



О.М. Клименко
(Академія праці і соціальних відносин Федерації
профспілок України)
(Науковий керівник доцент Є.І. Фурса)

Застосування завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язань сторін за попереднім договором

Ключові слова: попередній договір, забезпечення виконання зобов'язань, завдаток, функції завдатку.

Питання щодо забезпечення виконання зобов'язань, прийнятих сторонами за попереднім договором, породжує численні дискусії не лише в науковому світі, проте й викликає значний інтерес серед практикуючих юристів. Підставами для таких дискусій слугують відмінності у поглядах щодо змісту попереднього договору, заперечення самостійного характеру даного правочину, невизнання можливості існування майнового елементу в зобов'язанні даного виду. Окремі аспекти застосування способів забезпечення виконання зобов'язань були предметом дослідження науковців Б.М. Гонгалю, І.О. Дзери, Є.І. Фурси, С.Я. Фурси, Л.М. Баранової, І.В. Жилінкової та інших. Незважаючи на це, нині суперечливими залишаються погляди щодо можливості здійснення платежів за попереднім договором та, відповідно, можливості використання завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язання за попереднім договором.

Предметом даної статті є наукове дослідження та аналіз існуючих поглядів та позицій окремих авторів, а також положень діючого законодавства України щодо питань застосування завдатку як способу забезпечення зобов'язань в окремих цивільно-правових інститутах, зокрема – інституті попереднього договору, з метою узагальнення існуючих поглядів, виділення

безспірних позицій та вироблення автором статті власної точки зору, що має сприяти подальшому удосконаленню правового регулювання інституту попереднього договору, впорядкуванню відносин між його сторонами.

Нерідко в юридичній літературі можна зустріти позицію, що попередній договір не може містити нічого, крім зобов'язання укласти в майбутньому визначений основний договір на визначених умовах. При цьому авторами наголошується, що нічого іншого даний договір містити не може. Ним не можуть бути встановлені будь-які платежі (наприклад, аванс в рахунок належної в майбутньому за договором оренди орендної плати), не може бути встановлений обов'язок передати річ (наприклад, об'єкт оренди) до укладення основного договору чи розпочати підготовку до виконання робіт за все ще неукладеним основним договором. У протилежному випадку, на думку авторів, попередній договір, по суті, підміняє собою основний договір [9, 67].

Подібної точки зору дотримується О.Є. Домашенко, який безапеляційно стверджує, що грошових зобов'язань попередній договір не породжує. Грошове зобов'язання (зобов'язання оплатити майно) з'являється після укладення сторонами основного договору (договору купівлі-продажу). Звідси видно, що завдаток як частковий платіж

можливий після виникнення саме грошових зобов'язань, тобто після укладення основного договору [3, 50].

З такою позицією важко однозначно погодитися з огляду на організаційний характер попереднього договору, його організаційний зв'язок та нерозривність з основним договором. Організаційний характер попереднього договору полягає у його спрямованості на забезпечення виконання сторонами певних підготовчих дій, необхідних для укладення основного договору, без виконання яких укладення основного договору є неможливим. Такими діями, зокрема, може бути акумулювання грошових коштів з метою здійснення платежу за майбутнім основним договором купівлі-продажу, підготовка необхідної для продажу об'єкта нерухомості документації, тощо. Поза увагою згаданих авторів залишились також найголовніші правові засади принципу свободи договору, передбачені ст. 627 ЦК України, згідно з якими сторони є вільними у визначенні умов договору, в тому числі і умов щодо його забезпечення.

