
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 347.734:341

І. М. Колодій, к. ю. н.

**ДОГОВІР ЕСКРОУ:
ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА СПЕЦИФІКА ВІТЧИЗНЯНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

Анотація. У статті розглядається правова природа та традиційні способи використання договору ескроу в зарубіжних країнах. Проаналізовані основні аргументи стосовно можливості застосування договору ескроу в Україні.

Ключові слова: рахунок ескроу; депонування; ескроу-агент; бенефіціар.

І. Н. Колодій, к. ю. н.

**ДОГОВОР ЭСКРОУ:
ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ И СПЕЦИФИКА ОТЕЧЕСТВЕННОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ**

Аннотация. В статье рассматривается правовая природа и традиционные способы использования договора эскроу в зарубежных странах. Проанализированы основные аргументы касательно возможности применения договора эскроу в Украине.

Ключевые слова: счет эскроу; депонирование; эскроу-агент; бенефициар.

I. M. Kolodii, Candidate of Juridical Sciences

**ESCROW AGREEMENT:
INTERNATIONAL EXPERIENCE AND SPECIFICS OF NATIONAL LEGAL REGULATION**

Abstract. The article describes legal nature and common ways of escrow agreement use in foreign countries. It also gives analysis of main reasons for escrow agreement to be possibly used in Ukraine.

Keywords: escrow account; depositing; escrow agent; beneficiary.

Актуальність теми дослідження. Інноваційна фінансова продукція формується як результат специфічних відносин господарюючих суб'єктів в процесі їх інноваційної діяльності на фінансовому ринку, який сприяє задоволенню потреби зазначених суб'єктів в перерозподілі та мінімізації ризиків. В свою чергу інноваційна фінансова продукція ускладнює відносини суб'єктів потребуючи фінансових інновацій. Конкурентоспроможність банків, ефективність їх діяльності напряму залежать від запровадження нових банківських продуктів, технологій, більшість із яких прямо чи опосередковано стосуються розрахункових процесів.

Постановка проблеми. На сьогодні існує ряд проблем у суб'єктів господарювання, це, до прикладу, недобросовісна підприємницька діяльність контрагентів, кредитна заборгованість тощо, які відносяться до фінансових ризиків. Розгляд фінансових ризиків в умовах постійної нестабільності потребує постійного пошуку нових механізмів, які б могли попередити або хоча б мінімізувати фінансові втрати.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В останні роки в Україні у наукових колах і в практичній сфері активно обговорюється питання використання правової конструкції ескроу як ефективного засобу забезпечення виконання зобов'язання. Результатом означеного обговорення стала ініціатива законодавця стосовно закріплення договору ескроу (договору рахунка умовного зберігання) в цивільному законодавстві, яка реалізована в параграфі 2 глави 72 Цивільного кодексу України 23 березня 2017 року.

Виклад основного матеріалу. Дослідження генези договору ескроу орієнтує дослідників на те, що дана правова конструкція виникла як інститут англосаксонського права. Вперше про умовне депонування заговорили в Сполучених Штатах Америки, коли розпочалось становлення умовного депонування в іпотечній сфері в часи Великої Депресії 1930-х років ХХ століття. Для

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

стабілізації ринку нерухомості в США було прийнято Національний Житловий Закон 1934 року та створено Федеральну Житлову Агенцію і Федеральну позиково-зберігальну страхову корпорацію. Саме ці установи виступали гарантами виконання позикових зобов'язань громадян перед банками. В означений період формується поняття умовного депонування як правовідношення за участі кредитора, боржника та третьої особи, на яку покладалася функція гарантування виконання зобов'язання.

Юридичний словник визначає «ескроу» (англ. *escrow*) в англо-американському праві як депонування у третьої особи грошової суми на ім'я другої особи з метою, щоб вона була видана їй лише після виконання обумовленої умови [1, с. 617]. Його зміст полягає в укладенні угоди, як правило, із залученням третьої особи ескроу-агента, який своїми діями забезпечує належне виконання договору сторонами. Зазначений договір представляє собою систему норм, що спрямовані на зниження правових і економічних ризиків сторін, які виникають при реалізації ними суб'єктивних цивільних прав.

