

С. В. КУЛИЦЬКА

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ПОПЕРЕДНІМ ДОГОВОРОМ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ НЕРУХОМОГО МАЙНА

Аналізуються доктринальні та правозастосовні позиції щодо способів забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна, вносяться рекомендації щодо покращення стану правового регулювання даної сфери суспільних відносин.

Ключові слова: завдаток; аванс; позика; забезпечувальний платіж; неустойка (штраф).

Анализируются научные и правоприменительные позиции по поводу способов обеспечения исполнения обязательств по предварительному договору купли-продажи недвижимого имущества, вносятся рекомендации по улучшению правового регулирования этой отрасли общественных отношений.

Ключевые слова: задаток; аванс; залог; денежное обеспечение; неустойка (штраф).

Doctrinal and practical positions concerning the ways of ensuring the discharge of the obligations under the prior bill of sale of the motionless are analyzed, recommendations for improving legal regulation of such sphere of social relations are made.

Key words: deposit; advance (payment on account); loan; guaranteed payment; forfeit (fine).

Актуальність обраної теми дослідження обумовлена тим, що на сьогодні ані юридичною теорією, ані практикою не вироблено однозначних підходів до визначення як можливості забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна за допомогою названих у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) способів (видів) забезпечення виконання зобов'язання (ч. 1 ст. 546 ЦК України), так і законності, ефективності та дієвості тих непоіменованих способів забезпечення, які найчастіше використовуються при укладенні згаданих договорів (ч. 2 ст. 546 ЦК України).

Мета даної статті полягає в аналізі існуючих доктринальних та правозастосовних позицій щодо можливих способів забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна, а також у висвітленні власної точки зору з приводу доцільності та правомірності використання найпоширеніших у договірній практиці способів забезпечення.

Перш за все варто наголосити на тому, що деякі проблемні аспекти забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна розглядалися у публікаціях Р.А. Майданика, С.Я. Фурси, І.О. Дзери, О.Л. Невзгодіної, М. Єрмошкіної, Є.І. Меліхова, С. Циганкова, Б.М. Гонгало та інших. Проте, незважаючи на наявність вказаних вище наукових розробок, сталих теоретичних підходів з приводу цієї тематики не існує, тим більше, що практика у даній сфері неоднорідна.

Узагальнивши існуючі підходи щодо способів забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна, можна

виокремити наступні цивільно-правові конструкції: а) завдаток; б) аванс; в) цільова позика грошових коштів; г) забезпечувальний (гарантійний) платіж (грошове забезпечення); г) неустойка (штраф). Розглянемо дані конструкції детальніше.

1. Завдаток. Відповідно до нормативного визначення (ч. 1 ст. 570 ЦК України), завдаток виконує 3 основні функції: платіжну (видається у рахунок належних за договором платежів), доказову (підтверджує факт існування зобов'язання) та забезпечувальну (встановлює наслідки невиконання зобов'язання). Крім того, в літературі виділяються й інші (додаткові) функції завдатку: компенсаційна, відновна, штрафна тощо¹.

Проблемні питання щодо можливості застосування завдатку як одного з поіменованих способів забезпечення виконання зобов'язання виникають саме в контексті попереднього договору купівлі-продажу нерухомого майна, основне зобов'язання за яким є ризиковим і негрошовим (зобов'язання його сторін укласти в майбутньому основний договір), а сам договір належить до групи організаційних². В юридичній літературі з цього приводу існують різні точки зору. Одні науковці вважають, що забезпечення завдатком зобов'язань за попереднім договором цілком можливе, хоча прямо і не передбачено на рівні законодавства, проте й не заборонено законом (С. Циганков³, К.І. Скловський⁴). Інші науковці наголошують, що специфіка попереднього договору не дозволяє використовувати саме завдаток в якості способу забезпечення виконання зобов'язання як за цим договором, так і за основним договором. 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. Попереднім договором можуть бути передбачені способи забезпечення виконання зобов'язку з укладання в майбутньому основного договору (наприклад, може бути встановлена неустойка за ухилення від укладення основного договору)⁵. С.І. Меліхов допускає можливість використання конструкції завдатку для забезпечення попереднього договору як непоіменований в ЦК «гібридний» спосіб, що поєднує ознаки завдатку і неустойки, пропонуючи не називати в договорі такий спосіб завдатком, оскільки це може призвести до недійсності договору про завдаток⁶. І.О. Дзера зазначає, що є більше підстав вважати неможливим забезпечення завдатком попереднього договору, й стверджує, що виходячи зі змісту попереднього договору, цей договір є безвідплатним, отже ніякі платежі боржником кредитору за цим договором передаватися не можуть⁷. Цікавою є позиція М. Єрмошкіної, котра пише: «Когда обеспечиваемого обязательства вообще нет, все средства обеспечения теряют смысл, поскольку объективно нельзя обеспечивать «ничто». Иначе выглядит ситуация, когда что-то уже имеется в проекте, хотя формально еще не «родилось», тобто допускає можливість забезпечити завдатком попередній і одночасно ще «не народжений» основний договір за умови припущення, що 3 основні функції завдатку розподіляються між 2 взаємопов'язаними договорами: попереднім і основним, а перехід суми завдатку з одного зобов'язання (попереднього договору) в інше (основний договір) розглядається як залік за мовчанням, який може бути передбачено в законі»⁸.