Інші науковці, в цілому визнаючи організаційний характер попереднього договору та погоджуючись з можливістю забезпечення його умов, заперечують лише можливість забезпечення попереднього договору за допомогою завдатку. Так, на думку Б.М. Гонгалю, характеристика попереднього договору як організаційного не дає можливості здійснювати передачу якого б то не було майна (в тому числі грошей) однією стороною іншій стороні. В попередньому договорі, як зазначає автор, можуть бути передбачені способи забезпечення відповідних зобов'язань (наприклад, може бути встановлена пеня за прострочення виконання якого-небудь із вказаних обов'язків). Крім того, попереднім договором можуть бути передбачені способи забезпечення виконання обов'язку з укладання в майбутньому основного договору (наприклад, може бути встановлена неустойка за ухилення від укладення основного договору) [1]. І.О. Дзери зазначає, що є більше підстав вважати неможливим забезпечення завдатком попереднього договору. Адже, виходячи

з визначення поняття “попередній договір”, що дає ст. 635 ЦК, – це договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку укласти договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором. До істотних умов попереднього договору належать всі ті умови, що є істотними для основного договору. Відтак, у ньому можуть передбачатися лише права та обов'язки сторін, спрямовані на укладення основного договору. Автор наголошує, що при зазначенні таких обов'язків сторони вправі передбачити, наприклад, пеню за прострочення виконання таких обов'язків. Однак це не означає, що пеня встановлюється як спосіб забезпечення виконання договору купівлі-продажу, який планується укласти. Як стверджує автор, завдаток передається однією стороною іншій стороні в рахунок належних з неї за договором платежів, а, виходячи зі змісту попереднього договору, цей договір є безвідплатним, отже ніякі платежі боржником кредитору за цим договором передаватися не можуть [2].

Позиція І.О. Дзери є обґрунтованою, проте, на наш погляд, повною мірою може бути застосованою у випадках, коли попередній договір розглядається як самостійне зобов'язання окремо від основного договору, з приводу і за для укладення якого було укладено попередній договір.

Деякі автори навпаки, обґрунтовують думку, що в попередньому договорі крім ціни, про яку домовились продавець та покупець, і строків укладення основного договору купівлі-продажу, в обов'язковому порядку має бути зафіксована сума, передана покупцем продавцю, а також інші умови купівлі-продажу. Як наслідок відмови покупця від укладення основного договору ці автори зазначають втрату переданих за попереднім договором грошових коштів, а за таке ж порушення, проте зі сторони продавця, зазначається необхідність повернення покупцеві отриманих за попереднім договором коштів та сплати неустойки у погодженому в попередньому договорі розмірі [12, 87].

Таким чином, вони не лише визнають можливість внесення платежів за попере-

днім договором, а у випадку порушення попереднього договору пропонують використувати їх як забезпечувальну виконання зобов'язання суму. На жаль, запропоновані заходи відповідальності кожної із сторін попереднього договору не є рівнозначними. Автори не зазначають, що розмір неустойки має відповідати сумі грошових коштів, внесених за попереднім договором, залишаючи вирішення цього питання на розсуд сторін. Вважаємо, що зазначена невизначеність є наслідком небажання авторів прирівнювати розміри неустойки та переданої за попереднім договором грошової суми, оскільки в такому випадку описані ними наслідки порушення попереднього договору максимально були б наближені до наслідків порушення зобов'язання, забезпеченого завдатком, а грошові кошти, передані за попереднім договором, довелося б назвати завдатком.

О. Ковальова, визнаючи можливість існування в попередньому договорі грошового зобов'язання, тобто визнаючи можливість передачі грошових коштів як забезпечення виконання зобов'язання, пропонує назвати таке забезпечення “забезпечувальним платежем” [5]. Як підстава, яка надає сторонам можливість передбачити у попередньому договорі подібну умову, авторкою цілком справедливо зазначається ст. 546 ЦК. Оскільки ч. 1 ст. 547 ЦК передбачено обов'язок сторін дотримуватися письмової форми при вчиненні правочинів щодо забезпечення виконання зобов'язань, вона справедливо наголошує на необхідності фіксування у попередньому договорі такого забезпечувального платежу та порядку його обігу. Попередній договір повинен містити строки передачі забезпечувального платежу і визначати момент, з якого ці строки почнуть спливати. У випадку укладення основного договору, забезпечувальний платіж у встановлені попереднім договором строки підлягає поверненню. При цьому, після укладення основного договору, з моменту виникнення відповідних грошових зобов'язань за основним договором, сторони можуть укласти угоду про залік взаємних вимог, а саме:

