

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ УМОВНОГО ЗБЕРІГАННЯ (ЕСКРОУ): ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Білоус Ю. І.

Стаття присвячена аналізу правової природи договору умовного депонування (ескроу) в контексті законодавства України та зарубіжних країн. Автор досліджує правову природу договору умовного депонування (ескроу) шляхом компаративного аналізу доктринальних і законодавчих положень, а також правової характеристики договору ескроу, закріпленої в чинному законодавстві.

Автор доходить висновку, що правову природу договору умовного зберігання (ескроу) можна охарактеризувати як *sui generis* (непоіменований договір), природа якого є наближеною як до договору комісії/агентських послуг, так і до договору зберігання. Також автор розкриває правову природу ескроу шляхом аналізу відповідних рішень судів зарубіжних країн.

Ключові слова: ескроу, правова природа, депонент, бенефіціар, ескроу-агент, третя сторона, договір.

Стаття посвячена аналізу правової природи договору умовного депонирования (эскроу) в контексте законодательства Украины и зарубежных стран. Автор исследует правовую природу договора условного депонирования (эскроу) путем сравнительного анализа доктринальных и законодательных положений, а также правовой характеристики договора эскроу, закрепленной в действующем законодательстве.

Автор приходит к выводу, что правовую природу договора условного хранения (эскроу) можно охарактеризовать как *sui generis* (непоименанный договор), природа которого является приближенной как к договору комиссии / агентских услуг, так и к договору хранения. Также автор раскрывает правовую природу эскроу путем анализа соответствующих решений судов зарубежных стран.

Ключевые слова: эскроу, правовая природа, депонент, бенефициар, эскроу-агент, третья сторона, договор.

The article is devoted to the analysis of the legal nature of the escrow agreement in the context of the legislation of Ukraine and foreign countries. The author examines the legal nature of the escrow agreement through a comparative analysis of doctrinal and statutory provisions, as well as the legal characteristics of the escrow agreement enshrined in current law.

The author concludes that the legal nature of the conditional storage agreement (escrow) can be characterized as *sui generis* (unnamed contract), the nature of which is close to both the commission / agency contract and the storage contract. The author also reveals the legal nature of the escrow by analyzing the relevant decisions of the courts of foreign countries.

In the light of the foregoing, it should be noted that the escrow agreement is a security measure, not a means of enforcing the obligation. Such an agreement should be considered as a mixed and comprehensive agreement, and fixed in the Civil Code of Ukraine the contract of a conditional storage account (escrow) - as real or consensual (in the case of a bank account agreement with an appropriate escrow condition), mutual, free, public (with participation individuals). Therefore,

a conditional deposit agreement (escrow) is a tripartite agreement between the depositor (the debtor on the underlying obligation), the beneficiary (the recipient of funds from the escrow account, the lender on the underlying obligation) and the escrow agent under which the depositor undertakes to transfer an escrow agent is deposited with an asset to fulfill the depositor's obligation to transfer it to another person in favor of which it is deposited (beneficiary), and the escrow agent undertakes to secure the asset and transfer it to the escrow agent.

Despite the fact that in the world practice escrow accounts are considered as one of the most effective mechanisms for the safe conclusion and fulfillment of obligations under the agreements, in Ukraine this mechanism is new and accordingly requires a detailed study. In particular, to have a good understanding of this legal institute, one must clearly understand its legal nature and be able to distinguish it from other such institutions.

Key words: escrow, legal nature, depositor, beneficiary, escrow agent, third party, contract.

Постановка проблеми та її актуальність. З прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» від 23 березня 2017 р. № 1983-VIII в законодавстві України з'явилося невідоме раніше поняття «рахунок умовного зберігання» або «ескроу-рахунок».

Незважаючи на те, що у світовій практиці ескроу-рахунки вважаються одним із найбільш ефективних механізмів для безпечного укладання та виконання зобов'язань за угодами, в Україні цей механізм новий і, відповідно, вимагає детального вивчення. Зокрема, для повного розуміння цього правового інституту потрібно чітко розуміти його правову природу і вміти відрізнити його від інших подібних інститутів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Цю проблему та підходи до її розв'язання у наукових працях розглядають такі вчені: М. Башкатов, О. Блінкова, Л. Василевська, В. Калмикова, М. Карпичова, Ю. Коневінова, О. Мельник, Н. Новікова, І. Степанян, Л. Панова, Р. Майданик, В. Батіна, О. Блінкова, В. Калмикова, А. Згама, Ю. Попова та інші. Однак питання правової природи договору ескроу повною мірою досліджено не було.

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

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 1076-prim ЦК України за договором рахунку умовного зберігання (ескроу) банк зобов'язується приймати та зараховувати 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 (осо-

бам), указаній володільцем рахунку (бенефіціару або бенефіціарам), або повернути такі кошти володільцю рахунку після настання підстав, передбачених договором рахунку умовного зберігання (ескроу) [1].