На мою думку, з формально-юридичних та змістовних підстав на сьогодні не можна застосувати поширювальне тлумачення ч. 1 ст. 570 ЦК України, тобто застосовувати положення про завдаток і по відношенню до попередніх договорів, зокрема щодо купівлі-продажу нерухомого майна (перш за все, через немож-

ливість реалізації принципу акцесорності, якщо основний договір не відбудеться, або відбудеться, однак буде визнаний недійсним). Хоча С.Я. Фурса можливість встановлення у попередньому договорі умови про завдаток обґрунтовує закріпленнями у законодавстві принципом свободи договору (п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК), можливість 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 України). С.Я. Фурса зазначає, що сторони договору можуть не посилається на норми закону, яким вони передбачають врегулювати свої майбутні відносини, а чітко «розписати», які наслідки у кожній стороні виникнуть після посвідчення відповідного договору⁹.

Однак, очевидно, що без внесення відповідних змін до законодавства, застосування положень про завдаток відносно попередніх договорів не є правомірним, про що свідчить і судова практика. Зокрема, у правових позиціях Верховного суду України 1998 р., зазначалось, що в разі, коли сторони домовились укласти договір, але відповідно його не оформили, сплачені в рахунок виконання договору платежі повертаються в тому розмірі, в якому вони передавались. Судова палата у цивільних справах Верховного суду України в ухвалах відповідно від 26.02.2004 р. та від 13.10.2005 р. звернула увагу судів на неправильне застосування ст. 195 ЦК 1963 р. та вказала, що викладене у цій статті правило про залишення завдатку особі, яка його одержала, або стягнення з неї подвійної суми завдатку застосовується в тих випадках, коли між сторонами було укладено договір, проте він не виконується з вини якоїсь із сторін. У тих випадках, коли сторони домовились укласти договір, але відповідно його не оформили, сплачені в рахунок виконання договору платежі визнаються авансовими і повертаються в тому розмірі, в якому вони надавалися (а не в подвійному розмірі)¹⁰. Сучасна судова практика також йде шляхом визнання завдатком виключно суми, яка була сплачена після укладення договору з обов'язковим дотриманням вимог щодо його форми (ст. 657 ЦК України)¹¹.

На мій погляд, з урахуванням всього вище зазначеного, варто констатувати, що завдаток не може розглядатися в якості одного із способів забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна, адже завдаток може забезпечувати виконання лише існуючого грошового зобов'язання. За договором купівлі-продажу нерухомого майна грошове зобов'язання покупця виникне тільки після укладення такого договору, який вважається укладеним з моменту державної реєстрації (ст. 657 ЦК України). До цього моменту договору не існує, та відповідно не існує і грошового зобов'язання. З цього приводу подібну точку зору висловлює і Б. М. Гонгало, який стверджує, що завдатком не можуть забезпечуватися договори, які підлягають державній реєстрації. Оскільки до такої реєстрації зобов'язання не виникає, то і про завдаток не може бути мови (не можна доказувати факт існування того, чого немає). Більше того, формально-юридично до державної реєстрації договору купівлі-продажу житлового приміщення (ч. 2 ст. 558 ЦК РФ) покупець не повинен сплачувати продавцю ціну або її частину: договору ще немає, права і обов'язки ще не виникли¹². Також варто зазначити, що незважаючи на новели закону України від 11.02.2010 р. № 1878-VI «Про внесення змін до Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень" та інших законодавчих актів України», за якими фактично скасовується вимога щодо державної