залік вимоги повернути забезпечувальний платіж і вимоги передати грошові кошти на суму забезпечувального платежу. Якщо основний договір не буде укладений з вини сторони, що передала забезпечувальний платіж, даний платіж винній стороні не повертається. Якщо основний договір не буде укладений з вини сторони, якій забезпечувальний платіж був переданий, дана сторона повинна повернути у встановлені попереднім договором строки забезпечувальний платіж і додатково сплатити іншій стороні грошову суму в розмірі забезпечувального платежу. Авторка наголошує на тому, що розглянутий забезпечувальний платіж за попереднім договором не є завдатком. Виходячи з положень чинного законодавства, завдаток за своєю природою є забезпеченням майбутнього зобов'язання щодо передачі коштів, тобто видом забезпечення виконання грошового зобов'язання. На думку ж авторки, забезпечувальний платіж є забезпеченням виконання не грошового зобов'язання, а зобов'язання немайнового характеру – укласти в майбутньому основний договір [5]. О. Киришун, навпаки, платіж, отриманий за попереднім договором, пропонує розглядати як забезпечення виконання зобов'язання у розумінні ст. 546 ЦК, тобто як завдаток [4].

На думку Є. Павліченко, у випадку регулювання правовідносин сторін за допомогою інституту попереднього договору, сторони набувають можливості встановити зобов'язання до визначеного строку укласти договір купівлі-продажу квартири, визначити істотні умови цього договору, а також установити взаємні права і обов'язки, необхідні для укладання договору купівлі-продажу квартири (такі, як обов'язок до визначеного строку забезпечити наявність належним чином оформленого пакету документів на квартиру, приведення квартири в обумовлений сторонами стан та ін.). За таких умов, на думку автора, сторони матимуть можливість укласти договір про завдаток як забезпечення виконання зобов'язань за вже укладеним попереднім договором, а не за договором купівлі-продажу квартири [11, 17].

На нашу думку, такий підхід автора в цілому відповідає загально визнаній забезпечувальній функції завдатку [16, 42], суть якої полягає у можливості забезпечення виконання виключно вже існуючого зобов'язання. Хоча й існує протилежна думка, що неможливість забезпечення завдатком ще неіснуючого зобов'язання призводить до загрози знищення завдатку, а отже недоцільним є забезпечення того зобов'язання, що вже відбулося [10]. Варто зауважити, що позицію відносно можливості забезпечення завдатком виконання зобов'язань, передбачених саме попереднім договором, підтримує досить широке коло науковців та практикуючих юристів. Зокрема, посилаючись на формулу “що не суперечить закону і ним не заборонено, те дозволено”, Є.І. Фурса цілком справедливо припускає можливість передачі завдатку за попереднім договором, обґрунтовує безпідставність підміни завдатку штрафними санкціями [14].

С.Я. Фурса можливість встановлення у попередньому договорі умови про завдаток обґрунтовує закріпленими у законодавстві принципом свободи договору (п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК), можливістю сторін відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо в цих актах прямо не передбачена заборона такого відступу або якщо зі змісту таких актів чи із суті відносин між сторонами не випливає обов'язковість для сторін положень зазначених актів (ч. 3 ст. 6 ЦК). Тобто сторони у договорі можуть інакше застосовувати закон, якщо він не має імперативного характеру. Підсумовуючи наведене, С.Я. Фурса зазначає, що сторони договору можуть не посилатися на норми закону, яким вони передбачають врегулювати свої майбутні відносини, а чітко “розписати”, які наслідки у кожній стороні виникнуть після посвідчення відповідного договору [15].