Тлумачення ч. 1 ст. 1076-ррім ЦК України дає вказівку на те, що законодавець фактично консолідував дефініції договору рахунку умовного зберігання (ескроу) і договору банківського рахунку. В аспекті теорії цивільного права такий підхід є логічним з огляду на загальну назву гл. 72 ЦК України «Банківський рахунок». Логічно, що запропонований законодавцем договір не відповідає правовій природі договору ескроу та світовим напрацюванням у цьому напрямі. Дефініція договору рахунку умовного зберігання в нашому законодавстві не дає змоги чітко визначити поняття цього договору та його місце в системі договірних прав. Термін «ескроу» походить від англійського слова «escrow» - «гроші, майно або документ, що перебувають на збереженні в третьої особи до настання певної події чи виконання певної умови»; за іншою версією, цей термін має старофранцузьке походження («escroue» як «сувій, перелік, список»). В основі договору 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 документа, грошові кошти, свідоцтво про право власності або майно, інші речі. Після настання відповідної події та/або виконання певної умови ця третя особа надає зазначені грошові кошти, документи, свідоцтво про право власності чи майно особі, указаній 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 домовленістю сторін (наприклад, договори купівлі-продажу акцій, опціонні договори тощо).

Загальне право відносить ескроу до особливого виду передачі правовстановлюючого документа (deed), відомого у нас як договір за печаткою; акт розпорядження майном на чийсь користь; офіційний документ, тобто створений, оформлений і засвідчений у відповідному порядку; документ, який є невіддільною частиною титулу, що підтверджує добровільність і оплатне передачі прав на нерухоме майно, встановлює юридичні відносини певного типу і відповідні правові наслідки. Подібне волевиявлення належить до одного з шести загальних способів відчуження прав власності. Підставою дійсності документа за печаткою служить його форма. У більшості проаналізованих судових визначеннях, словниках юридичної лексики і в інших документах починаючи з XIII ст. і закінчуючи днем сьогоднішнім, якщо йдеться про умовне депонування, то, як правило, використовується стійкий вираз і визначення ескроу - deed delivered as an escrow / deed in escrow / conditional delivery of the deed - умовно вручений документ за печаткою, умовне вручення документа за печаткою [2].

Питання правової природи договору умовного депонування (ескроу) є досить складним. По-перше, варто зазначити, що ескроу нагадує агентський договір, на чому й акцентується увага в роботах деяких учених. Наприклад, Л. Василевська зазначає, що практично в усіх відомих правопорядках рахунок

ескроу розглядається як договір sui generis (договір який є винятком із правил або як непоіменований договір) або як договір, котрий юридично закріплює агентування комісійного типу [3, с. 38]. У Німеччині договір рахунку ескроу відносять до договорів непоіменованих, що визначає інші варіанти правовідносин сторін із відповідними елементами правової конструкції зберігання [4, с. 24-64]. Це пов'язано з широким колом суб'єктів, що можуть виступати як ескроу-агенти (банк, адвокат, нотаріус), і визначенням предмета цього договору (грошові кошти, документи на майно). Однак в англосаксонській правовій системі договір ескроу розглядається безпосередньо як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, тобто набуває характеру акцесорного зобов'язання. Договір 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 [5, с. 4].

Справді, правова природа договору ескроу є наближеною до агентського договору. Проте, за договором умовного депонування, ескроу-агент є агентом обох сторін, що відокремлює правовідносини за договором ескроу від агентських правовідносин, адже в агентському договорі відносини «агент - принципал» і «агент - треті особи» розділені між собою. Тому розглядати ескроу як звичайний агентський договір не є можливим. Договір умовного депонування (у ЦК України договір має назву як договір умовного зберігання (ескроу)) 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 володільця 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 перебувають 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 лише за умови отримання письмової згоди від бенефіціара.

Стосовно ескроу як способу забезпечення виконання зобов'язання варто зазначити 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» [6, с. 30]. Крім того, автор звертає увагу на те, що способи забезпечення зобов'язань належать до забезпечувальних заходів. При цьому наголошується, що «к способом обеспечения обязательств нельзя отнести меры: а) не создающие акцесорного обязательства; б) направленные на стимулирование должника к надлежащему исполнению обязанностей путем установления особого порядка их исполнения» [6, с. 30, 40]. З 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)» [3, с. 44], адже у правовідносинах за договором ескроу, крім бенефіціара й ескроу-агента, ще обов'язково бере участь депонент (володілець рахунку), причому останній уважається 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 володілець 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. Зважаючи на вищевикладене, договір умовного депонування (ескроу) варто розглядати в контексті забезпечувальних заходів, а не способів забезпечення виконання зобов'язань. Тому не є очевидним, чим керувався законодавець, визначивши в ч. 2 ст. 1076-septies ЦК України таку норму: «Якщо бенефіціар не є стороною договору рахунку умовного зберігання (ескроу)...».