Активний розвиток інститут ескроу в США отримав з причини широкого застосування інституту іпотеки, саме тому перед законодавцем постала потреба запровадити механізм захисту сторін означеного виду договору. Така практика залишається у США і сьогодні: рахунок ескроу відкривається окремо від іпотечного (кредитного) рахунку та на нього вносяться грошові кошти для виплат за визначених обставин, пов'язаних з іпотекою, зазвичай це податки на нерухомість і страхові суми. Обов'язок ескроу-агента в даному випадку – слідкувати за тим, щоб грошові кошти з рахунку були використані виключно для оплати по встановленим цілям. В багатьох випадках при оформленні іпотеки відкриття ескроу рахунку є обов'язковим, так як це гарантує кредитору той факт, що особа, яка взяла іпотеку, не робитиме спроби сплати податку на нерухомість [2].

В зарубіжній практиці рахунок ескроу використовується при укладенні договорів з нерухомістю, при укладенні договорів з цінними паперами, дороговартісним рухомим майном, при іпотечному кредитуванні. Так, у Німеччині цей рахунок активно застосовується при укладенні кредитних договорів, які забезпечуються іпотекою житла, що набувається. Після видачі іпотечного житлового кредиту позичальник вносить на банківський рахунок ескроу визначену грошову суму, яка використовується іпотечним банком, що видав кредит, для погашення основної суми боргу та відсотків по іпотеці [3, с. 39].

Швейцарське цивільне право визначає договір ескроу як договір, за яким одна сторона (ескроу-агент) зобов'язується прийняти від другої сторони (депонента), який є зобов'язаною стороною в основному зобов'язанні, визначене майно, забезпечити його збереження і передати його третій стороні (бенефіціару) при настанні обумовленої умови чи при виконанні бенефіціаром дій, передбачених основним зобов'язанням, а депонент і бенефіціар зобов'язуються сплатити ескроу-агенту обумовлену договором винагороду [4].

З поняттям «ескроу» тісно пов'язані такі терміни як «рахунок ескроу» та «ескроу-агент». Ключовий момент у вивченні ескроу - «особа» ескроу-агента. Це незалежна третя особа, яка надає сторонам свої послуги, за допомогою яких реалізується забезпечувальний механізм ескроу. Залучення третьої особи з метою забезпечення не вляється новим, але в даному випадку третя особа діє в інтересах не просто кредитора, а обох сторін у договорі, залишаючись нейтральною стороною, тим самим збільшуючи рівень забезпечення інтересів сторін [5, с. 11].

В Об'єднаних Арабських Еміратах послуги ескроу-агента є обов'язковими для всіх договорів з нерухомістю. У відповідності з законом емірата Дубай, агентами можуть виступати банки або фінансові установи, які отримали ліцензію Центрального банку ОАЕ на залучення депозитів, а також які мають додаткову акредитацію та дозвіл Земельного департаменту Дубаї. Відповідно, законодавство ОАЕ передбачило обмежений перелік ескроу-агентів з метою узабезпечити договірні відносини від неналежного виконання суб'єктами, що дозволяє функціонувати цивільному та торгівельному обігу в країні найкращим чином.

У Великобританії досить детально врегульована відповідальність ескроу-агентів, якими найчастіше виступають адвокати. Відповідальність розподіляється на частини, наприклад, у випадку неналежного виконання зобов'язань по договору ескроу, ескроу-агент несе відповідальність у

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

вигляді штрафів, повного відшкодування заподіяних збитків обом сторонам та відсторонення від будь-якої юридичної практики. Саме тому ніхто із адвокатів не йде на порушення закону, адже за таких умов він може втратити довіру з боку клієнта, а також понести великі витрати.