Примітним є той факт, що позиція щодо можливості здійснення платежу за попереднім договором (сплата авансового платежу чи внесення суми завдатку) була підтримана спеціалістами Державної по-

даткової адміністрації України. Зокрема, з посиланням на ст. 628 ЦК України, якою передбачене право сторін укласти договір, у якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір), робиться висновок про можливість встановлювати як один з елементів попереднього договору положення про оплату покупцем на підставі ст. 570, 571 ЦК України сум авансового платежу (завдатку) у рахунок сплати продавцю обумовленої суми договору [6, 56]. Позиція Державної податкової адміністрації України висловлена також у відповідному Листі від 28 квітня 2008 р. № 2119/К/17-0315 [7].

Міністерство регіонального розвитку та будівництва у Листі від 18 грудня 2007 р. № 16/4-418, яким надані роз'яснення до чинного законодавства з питань фінансування об'єктів будівництва, зазначило, що завдаток як вид забезпечення виконання зобов'язання за попереднім договором купівлі-продажу квартири часто використовується у операціях з нерухомістю на вторинному ринку, коли житловий будинок, у якому продається квартира, прийнятий в експлуатацію у порядку, встановленому Постановою Кабінету Міністрів України від 22 вересня 2004 р. № 1243 “Про порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів” [8].

Судова практика також пішла шляхом визнання можливості здійснення платежу за попереднім договором [13].

На наш погляд, кожна із наведених позицій науковців та практиків заслуговує на увагу і не позбавлена раціонального зерна. Такий різнобіг в поглядах зумовлений особливостями законодавства, яке регламентує завдаток і фактично закріплює три функції завдатку: 1) доказову – укладення договору; 2) платіжну – виконання грошового зобов'язання; 3) забезпечувальну. У зв'язку із цим, у формально-юридичному сенсі з позиції діючого цивільного законодавства забезпечення виконання попереднього договору за допомогою завдатку є досить неоднозначним. Такий стан речей суттєво знижує гарантованість виконання зобов'язання за попереднім договором.

Вважаємо, що допустимість передачі коштів за попереднім договором як платежу, передбаченого основним договором, до посвідчення такого основного договору є проблемним лише з формального боку. Обидва договори – попередній та передбачений ним основний договір слід розглядати як одне органічно пов'язане ціле. Попередній договір містить істотні умови основного договору, жоден нормативний акт не містить положень, які б прямо забороняли його сторонам розпочати виконання прийнятих зобов'язань (в тому числі щодо внесення грошових коштів (завдатку), які в подальшому будуть зараховані в рахунок виконання зобов'язань за основним договором). Формальність не повинна стояти на заваді розвитку інституту попереднього договору, бути перепорою для реалізації інтересів його сторін.

У зв'язку із цим, уявляється, що яких би то не було перешкод (окрім формальних) для застосування завдатку як забезпечення виконання попереднього договору, якщо передбачений ним основний договір породжує грошове зобов'язання, не існує. Тому було б доцільно передбачити в ст. 635 ЦК можливість забезпечення завдатком зобов'язань сторін за попереднім договором. Зважаючи на викладене, пропонуємо ч. 2 ст. 635 ЦК доповнити абзацом наступного змісту: “Виконання зобов'язання, встановлене попереднім договором, може бути забезпечене за допомогою видів забезпечення виконання зобов'язання, передбачених ст. 546 цього Кодексу”. Зазначені зміни про-

диктовані реаліями сучасного товарообігу та дозволять, на наш погляд, визначитися зі статусом грошових коштів, переданих згідно з умовами попереднього договору. Такі зміни до законодавства позбавлять необхідності “вигадувати” найменування таким платежам, які за своєю суттю фактично виконують роль завдатку.