Таке формулювання зводить договір ескроу до договору на користь третьої особи. У разі відсутності бенефіціара як сторони договору ескроу ця договірна конструкція не буде відповідати правовій природі договору умовного депонування (ескроу). Положення ч. 2 ст. 1076-septies ЦК України в частині можливості бенефіціара не бути стороною договору ескроу суперечать ч. 1 ст. 1076-prim ЦК України, у якій визначається щонайменше три сторони договору рахунку умовного зберігання (ескроу), адже участь бенефіціара як сторони договору ескроу створює для нього певні гарантії шляхом визначення суми, що зберігається на рахунку договору ескроу, умови отримання ним коштів із цього рахунку, обов'язків депонента (боржника) тощо. Отже, договір умовного депонування (ескроу) консолідує елементи різних договорів, що дає можливість насамперед зробити висновок про його належність до змішаних договорів. З огляду на назву параграфа 2 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)» гл. 72 ЦК України та безпосередньо ст. 1076-prim «Договір рахунку умовного зберігання (ескроу)» виникає запитання, чи можна вважати договір рахунку умовного зберігання договором умовного депонування (ескроу), що відомий світовій практиці. Зокрема, В. Рудаковська розмежує ці договори [7, с. 395]. Л. Василевська розглядає договір рахунку ескроу як договір умовного депонування [3, с. 41]. Зазначимо, що такі розбіжності насамперед пов'язані з термінологічними особливостями його закріплення в законодавстві різних країн. У більшості країн ЄС рахунок ескроу використовується в контексті угод із нерухомістю, під час здійснення угод із цінними паперами, цінним рухомим майном, під час іпотечного кредитування. В Німеччині такий рахунок часто застосовується під час укладення кредитних договорів, забезпечених іпотекою. Після видачі іпотечного житлового кредиту позичальник вносить на банківський рахунок ескроу певну грошову суму, яка використовується іпотечним банком, що видав кредит, для погашення основної суми боргу та відсотків по іпотечці [8]. Зокрема, у США подібні договори мають назву «escrow account» або «deed of agreement» («ескроу рахунки»), у Німеч-

чині вони називаються довірчими рахунками («treuhand otenen»); у Данії - клієнтськими рахунками («lientonto»), у Голландії - номінальними рахунками («nominale account»), у Російській Федерації - договором рахунку ескроу. Тому 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 звужує 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 правовій природі цих відносин). З огляду на викладене вище договір умовного депонування (ескроу) є трестороннім 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 (п. 2 гл. 72 ЦК України) за договором рахунку умовного зберігання ескроу-агентом може виступати виключно банк. Депонентом та/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 як основною. При цьому діяльність ескроу-агентів підлягає ліцензуванню. Наприклад, 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 за законодавством окремого штату. 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) встановлено, що ескроу-агент порушив зобов'язання стосовно продавця за договором, 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 втребувати від продавця виконання в натурі. Суд установав, що дії ескроу-агента були вчинені з метою отримання винагороди [9].

В іншій справі (Bell v. Safeco Title Ins. Co.) суд вказав, що ескроу-агент зобов'язаний діяти нейтрально стосовно угоди та несе фідучіарні зобов'язання перед обома сторонами договору. Крім того, зобов'язання ескроу-агента включають координовану підготовку

й підписання документів зі страхування, підписання чеків, координацію закриття договору й т. д. Закриття угоди означає, що ескроу-агент повинен належним чином дослідити документи за договором[10].

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.

Висновки. Договір умовного зберігання (ескроу) є новим інститутом для України. В країнах романо-германської та англо-американської систем права цей договір набув більшого поширення, що дає можливість запозичення теоретичних і практичних особливостей, що, у свою чергу, дасть розуміння як правової природи договору умовного зберігання (ескроу), так і можливих способів використання цієї правової конструкції для цивільного обороту учасниками цих правовідносин. Тому варто зазначити, що правову природу договору

умовного зберігання (ескроу) можна охарактеризувати як *sui generis* (непоіменований договір), природа якого є наближеною як до договору комісії/агентських послуг, так і до договору зберігання.

Література

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. No 40-44. Ст. 356.
2. Johnson W. Reports of Cases Adjudged in the Court of Chancery of New York, b.1. E.F. Backus, 1816. P. 644. URL: <https://goo.gl/O5FUKU> (дата обращения: 01.03.2017).
3. Василевская Л. Договор счета эскроу: проблемы правовой квалификации. Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2016. No 2. С. 37-49. URL: <http://electronic.ruzh.org/?q=en/system/files/vasilevskaya.pdf>.
4. Gerster St. Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991. 151 S.
5. Sherry Shindler Price. Escrow Principles and Practices. 2005. 497 p.
6. Гонгало Б. Учение об обеспечении обязательств. Москва, 2002. 222 с.
7. Гражданское право : учеб. для бакалавров : в 2 т. / отв. ред. В. Слесарев. Т. 2. Москва, 2016. 768 с.
8. Eisenhut St. Escrow-verhältnisse. Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte. Basel, 2009. S. 10-94.
9. Bell v. Safeco Title Ins. Co. 830 S.W.2d 157. URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/1767074/bell-v-safeco-title-ins-co>.
10. 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.

Білоус Ю. І.,
аспірант кафедри цивільного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка