

А. О. БОЙКО

ДО ПИТАННЯ ПРО ОBOB'ЯЗKOBІCTЬ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО ЗАВДАТОК

Досліджуються основні риси договору про завдаток та форма укладення договору про завдаток як правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання. Аналізується судова практика щодо обов'язковості укладення письмового договору про завдаток та пропонується визначити момент укладення договору про завдаток.

Ключові слова: договір, завдаток, зобов'язання, розписка, письмова форма, укладення договору.

Исследуются основные черты договора задатка и форма заключения договора задатка как соглашения об обеспечении исполнения обязательства. Анализируется судебная практика про обязательность заключения письменного договора задатка и предлагается определить момент заключения договора задатка.

Ключевые слова: договор, задаток, обязательство, расписка, письменная форма, заключение договора.

The basic lines of agreement of advance and form of conclusion of treaty of advance are investigated as an agreement about providing of execution of obligation. Judicial practice is analyzed about obligatoriness of conclusion of writing treaty of advance and it is suggested to define the moment of conclusions of treaty of advance.

Key words: agreement, advance, obligation, receipt, writing form, conclusion of treaty.

Необхідною складовою для успішного та надійного розвитку економічних та правових відносин між суб'єктами є наявність укладеного між ними договору. Письмове закріплення в договорі контрагентами прав та обов'язків сприяє реальному та вчасному виконанню його умов, проте існуючий в Україні низький стан договірної дисципліни та ненадійність боржників свідчать про недовість укладення тільки договорів. За таких обставин кредитори для захисту своїх прав та інтересів все частіше застосовують способи забезпечення виконання зобов'язання, які стимулюють боржників до належного виконання умов договорів через можливість настання для них певних негативних наслідків.

Дослідження обраної теми є вкрай актуальним, адже велика кількість договорів купівлі-продажу нерухомого та рухомого майна сторонами виконується неналежним чином або взагалі не виконується. Судова статистика свідчить про значну кількість звернень громадян з вимогами про стягнення суми завдатку, про повернення завдатку, про додаткову сплату суми завдатку та відшкодування моральної шкоди. Крім того, почастишали випадки, коли сторони беручи певну грошову суму в якості завдатку, не укладають договір про завдаток, а складають лише розписку, що призводить до виникнення конфліктних ситуацій у разі порушення сторонами своїх зобов'язань. Вищенаведені факти свідчать про наявність проблемних питань в сфері застосування завдатку при укладенні договорів.

Варто відмітити, що питанням дослідження та застосування договору про завдаток приділяли увагу такі вчені та науковці, як Г.Ф. Шершеневич, О.С. Йоффе, Б.М. Гонгало, М.І. Брагинський, В.В. Вітрянський, І.Б. Новицький, О.В. Дзера, І.О. Дзера, Д.Е. Федорчук, О.О. Отраднава, О.В. Михальнюк, Г.В. Макаренко та інші.

Загальна проблема, яка постає при дослідженні обраної теми – це відсутність єдиної практики в аспекті застосування завдатку в договорах з рухомим та нерухомим майном, наявність застарілої і невідгідної для сторін юридичної схеми складання розписок при передачі грошових сум.

Метою даної статті є визначення та правове регулювання договору про завдаток, вивчення характерних рис досліджуваного правочину, аналіз судової практики та виявлення характерних юридичних помилок, які роблять сторони при укладенні договорів про завдаток.

В силу ст. 546 ЦК України виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком[№].

Відповідно до ст. 547 ЦК України передбачено, що правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі. Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним.

Статтею 207 ЦК України визначено, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах.

Отже, питання дотримання письмової форми правочину щодо завдатку з урахуванням специфічних рис вказаного способу забезпечення виконання зобов'язання має вкрай важливе значення як для розвитку інституту договірного, так і зобов'язального права.

Даючи наукову оцінку формі правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання О.В. Михальнюк зазначила, що такий жорсткий підхід законодавця можна пояснити намаганням максимально обмежити можливість легковажних, необдуманих і спонтанних вчинків особи, яка обтяжує себе відповідним забезпеченням².

Правочин щодо забезпечення договору може бути включений безпосередньо до змісту договору, на підставі якого виникає зобов'язання, що забезпечується. Не виключається можливість підписання сторонами окремого договору, що передбачає заходи забезпечення виконання зобов'язання і буде підставою виникнення додаткового зобов'язання. Необхідність укладення окремого договору, яким встановлюється забезпечення виконання зобов'язання, що виникло на підставі іншого договору, може бути викликана, зокрема, різним складом учасників цих договорів³.

Варто зазначити, що в законодавстві нормативно не закріплено поняття договору про завдаток. Наявні в ЦК України спеціальні статті, які регулюють завдаток та загальні положення про забезпечення виконання зобов'язання, дають підстави стверджувати про ефективність вказаного способу для забезпечення основних договорів.