Викладене дає підстави для *наступних висновків*. Відсутність чіткої і цілісної позиції науковців щодо сутності попереднього договору, специфіки правовідносин між його сторонами, заперечення можливості існування в ньому майнового елементу потягло за собою виникнення та існування неоднозначних, часом взаємовиключних позицій та підходів щодо можливості використання завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язання за попереднім договором. Різномір в поглядах зумовлений особливостями законодавства, яке регламентує завдаток і закріплює три функції завдатку. Формалізм, який полягає у запереченні можливості передачі коштів за попереднім договором як платежу, передбаченого основним договором, до посвідчення такого основного договору, на думку автора, є вагомим аргументом не на користь завдатку, як способу забезпечення зобов'язання за попереднім договором. Тому автором пропонується внести відповідні зміни до ст. 635 ЦК України та передбачити в ній можливість забезпечення завдатком зобов'язань сторін за попереднім договором.

Список літератури:

1. **Гонгало Б.М.** Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики [Электронный ресурс] / Б.М. Гонгало. – Режим доступа : <http://pravoznavec.com.ua/books/106/6438/41/#chapter>
2. **Дзера І.** Про особливості завдатку та забезпечуваних ним зобов'язань / І. Дзера // Юридична газета. – 2006. – №19(79).
3. **Домашенко А.Е.** Задаток / А.Е. Домашенко // Бухгалтерия. – 2006. – № 30.
4. **Киришун О.** Консультація / О. Киришун // Інформаційні ресурси правової системи “Ліга. Закон”.
5. **Ковалева Е.** Особенности предварительного договора [Электронный ресурс] / Е. Ковалева. – Режим доступа : http://www.inyurpolis.com/Ukr/Kovalyova_st5.htm

6. *Латинін С., Добродій Т.* Консультація / С. Латинін, Т. Добродій // Вісник податкової служби України. – 2006, № 8(387).
7. Лист ДПА України від 28 квітня 2008 р. № 2119/К/17-0315 // Інформаційні ресурси правової системи “Ліга. Закон”.
8. Лист Міністерства регіонального розвитку та будівництва від 18 грудня 2007 р. № 16/4-418 // Галицькі контракти. – Дебет-Кредит. – 2008. – № 7.
9. *Омелькін В., Кирилов С., Соловей О.* та ін. Правові тонкощі господарських договорів / В. Омелькін, С. Кирилов, О. Соловей [та ін.]. – Харків: Фактор, 2006.
10. *Осіпов А.* Поступово зникаючий завдаток / А. Осіпов // Юридичний вісник України. – 2006. – № 16(564).
11. *Павличенко Е.* Договор задатка или предварительный договор / Е. Павличенко // Юридическая практика. – 2006. – № 27(445).
12. *Петрушина В., Бойцова М., Кобзан С.* Операції з нерухомістю / В. Петрушина, М. Бойцова, С. Кобзан. – Харків: Фактор, 2006.
13. Ухвала Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного суду України від 30 січня 2008 р. // Інформаційні ресурси правової системи “Ліга. Закон”.
14. *Фурса Є.І.* Завдаток у попередньому договорі [Електронний ресурс] / Є.І. Фурса. – Режим доступу : http://fursa.org/view_article.php?article_id=29&publication=3&prefix=newspaper
15. *Фурса С.Я.* Теоретичні засади врегулювання поняття “завдаток” у попередньому договорі [Електронний ресурс] / С.Я. Фурса. – Режим доступу : http://fursa.org/view_article.php?article_id=31&publication=3&prefix=newspaper
16. Цивільне право України: Підручник: у 2 т. / за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2.

РЕЗЮМЕ

В статті автор приводить основні погляди і позиції касательно вопросов обеспечения обязательств в отдельных гражданско-правовых институтах, поднимает проблемные вопросы применения задатка в качестве способа обеспечения обязательств сторон по предварительному договору. В статті также приведены предложения автора о путях усовершенствования гражданско-правового регулювання предварительного договора.

SUMMARY

In his article the author described core approaches and viewpoints of scientific workers and authors concerning the issues of collateral for obligations in particular civil institutions, raises problem regarding using of the pledge as collateral in preliminary agreements. The article also contains the author's propositions as to improvement of effective law applicable to preliminary agreements.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 05.02.09