реєстрації договорів купівлі-продажу нерухомого майна (вказані зміни наберуть чинності 01.01.2012 р.), моментом укладення таких договорів вважається момент їх нотаріального посвідчення (ч. 3 ст. 640, ст. 657 ЦК України). Оскільки законодавством не передбачено обов'язковості нотаріального посвідчення попереднього договору купівлі-продажу нерухомого майна (при цьому, нотаріальне посвідчення попереднього договору не може підмінити вимогу щодо нотаріального посвідчення основного договору), моментом укладення основного договору буде момент його нотаріального посвідчення, тобто в даному разі завдаток не може бути використаний в якості способу забезпечення як зобов'язання за основним договором (цього зобов'язання фактично ще не існує; тому постає питання про дійсність самого договору про завдаток), так і зобов'язання за попереднім договором (має безвідплатний характер).

II. Аванс. Серед науковців також точаться дискусії щодо можливості передачі за попереднім договором авансу. На думку О.Чуєвої, найменування суми, переданої покупцем продавцеві за попереднім договором, авансом, є неправильна позиція, оскільки аванс – це частина платежу за основним договором. Тому обов'язок у покупця сплатити грошову суму (частинами або повністю), а у продавця – право вимагати сплати цієї суми – виникне лише після укладення договору купівлі-продажу¹³. В доктрині аванс розглядається як попередньо виплачена грошова сума в рахунок майбутніх платежів за матеріальні цінності, на виконання робіт, надання послуг. Аванс зараховується у рахунок остаточного платежу за договірними зобов'язаннями (платіжна функція) і слугує матеріальним підтвердженням реальності умов укладення договору (доказова функція), але, на відміну від завдатку, він не є способом забезпечення виконання зобов'язань. Сторона, яка видала аванс, має право вимагати його повернення практично у всіх випадках невиконання договору, а сторона, яка отримала аванс, ні за яких умов не може бути зобов'язана до його повернення у більшому розмірі.

З огляду на зазначене, вважаю, що аванс неможливо використати для забезпечення негрошового зобов'язання за попереднім договором. Однак, поряд з забезпечувальним платежем, аванс продовжує використовуватись у договірній практиці як спосіб передачі за попереднім договором певної грошової суми¹⁴. При цьому, як вже згадувалося вище, суди при прийнятті рішень за позовами про повернення завдатку в подвійному розмірі за наслідками невиконання зобов'язань за попереднім договором визнають такі завдатки «авансовими платежами», з відповідними наслідками щодо їх повернення покупцю (без подвійного розміру) (не вказуючи, що ці кошти отримані без достатніх правових підстав).

III. Цільова позика грошових коштів. Коли виникає необхідність законної передачі певної грошової суми за попереднім договором від однієї з сторін іншій, О. Чуєва пропонує укладати змішаний цивільно-правовий договір з елементами попереднього договору та договору позики. На її думку, в цьому випадку мова йде про цільову позичку: погасити борги, отримати документи на об'єкт тощо. При цьому, потрібно визначити строк виконання зобов'язання за договором позики строком укладення основного договору; в даному разі можливе і зарахування зустрічних однорідних вимог¹⁵. На мій погляд, з урахуванням того факту, що на практиці сума грошей, які передаються за попереднім договором, не обмежується вартістю боргів власника по об'єкту нерухомості чи вартістю виготовлення документів, і зазвичай є значно вищою, у випадку укладення згаданого змішаного договору з елементами договору позики та попереднього договору варто вести

мову про наявність звичайної, а не цільової позики грошових коштів (тому може постати питання і про фіктивність цього правочину та зумовлені цим правові наслідки, передбачені ст. 234 ЦК України), тобто вказана цивільно-правова конструкція не дозволяє забезпечити ефективне виконання сторонами своїх зобов'язань за попереднім договором, надаючи згаданим відносинам ще більш ризиковий характер.

IV. Забезпечувальний (гарантійний) платіж (грошове забезпечення). З урахуванням припису ст. 6 ЦК та невиключності переліку способів забезпечення зобов'язань (ч. 2 ст. 546 ЦК України), було створено конструкцію нового способу забезпечення, що не має свого нормативного закріплення – «грошове забезпечення» або «забезпечувальний (гарантійний) платіж» (О. Ковальова¹⁶). Таке забезпечення безпосередньо виконує забезпечувальну функцію (забезпечується виконання основного обов'язку сторін – укладення основного договору); в разі прямого зазначення в договорі, грошове забезпечення буде виконувати платіжну функцію в основному договорі у випадку його укладення, що, зокрема, відрізняє це забезпечення від завдатку, а в разі неукладення основного договору з причин, які залежали від обох сторін, сума грошового забезпечення підлягає поверненню як безпідставно отримана згідно ст. 1212 ЦК. Також існує модель, за якою після укладення основного договору, з моменту виникнення відповідних грошових зобов'язань за цим договором, сторони можуть укласти договір про зарахування зустрічних однорідних вимог – зарахування вимоги повернення забезпечувального платежу і вимоги передачі грошових коштів на суму забезпечувального платежу (ст. 601 ЦК України). О. Чуєва критикує забезпечувальний платіж і зазначає, що у такий спосіб забезпечується зобов'язання покупця і не забезпечується зобов'язання продавця (при тому, що обов'язок укласти основний договір мають обидві сторони), неможливе зарахування вказаних вище зустрічних однорідних вимог в порядку ст. 601 ЦК, з позиції відсутності у продавця зобов'язання сплати грошей, термін виконання якого настав, та ставить під сумнів правомірність дій нотаріуса, який посвідчує договір, що передбачає передачу грошей, отриманих без достатніх правових підстав, та зазначає про подібність цієї операції до завдатку. Науковець вважає, що грошова сума, яка передається за попереднім договором, є позикою грошових коштів, а попередній договір в цьому сенсі виступає змішаним цивільно-правовим правочином з елементами попереднього договору та договору позики¹⁷. Також цікавою є точка зору А.В. Латинцева, який вважає, що грошова сума, яка вноситься в забезпечення негрошового зобов'язання, і фактично виконує тільки забезпечувальну функцію, є специфічною формою завдатку – «оборотний завдаток», і підлягає поверненню при належному виконанні забезпечених зобов'язань¹⁸.

На мою думку, застосування забезпечувального (гарантійного) платежу як одного з непоіменованих способів забезпечення є досить ефективним, адже надає змогу сторонам в договірному порядку чітко визначити модель правовідносин між ними, зобов'язання кожної з них і передбачити правові наслідки порушення цих зобов'язань (тобто, дозволяє у повному обсязі реалізувати принципи диспозитивності та свободи договору).

V. Неустойка (штраф). О. Чуєва зазначає, що у випадку відсутності потреби в передачі грошової суми при укладенні попереднього договору, або якщо сторони бажають додатково отримати для себе певні гарантії виконання зобов'язань по укладенню основного договору, в якості забезпечення виконання зобов'язань

доцільно використати неустойку у вигляді штрафу (ч. 2 ст. 549 ЦК України). ЦК України не передбачено можливість встановлення штрафу в твердій грошовій сумі. Оскільки зобов'язання сторін за попереднім договором не є грошовим, сторони попереднього договору можуть оцінити своє зобов'язання укласти основний договір в певну грошову суму. В цьому випадку з'являється можливість забезпечити виконання попереднього договору штрафом, розмір його повинен бути адекватним збиткам, що понесе сторона у випадку відмови іншої сторони укласти основний договір. Тобто, штраф, визначений сторонами попереднього договору, убезпечить сторону, яка вважає себе невинною в неукладенні основного договору, від доказування збитків та їх розміру в судовому порядку¹⁹.

На мій погляд, точка зору О. Чуєвої є достатньо обгрунтованою, і штраф дійсно може бути застосований в якості виду забезпечення виконання зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна (зокрема, подібні ситуації мають місце і в судовій практиці України²⁰).

Проаналізувавши все вище зазначене, вважаю за доцільне висловити свою позицію щодо можливих альтернатив способам забезпечення зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна. На мою думку, превентивною конструкцією охорони інтересів сторін може бути умова попереднього договору про перерахування (внесення) на депозитний рахунок нотаріуса грошових сум (забезпечувальних платежів) обома сторонами договору, адже попередній договір покладає обов'язки щодо його виконання і на покупця, і на продавця (з урахуванням необхідності передбачення подібної нотаріальної дії у ст. 85, 86 Закону України «Про нотаріат», п.п. 277-281 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). Дана точка зору також обгрунтовується С.Я. Фурсою²¹; деякі російські вчені пропонують застосовувати такий спосіб забезпечення як внесення обома сторонами попереднього договору грошових депозитів на рахунок третьої особи з умовою їх повної чи часткової втрати або стягнення із цих депозитів відсотків за прострочення укладення основного договору²². Можливою альтернативою є ситуація, коли здійснюється продаж переважного права купівлі певного нерухомого майна в порядку продажу майнових прав (ч. 2 ст. 656 ЦК України). Тобто, потенційний покупець замість укладення попереднього договору може придбати у потенційного продавця переважне право (опціон) на купівлю у визначений строк і на погоджених умовах відповідного об'єкта нерухомості. Умови цього договору можуть передбачати ті ж правові наслідки, що і при внесенні завдатку, проте даний договір забезпечує сторонам значно більшу диспозитивність поведінки.

Отже, сучасна юридична теорія та практика вимагає від законодавця вибору та регламентації одного із 2 можливих шляхів вирішення проблеми забезпечення зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна: доповнення ЦК України положеннями про завдаток як спеціальний спосіб забезпечення зобов'язань за попереднім договором купівлі-продажу нерухомого майна (данина історичній традиції – т.зв. запродажа нерухомості, для якої було передбачено спеціальні положення про завдаток, який надався в рамках цього договору та виконував платіжну функцію по майбутньому договору купівлі-продажу), або ж нормативне регулювання інших (альтернативних завдатку) способів забезпечення, зокрема, забезпечувального (гарантійного) платежу.

1. *Гражданское право: Учебник. Ч. 1* / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.:

Теис, 1996. – С. 535. **2. Морозов С.Ю.** Взаимосвязь гражданско-правовых организационных и имущественных договоров // Право и государство: теория и практика. – 2010. – № 8. – С. 54. **3. Цыганков С.** Задаток при купле-продаже жилья // Хозяйство и право. – 1999. – № 11. – С. 89. **4. Скловский К., Цокур О.** Предварительный договор: задаток и убытки // Бизнес-Адвокат. – 2002. – № 1. – С. 10. **5. Гонгало Б.М.** Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://pravoznavec.com.ua/books/106/6438/41/#chapter> **6. Мелихов Е.И.** Предварительный договор и задаток // Юрист. – 2003. – № 4. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/comm/4073/> **7. Дзера І.О.** Особливості завдатку та забезпечуванн ним зобов'язань // Юридична газета. – 2006. – № 19(79) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/article/458/> **8. Ермошкина М.** Задаток и предварительный договор: тест на совместимость // ЭЖ-Юрист. – 2005. – № 32. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.jurinform.ru/publications/estate/a478/> **9. Клименко О.М.** Застосування завдатку як способу забезпечення виконання зобов'язань сторін за попереднім договором // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – № 1 (14). – С. 66. **10. Сиволобова Г.** Договір завдатку чи попередній договір? // Журнал «ЯНУС НЕРУХОМІСТЬ». – 2010. – № 4(375). [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://kcp-sivolobova.com.ua/stati-intervju/15-dogovr-zavdatku-chi-poperednj-dogovr> **11. Ухвала** Судової палати в цивільних справах Верховного суду України від 08.09.2010 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11176895> **12. Гонгало Б.М.** Цит. праця. **13. Чуєва О.** «Попередній договір – новела чи «давно забуте старе»? // Журнал «Мала енциклопедія нотаріуса». – 2005. – № 3 (21). – С. 53. **14. Ухвала** Судової палати в цивільних справах Верховного суду України від 02.03.2011 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14222902> **15. Чуєва О.** «Предварительный договор. Подведем итог» // Журнал «Мала енциклопедія нотаріуса». – 2005. – № 6 (24). – С. 19. **16. Ковалева Е.** Особенности предварительного договора // Журнал «Юридичний радник». – 2005. – № 3 (5). – С. 30. **17. Чуєва О.** «Предварительный договор. Подведем итог». – С. 18. **18. Мелихов Е.И.** Предварительный договор и задаток // Юрист. – 2003. – № 4. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/comm/4073/> **19. Чуєва О.** «Предварительный договор. Подведем итог». – С. 20. **20. Ухвала** Судової палати в цивільних справах Верховного суду України від 16.02.2011 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14405567> **21. Фурса С.Я., Фурса Є.І.** Попередній договір і завдаток // Газета «Нотаріат. Адвокатура. Суд». – 2005. – №1(3). **22. Скловский К., Цокур О.** Цит. праця. – С. 10.