/або накладення арешту на грошові кошти, що знаходяться на рахунок умовного зберігання (ескроу), не допускається. Такі кошти не включаються до складу ліквідаційної маси володільця рахунку в разі його банкрутства; 3) розірвання договору рахунку умовного зберігання (ескроу) можливе виключно за умови отримання письмової згоди бенефіціара.

Стосовно ескроу як способу забезпечення виконання зобов'язання варто відмітити таке. Б. Гонгало визначає способи забезпечення зобов'язань як «...правовые средства, обеспечивающие соответствие поведения участников правам и обязанностям в процессе развития любого (не только обязательственного) правоотношения, либо иные средства, в той или иной мере гарантирующие права одного из участников правовой связи» [5, с. 30]. Крім того, автор звертає увагу на те, що способи забезпечення зобов'язань належать до забезпечувальних заходів (забезпечувальні заходи – це рід, а способи забезпечення – вид). При цьому наголошується, що «к способам обеспечения обязательств нельзя отнести меры: а) не создающие акцессорного обязательства; б) направленные на стимулирование должника к надлежащему исполнению обязанностей путем установления особого порядка их исполнения» [5, с. 30, 40].

Із цього приводу Л. Василевська правильно зазначає, що договір ескроу не створює акцесорного зобов'язання з огляду на його суб'єктний склад. «Если бы договор счета эскроу порождал акцессорное обязательство, то субъектный состав был бы иным: договор заключался бы между кредитором (бенефициаром) и банком (эскроу-агентом)» [2, с. 44], адже у правовідносинах ескроу, крім бенефіціара й ескроу-агента, ще обов'язково бере участь депонент (володільць рахунку), причому останній вважається боржником за основним зобов'язанням.

Стосовно другої характерної ознаки способів забезпечення зобов'язань, на яку вказував Б. Гонгало, зазначимо, що вона теж не притаманна договору умовного депонування (ескроу). Оскільки депонент (він же володільць рахунку, боржник), по суті, уже виконав своє зобов'язання, передавши грошові кошти на рахунок ескроу-агента, то говорити про стимулювання його до належного виконання зобов'язання шляхом установлення якогось особливого порядку недоречно.

З огляду на викладене вище, договір умовного депонування (ескроу) варто розглядати в контексті забезпечувальних заходів, а не способів забезпечення виконання зобов'язань.

Незрозуміло, чим керувався законодавець, закріпивши в ч. 2 ст. 1076-7 ЦК України таку норму: «Якщо бенефіціар не є стороною договору рахунку умовного зберігання (ескроу)...». Таке формулювання зводить договір ескроу до договору на користь третіх осіб. У разі відсутності бенефіціара як сторони договору ескроу така договір-на конструкція не відповідає правовій природі договору умовного депонування (ескроу). Положення ч. 2 ст. 1076-7 ЦК України в частині можливості бенефіціара не бути стороною договору ескроу суперечать ч. 1 ст. 1076-1 ЦК України, у якій визначається щонайменше три сторони договору ескроу, адже участь бенефіціара як сторони договору ескроу створює для нього певні гарантії шляхом визначення суми, що зберігається на рахунок ескроу, умови отримання ним коштів із цього рахунку, обов'язків депонента (боржника) тощо.

Таким чином, договір умовного депонування (ескроу) інтегрує елементи різних договорів, насамперед

агентського договору та договору зберігання, що дозволяє зробити висновок про його приналежність до змішаних договорів. При цьому такий договір слід вважати також комплексним з огляду на паралельне застосування ескроу як у приватноправовій сфері, так і у сфері господарювання зі своїми особливими потребами й вимогами.

З огляду на назву параграфа 2 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)» глави 72 ЦК України та безпосередньо ст. 1076-1 «Договір рахунку умовного зберігання (ескроу)» виникає запитання, чи можна вважати договір рахунку умовного зберігання договором умовного депонування (ескроу), що відомий світовій практиці. Так, В. Рудаковська розмежує ці договори [6, с. 395]. Л. Василевська розглядає договір рахунку ескроу як договір умовного депонування [2, с. 41].

Зазначимо, що такі розбіжності насамперед пов'язані з термінологічними особливостями його закріплення в законодавстві різних країн. Зокрема, у США такі договори називають «escrow account» або «deed of agreement» («ескроу рахунки»), у Німеччині вони називаються довірчими рахунками («treuhandkonten»); у Данії – клієнтськими рахунками («klient-konto»), у Голландії – номінальними рахунками («nominale account»), у Російській Федерації – договір рахунку ескроу.

Вважаємо, що найбільш прийнятним і таким, що враховує сутність ескроу як правової категорії, є саме договір умовного депонування (ескроу), адже правова регламентація ескроу як договору рахунку умовного зберігання (те, що запропонував нам законодавець – А. З.) звукує сферу застосування цього інституту: ескроу-агентом може виступати лише банк, об'єктом договору можуть бути лише грошові кошти, бенефіціар може не бути стороною договору ескроу (що взагалі суперечить сутності цих відносин).

З огляду на викладене вище, договір умовного депонування (ескроу) є тристороннім договором між депонентом (боржник за основним зобов'язанням), бенефіціаром (отримувач грошових коштів із рахунку ескроу, кредитор за основним зобов'язанням) і ескроу-агентом, за яким депонент зобов'язується передати на депонування ескроу-агенту депонований актив для виконання зобов'язання депонента з приводу його передачі іншій особі, на користь якої здійснюється депонування (бенефіціару), а ескроу-агент зобов'язується забезпечити збереженість цього активу й передати його бенефіціару за умови виникнення вказаних у договорі підстав.

Відповідно до норм чинного законодавства (параграф 2 глави 72 ЦК України) за договором рахунку умовного зберігання ескроу-агентом може виступати виключно банк. Депонентом і/або бенефіціаром може виступити фізична чи юридична особа.

У світовій практиці ескроу-агентом можуть бути не лише банки, а й нотаріус, кредитна організація, професійний учасник ринку цінних паперів (брокер, депозитарій, фондова біржа тощо), страхові організації й організації, що займаються такою діяльністю в якості основної. При цьому діяльність ескроу-агентів підлягає ліцензуванню. Так, у США послуги ескроу-агентів підлягають особливому ліцензуванню (Зведений кодекс Вашингтона, Фінансовий кодекс Каліфорнії, Зведений статут Арізони). Однією з умов отримання такої ліцензії завжди є обов'язкове страхування своєї відповідальності й забезпечення інтересів своїх клієнтів на суму, що встановлюється індивідуально в кожному штаті. Право штату Каліфорнія передбачає навіть такий різновид ескроу-агентів, як Internet escrow agent, яким є будь-яка особа, що приймає майно в ескроу через мережу Інтернет.

Ескроу-агент не є стороною за основним договором і займає нейтральну позицію щодо депонента й бенефіціара. У зарубіжній судовій практиці увага акцентується на дотриманні принципу нейтральності в діях ескроу-агента. Наприклад, у одній зі справ (NRC, Inc. v. Huddleston) уста-

новлено, що ескроу-агент порушив зобов'язання стосовно продавця за угодою, оскільки приховав той факт, що чек, виписаний покупцем, був оформлений на закритий банківський рахунок і не був забезпечений достатніми засобами. При цьому ескроу-агент підмовив покупця витребувати від продавця виконання в натурі. Суд установив, що дії ескроу-агента були вчинені з метою отримання винагороди [7].

В іншій справі (Bell v. Safeco Title Ins. Co.) суд укавав, що ескроу-агент повинен діяти нейтрально стосовно угоди та несе фідучіарні зобов'язання перед обома сторонами угоди. Крім того, зобов'язання ескроу-агента включають координовану підготовку й підписання документів зі страхування, підписання ескроу-чеків, координацію закриття угоди й т. д. Закриття угоди означає, що ескроу-агент повинен належним чином дослідити документи за угодою [8].

Розглядаючи правову природу договору умовного депонування (ескроу), не можемо залишити поза увагою здійснення правової характеристики моделі договору ескроу, закріпленої в ЦК України, – розуміння законодавцем ескроу як договору рахунку умовного зберігання.

На відміну від договору банківського рахунку, який прийнято вважати консенсуальним, за загальним правилом договір рахунку умовного зберігання (ескроу) слід віднести до реальних договорів, адже на виконання основного зобов'язання володілець рахунку (депонент) першочергово розміщує певну визначену суму на рахунок ескроу-агента. Потім для цієї операції ескроу-агент зобов'язується відкрити окремий рахунок і відповідно обслуговувати його за умовами укладеного договору, тобто рахунок ескроу відкривається на вже отримані грошові кошти, що закладено й у самій назві «договір умовного зберігання» (курсив наш – А. З.). По суті, зобов'язання за договором умовного зберігання (ескроу) виникає тільки в момент передачі грошових коштів ескроу-агенту (банку).

У разі укладення договору банківського рахунку з відповідною умовою про ескроу такий договір буде вважатися консенсуальним. Проте виконання його буде залежати від наявності грошових коштів на рахунок, які банк зможе розмістити на окремому рахунок ескроу. Тому ці дії слід розглядати не з підстав укладення договору, а з підстав його виконання. Договір рахунку умовного зберігання є взаємним, оскільки кожна зі сторін має як права, так і обов'язки, передбачені самим договором.

Серед прав сторін можна виділити такі:

а) володілець рахунку (депонент) може вимагати від ескроу-агента (банка) надання інформації чи документів; за умови внесення грошових коштів на рахунок ескроу та повернення банком грошових коштів у випадках, передбачених договором, використовувати визначені способи здійснення банківських операцій;

б) ескроу-агент (банк) має право використовувати грошові кошти на рахунок ескроу й отримувати винагороду за послуги, пов'язані з обслуговуванням рахунку та здійсненням операцій за ним, якщо інше не передбачено договором ескроу; має право відмовити депоненту або бенефіціару в проведенні банківських операцій, що суперечать чинному законодавству й умовам договору ескроу; відмовити у видачі депонованої суми бенефіціару, якщо документи, надані ним, не відповідають умовам договору ескроу за зовнішніми ознаками чи іншим вимогам, установленим цим договором.

в) бенефіціар має право отримувати від ескроу-агента відомості або документи, що відображають операції за договором ескроу; отримати грошові кошти за підстав, передбачених цим договором; під час отримання грошових коштів із рахунку ескроу використовувати визначені способи здійснення банківських операцій.

Сторони наділені такими обов'язками: а) володілець рахунку (депонент) зобов'язаний передати грошові кошти ескроу-агенту; б) ескроу-агент (банк) зобов'язаний забез-

печити збереженість цих грошових коштів і передати їх бенефіціару чи депоненту відповідно до умов договору; в) бенефіціар зобов'язаний здійснити певні дії й надати ескроу-агенту певні документи, у результаті чого отримає від останнього грошові кошти.

Відповідно до ч. 2 ст. 1076-1 ЦК України, якщо інше не передбачено договором рахунку умовного зберігання (ескроу), банк має право використовувати грошові кошти на рахунку умовного зберігання (ескроу), гарантуючи вчасне перерахування таких коштів бенефіціару (бенефіціарам) або повернення таких коштів володільцю рахунку згідно з умовами договору рахунку умовного зберігання (ескроу). Крім того, договором рахунку умовного зберігання (ескроу) може передбачатися винагорода банку за послуги, пов'язані з обслуговуванням рахунку та здійсненням операцій за ним. Винагорода банку не утримується з грошових коштів, що знаходяться на рахунку умовного зберігання (ескроу), якщо інше не передбачено договором рахунку умовного зберігання (ескроу) (ст. 1076-5 ЦК України). На підставі вищевикладеного можна зробити висновок про відплатний характер цього договору.

У питанні, чи є договір рахунку умовного зберігання (ескроу) публічним, слід виходити із загальних положень про договір банківського рахунку. Договір ескроу за участю фізичних осіб, що виступають у якості володільця рахунку (депонента) або бенефіціара, може розглядатися як публічний договір, як це має місце з договором банківського рахунку. Інша ситуація складається під час укладення договору ескроу, в якому володільцем рахунку та/або бенефіціаром є фізична особа – підприємець чи юридична особа, оскільки такий договір не належить до публічних. Умови договору в такому разі для кожного

клієнта різнитимуться з огляду на специфіку здійснення господарської діяльності.

Предметом договору рахунку умовного зберігання (ескроу) є дії володільця рахунку (депонента) із приводу передачі грошових коштів ескроу-агенту (банку) на зберігання, дії ескроу-агента (банка) із приводу забезпечення збереження цього майна й передачі його бенефіціару під час виникнення вказаних у договорі умов. Об'єктом зазначеного договору є грошові кошти (у бездокументарній формі).

Ураховуючи вищевикладене, слід зазначити, що договір умовного депонування (ескроу) належить до забезпечувальних заходів, а не до способів забезпечення виконання зобов'язань. Такий договір варто розглядати як змішаний і комплексний договір, а закріплену в ЦК України конструкцію договору рахунку умовного зберігання (ескроу) – як реальний чи консенсуальний (у разі укладення договору банківського рахунку з відповідною умовою про ескроу), взаємний, відплатний, публічний (за участю фізичних осіб).

Отже, договір умовного депонування (ескроу) є тристороннім договором між депонентом (боржник за основним зобов'язанням), бенефіціаром (отримувач грошових коштів із рахунку ескроу, кредитор за основним зобов'язанням) і ескроу-агентом, за яким депонент зобов'язується передати на депонування ескроу-агенту депонований актив для виконання зобов'язання депонента з приводу його передачі іншій особі, на користь якої здійснюється депонування (бенефіціару), а ескроу-агент зобов'язується забезпечити збереженість цього активу й передати його бенефіціару після виникнення вказаних у договорі підстав.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.
2. Василевская Л. Договор счета эскроу: проблемы правовой квалификации. Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2016. № 2. С. 37–49. URL: <http://electronic.ruzh.org/?q=en/system/files/vasilevskaya.pdf>.
3. Gerster St. Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991. 151 S.
4. Sherry Shindler Price. Escrow Principles and Practices. 2005. 497 p.
5. Гонгало Б. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. 222 с.
6. Гражданское право: учеб. для бакалавров: в 2 т. / отв. ред. В. Слесарев. Т. 2. М., 2016. 768 с.
7. NRC, Inc. v. Huddleston, 886 S.W.2d 526. URL: http://www.gdhn.com/wp-content/uploads/2016/08/rdy-chpt_38_escrow_agent_liability.pdf.
8. Bell v. Safeco Title Ins. Co. 830 S.W.2d 157. URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/1767074/bell-v-safeco-title-ins-co/>.