З урахуванням розвитку зазначених відносин зарубіжне використання ескроу регулюється різними нормами права, але суть правочину не змінилась: сторона відплатного договору, яка повинна за визначених умов отримати певну оплату, отримує її не від другої сторони договору безпосередньо, а від третьої особи.

Вітчизняний законодавець робив декілька спроб запровадити інститут ескроу-рахунка в Україні. Вперше, ще на початку 2011 року було зареєстровано два законопроекти № 8188 та № 8189 внесені на розгляд комітету Верховної Ради України народними депутатами Ю. Воропаєвим і Г. Скупарем, які були спрямовані на визначення прав та обов'язків сторін за договором номінального банківського рахунку. Ними було запропоновано доповнити Цивільний кодекс України ст. 1066-1, що мала передбачити договір номінального банківського рахунку, зміст якого полягав у тому, що він відкривається клієнтом з метою зарахування грошових коштів, якими той не може розпоряджатися, оскільки вони є власністю третіх осіб. У 2012 році обидва законопроекти було відкликано.

Наступна спроба запровадити зазначений інститут в Україні мала місце в 2016 році, коли до Верховної ради України було подано законопроект № 2302а-д «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах», яким було запропоновано внести зміни до глави 72 Цивільного кодексу України, доповнивши її параграфом 2 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)».

І вже 23 березня 2017 року Верховною Радою України було прийнято Закон № 1983-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах», яким було доповнено главу 72 Цивільного кодексу України § 2 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)». У ст. 1076-1 Цивільного кодексу український законодавець визначив договір рахунку умовного зберігання (ескроу) як такий, відповідно до якого банк зобов'язується приймати та зараховувати на рахунок умовного зберігання (ескроу), відкритий клієнту (володільцю рахунку), грошові кошти, отримані від володільця рахунку та/або від третіх осіб, та перераховувати такі кошти особі (особам), вказаній володільцем рахунку (бенефіціару або бенефіціарам), або повернути такі кошти володільцю рахунку за настання підстав, передбачених договором рахунку умовного зберігання (ескроу).

Ескроу-агентом за договором рахунку умовного зберігання (ескроу) виходячи з вищезазначеного положення виступає банк, а не інша особа (адвокат, нотаріус тощо), що має необхідну ліцензію та користується високим ступенем довіри сторін – як у зарубіжній практиці. Саме банк відкриває спеціальний рахунок ескроу для зберігання та блокування грошових коштів, отриманих від депонента (володільця рахунку), що підлягають перерахуванню бенефіціару (бенефіціарам) при виникненні обставин, передбачених договором.

Вітчизняний законодавець запровадив лише один із різновидів ескроу – ескроу-рахунок, відповідно, в якості ескроу-агента може виступати лише банк, а в якості забезпечення зобов'язання – тільки безготівкові грошові кошти.

На думку П. Олійника алгоритм ескроу в Україні на перспективу має виглядати наступним чином:

1) сторони основного зобов'язання укладають договір ескроу з ескроу-агентом (по суті, посередником між продавцем та покупцем). Як правило, це тристоронній договір, який укладається одночасно з основним зобов'язанням;

2) покупець перераховує на банківський рахунок ескроу-агента (ескроу-рахунок) ціну угоди. Як правило, ескроу-рахунок – це спеціальний банківський рахунок, що відкривається ескроу-агентом на своє ім'я для зберігання грошових коштів, перерахованих покупцем (депонентом), та їх подальшого перерахування продавцю (бенефіціару). Ескроу-агент не може жодним чином використовувати грошові кошти, які знаходяться на такому рахунку, окрім як для перерахування їх продавцю або повернення покупцю. Іноді сторони вимагають надання ескроу-агентом періодичної звітності про стан такого рахунку;

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

3) продавець передає ескроу-агенту документи, що підлягають передачі за основним зобов'язанням (документ про передачу акцій, установчі документи компанії-цілі, правовстановлюючі документи на майно тощо), тобто документи, передача яких є суттєвою умовою виконання зобов'язання;

4) ескроу-агент перевіряє форму та зміст наданих йому документів на відповідність умовам основного зобов'язання. Якщо документи відповідають таким умовам, він передає їх покупцю і одночасно перераховує ціну угоди продавцю. Якщо документи не відповідають таким вимогам, ескроу-агент повертає їх продавцю, а грошові кошти, що складають ціну угоди, повертаються покупцю. У такому випадку угода припиняється. Як варіант, якщо це не суперечить договору ескроу та основному зобов'язанню, ескроу-агент може надати продавцю час для приведення документів у відповідність до вимог основного зобов'язання, після чого все відбувається по вказаній схемі знову [6].

Уявляється необхідним також звернутись до розгляду питання правової природи договору ескроу (рахунку умовного зберігання). Цивільний кодекс України виходить з того, що договір рахунку умовного зберігання (ескроу) є самостійним видом договору. Та, не зважаючи на це, відповідно до ч. 3 ст. 1076-1 Цивільного кодексу України до відносин сторін у зв'язку з відкриттям, обслуговуванням та закриттям рахунку умовного зберігання (ескроу) застосовуються положення параграфу 1 глави 72, якщо інше не встановлено параграфом 2 та не впливає із змісту правовідносин між банком, володільцем рахунку та бенефіціаром. Стаття 1067 Цивільного кодексу України містить положення, відповідно до якого банк не має права відмовити у відкритті рахунку, вчинення відповідних операцій за яким передбачено законом, установчими документами банку та наданою йому ліцензією, крім випадків, коли банк не має можливості прийняти на банківське обслуговування або якщо така відмова допускається законом або банківськими правилами. Отже, банк зобов'язаний надати послуги з відкриття ескроу-рахунку особам, які мають певну необхідність у споживанні відповідних банківських послуг, що дає можливість віднести означений договір до публічних.

Права та обов'язки сторін договору рахунку умовного зберігання (ескроу) виникають з моменту досягнення згоди по всіх істотних умовах незалежно від того, чи були внесені кошти у момент відкриття рахунку, що дає підстави визначати цей договір як консенсуальний.

Головними обов'язками сторін договору ескроу є: для депонента – забезпечення того, щоб грошові кошти, призначені для кредитора в основному зобов'язанні, були виплачені лише після виконання ним зустрічного обов'язку, а для кредитора – щоб після виконання ним обов'язку грошові кошти були в будь-якому випадку йому перераховані, що знімає ризик невиконання зобов'язання кредитором і, відповідно, неотримання грошових коштів кредитором та дає можливість визначити договір як двостороньовзаємний.

В. В. Батін характеризує рахунок ескроу (рахунок умовного депонування) як довірчий рахунок, який відкривається у третьої особи і призначений для зберігання грошових коштів однієї із сторін правочину та перерахування цих коштів на користь іншої сторони за настання визначених обставин та (або) виконання однією із сторін визначених умов. Зазвичай це рахунок, на який перераховуються кошти при підписанні договору як гарантія майбутнього платежу, або, такі рахунки можуть використовуватись також у процесі іпотечного кредитування для депонування коштів, призначених для сплати податків і страхових сум; в контексті зовнішнього боргу мова може йти про відкритий за межами країни – боржника рахунок, на який країна – боржник перераховує частину доходів від експорту, і з якого здійснюються платежі по обслуговуванню боргу; також мова може йти про рахунок, на якому активи блокуються до закінчення судового розгляду та визначення законного власника активів [7].

Договір ескроу це завжди строковий та оплатний договір, оскільки ст. 1076-5 Цивільного кодексу України закріплює можливість передбачати винагороду банку за договором рахунку умовного зберігання (ескроу) за послуги, пов'язані з обслуговуванням рахунку та здійсненням операцій за ним, а ст. 1076-8 передбачає можливість припинення договору після закінчення строку (настання терміну припинення) договору рахунку умовного зберігання (ескроу) або за настання інших обставин, встановлених договором рахунку умовного зберігання (ескроу). Розірвання до-

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

говору рахунка умовного зберігання (ескроу) допускається у будь-який час за заявою володільця рахунка та виключно за умови отримання письмової згоди бенефіціара на розірвання договору.

З огляду на закріплене в Цивільному кодексі України визначення предметом договору ескроу є дії депонента по переданню грошових коштів ескроу-агенту на зберігання, та зобов'язання ескроу-агента забезпечити схоронність коштів і передати їх бенефіціару за умов вказаних в договорі, а його об'єктом – безготівкові кошти, оскільки всі послуги банку полягають у банківських операціях з ними.

Висновки дослідження та перспективи подальших наукових розвідок. Реформування цивільного законодавства України в сфері регулювання системи банківських рахунків, безумовно, є явищем позитивним та давно очікуваним. Проведений аналіз традиційних способів використання договору ескроу у зарубіжних країнах та змін вітчизняного цивільного законодавства дозволяє зробити висновок, що вітчизняний законодавець запровадив лише один із різновидів ескроу – ескроу-рахунок, відповідно, в якості ескроу-агента може виступати лише банк, а в якості забезпечення зобов'язання – тільки безготівкові грошові кошти. Це дає можливість стверджувати, що правове застосування інституту ескроу в Україні порівняно із законодавством зарубіжних країн суттєво звужено.

Не зважаючи на деякі неузгодженості та критику відповідних положень цивільного законодавства, можна впевнено стверджувати про певні аспекти наближення вітчизняного бізнес-середовища до зарубіжних стандартів. Так, договір рахунку ескроу являє собою гнучку, універсальну правову конструкцію, основна функція якої – гарантування основного зобов'язання, яке виникає із цивільно-правового договору. Якщо договір рахунку ескроу укладається між банком та депонентом, то він є публічним, консенсуальним, двостороньовзаємним (синалагматичним), оплатним, строковим, довірчим.

Крім того, уявляється необхідним зазначити, що договір рахунку умовного зберігання (ескроу) є досить перспективним і найближчим часом займе відповідне місце у вітчизняній правовій системі.

Література

1. Большой юридический словарь / В. Н. Додонов, В. Д. Ермаков, М. А. Крылова [и др.]. - М. : Инфра-М., 2001. – 790 с.
2. Ковалев, Н. С. Использование договора эскроу в мировой практике / Н. С. Ковалев // Теория и практика современной науки. – 2017. – № 1 (19). – URL: [http://modern-j.\(lspolzovanie_dogovora_eskrou_v_mirovoy_praktike\)](http://modern-j.(lspolzovanie_dogovora_eskrou_v_mirovoy_praktike)).
3. Василевская, Л. Ю. Договор счета эскроу: проблемы правовой квалификации / Л. Ю. Василевская // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». – 2016. – № 2. – С. 37-49.
4. Пенцов, Д. А. Договор эскроу по швейцарскому праву / Д. А. Пенцов // Закон. – 2013. – № 1 – С. 147-156.
5. Коневина, Ю.Л. Юридическая конструкция условного депонирования (эскроу) / Ю. Л. Коневина // Вопросы экономики и права. – 2013. – № 8. – С. 11-16.
6. Олійник, П. За принципом ескроу: запровадження світових стандартів в українському законодавстві / П.Олійник // Юридична газета online: Всеукраїнське щотижневє професійне юридичне видання. – 12.04.2017. – URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-maza-principom-eskrou>.
7. Батин, В. В. Понятие и сущность договора условного депонирования (эскроу) / В. В. Батин // Юрист. – 2013. – № 8. – С. 15-18.

Надійшла 18.11.2017