Розглядаючи договір про завдаток як такий, що має бути укладений сторонами лише у письмовій формі, необхідно пам'ятати про нікчемність такого договору в разі недотримання визначеної форми. Нікчемність правочину щодо встановлення способу забезпечення виконання зобов'язання згідно із ст. 215 ЦК України означає, що правочин є недійсним з моменту його вчинення і судово підтвердження недійсності правочину в даному випадку не вимагається⁴.

Про таку судову практику зазначають і самі судді, вказуючи, що позови про визнання таких правочинів недійсними не повинні пред'являтися, хоч би одна із сторін і заперечувала недійсність такого правочину, оскільки недійсність право-

чину встановлена законом прямо⁵.

Судова практика звернень громадян до суду з позовами про повернення суми завдатку чи про додаткову сплату суми завдатку свідчить про правову необізнаність таких осіб з приводу обов'язковості укладення договору про завдаток саме в письмовій формі та про помилкове трактування розписки як документу, яким забезпечується виконання основного зобов'язання.

Д.Е. Федорчук аналізуючи питання щодо форми договору про завдаток, зазначає, що за попередньою практикою, що складалася протягом багатьох років (а може і сторіч) видача завдатку, як правило, оформлювалася передачею кредитором-завдаткоодержувачем боржникові-завдаткодавцеві розписки про отримання суми завдатку. При чому в такому разі сторони могли основне зобов'язання укласти в письмовій формі, оскільки факт його укладення було засвідчено розпискою та фактичною передачею грошей. На думку науковця положення ст. 547 ЦК України, по суті, цю практику (але навряд чи обґрунтовано) ламає⁶.

Така теоретична правова позиція підтверджується судовою практикою. Ухвалою колегії суддів Судової палати по цивільним справам Верховного Суду України від 09 липня 2008 р. за позовом гр. Б. до гр. П. про стягнення суми завдатку та відшкодування моральної шкоди встановлено наступне. У жовтні 2006 р. гр. Б. звернулася до суду з позовом до гр. П. про стягнення суми завдатку та відшкодування моральної шкоди, посилаючись на те, що 2 жовтня 2006 р. вона дала відповідачу завдаток в розмірі 500 дол. США, що еквівалентно 2540 грн., за земельну ділянку. Оскільки земельну ділянку відповідачем було продано іншим особам, просила стягнути з нього суму завдатку в подвійному розмірі та 1699 грн. на відшкодування моральної шкоди.

Рішенням Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 13 листопада 2006 р. позов задоволено частково, стягнуто з гр. П. на користь гр. Б. 5750 грн.

Рішенням Апеляційного суду Закарпатської області від 31 січня 2007 р. зазначене рішення суду першої інстанції скасовано й ухвалено нове, яким у задоволенні позову про стягнення суми завдатку в подвійному розмірі, що становить 5080 грн., та 1699 грн. на відшкодування моральної шкоди відмовлено.

В обґрунтування касаційної скарги гр.Б. посилалася на невідповідність висновків суду обставинам справи, неправильне застосування судом норм матеріального права, порушення норм процесуального права та ставила питання про скасування рішення суду апеляційної інстанції і залишення в силі рішення суду першої інстанції. Касаційна скарга була задоволена частково, виходячи з наступного.

Задовольняючи частково позов і стягуючи на користь позивачки кошти в розмірі 5750 грн., суд першої інстанції керувався тим, що сума переданих позивачкою відповідачу коштів є завдатком, тому відповідно до ст. 571 ЦК України відповідач зобов'язаний повернути позивачці завдаток та додатково сплатити суму у розмірі завдатку. Скасовуючи рішення міськрайонного суду та відмовляючи в задоволенні позову гр.Б., апеляційний суд спирався на те, що передана позивачкою відповідачу сума коштів не є завдатком. Проте, з таким висновком колегія суддів касаційної інстанції погодитись не могла, беручи до уваги такі підстави.

Частиною 1 ст. 570 ЦК України визначено, що завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторі боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання. Отже, внесення завдатку як способу забезпечення виконання

зобов'язання може мати місце лише у випадку наявності зобов'язання, тобто договору між сторонами, яким визначено предмет та істотні умови.

Наявну в матеріалах справи розписку відповідача про отримання ним завдатку не можна вважати договором, яким би стверджувалися наміри та взаємні зобов'язання сторін щодо укладення договору купівлі-продажу земельної ділянки.

З огляду на викладене суд першої інстанції дійшов помилкового висновку про те, що сума переданих позивачкою відповідачу коштів є завдатком.

Згідно із ч. 2 ст. 570 ЦК України, якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком, вона вважається авансом.

У порушення викладених вимог закону та ст. 213 ЦПК України апеляційним судом не враховані пояснення відповідача про те, що він визнає позов частково і не заперечує проти повернення позивачці суми отриманих ним коштів, яка зазначена в розписці.

За таких обставин апеляційний суд, дійшовши висновку про те, що сума переданих позивачкою відповідачу коштів не є завдатком, помилково не вирішив питання про стягнення на користь позивачки суми переданого нею авансу.

Враховуючи викладене колегія суддів Судової палати по цивільним справам Верховного Суду України ухвалила: рішення апеляційного суду Закарпатської області від 31 січня 2007 р. скасувати, а справу передати на новий розгляд до суду апеляційної інстанції⁷.

Нині, як відзначає Д.Е. Федорчук, у разі, якщо договір вимагає спеціального оформлення (нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації) як умови дійсності договору, фактична видача завдатку та навіть укладення договору про завдаток у простій письмовій або нотаріальній формі ні в якому разі не може свідчити про укладення забезпеченого договору. Набула поширення практика забезпечення завдатком не самого договору купівлі-продажу, а попереднього договору про його укладення⁸.

К. Дудорова зазначає, що у розписці або в окремому договорі сторони можуть зафіксувати факт передачі грошової суми під назвою «завдаток», вказуючи при цьому конкретну дату, на яку вони призначили укладення договору, про істотні умови якого вже домовились. У даному випадку йдеться про попередній договір⁹.

А. Осіпов нагадує про те, що в договорі про завдаток повинно бути чітко визначено, що передані суми (рухома річ) є саме завдатком; повинні чітко бути визначені предмет та істотні умови основного зобов'язання: характеристики майна, що продається, ціна, порядок розрахунків, перехід права власності тощо. Науковець зазначає, що договір про завдаток не потребує укладення попереднього договору (хоча і може існувати разом із ним), а також завжди передуює укладенню договору купівлі-продажу, обов'язок укладення якого на певних умовах він же (завдаток) забезпечує¹⁰.

Досліджуючи питання особливостей завдатку в правочинах із нерухомістю, Г.В. Макаренко зазначила, що на користь простої письмової форми угоди про завдаток юристи наводять і такий аргумент: якби законодавець мав намір передбачити для угоди про завдаток якусь іншу форму (крім простої письмової), то він би про це прямо зазначив в договорі, як зробив, наприклад стосовно застави нерухомості. Відповідно до ст. 577 ЦК України, якщо предметом застави є нерухоме

майно, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню¹¹.

Розглядаючи питання щодо форми договору про завдаток, І.О. Дзера, відзначає, що у ст. 570-571 ЦК України, які регламентують завдаток, відсутні застереження щодо можливості укладення угоди про завдаток в іншій формі, ніж це передбачається ст. 547 ЦК України. Постає питання, в якій формі має укладатися правочин щодо завдатку, який забезпечує виконання договору, що підлягає нотаріальному посвідченню? Відповідь на це питання науковець знаходить у п. 4 ст. 209 ЦК України, відповідно до якого на вимогу фізичної або юридичної особи будь-який правочин за її участю може бути нотаріально посвідчений. Крім того, у тих випадках, коли правочин про завдаток укладається шляхом оформлення додаткової угоди до основного договору, він, як і основний договір, підлягає нотаріальному посвідченню відповідно до ст. 654 ЦК України, згідно з якою зміна договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що змінюється, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту¹².

З приводу нотаріального посвідчення договору про завдаток Г.В. Макаренко вказує, що деякі нотаріуси і нині продовжують посвідчувати договори про завдаток, який видається у зв'язку з наміром укласти договір купівлі-продажу житлового будинку (квартири). Щоправда, бажаних витратити кошти на оформлення двох нотаріальних документів знаходиться небагато, адже правочин щодо завдатку не виключає необхідності подальшого нотаріального посвідчення власне договору купівлі-продажу нерухомого майна¹³.

Ще одним відкритим питанням залишається момент укладення договору про завдаток. Як зазначають О.В. Михальнюк⁴, В.В. Вітрянський¹⁵, І.Б. Новицький¹⁶, способи забезпечення виконання зобов'язань носять акцесорний (додатковий) характер, що впливає на момент укладення договору про завдаток.

Частина 2 ст. 548 ЦК України закріплює загальний принцип акцесорності для всіх видів забезпечення виконання зобов'язання, які є додатковими до основного договору, що забезпечується, і повною мірою залежать від нього.

Суть принципу акцесорності зводиться до того, що правочин щодо забезпечення має юридичне значення тільки тоді, коли має юридичну силу основне зобов'язання. Іншими словами, забезпечення не може існувати, коли відсутній предмет забезпечення¹⁷.

Вищевикладене дає підстави зробити такі висновки: 1) додатковий (акцесорний) характер завдатку прямо впливає на момент укладення договору про завдаток; 2) момент укладення договору про завдаток залежить від часу виникнення основного зобов'язання, тобто від моменту укладення договору, який забезпечується договором про завдаток.

В силу ст. 570 ЦК України завдатком визнається грошова сума або рухоме майно, яке видається кредиторіві боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Надане законодавцем визначення завдатку свідчить, що вказаний спосіб забезпечення виникає на підставі договору та забезпечує виконання договору, тобто певна грошова сума або рухоме майно фактично передаються на момент існування між сторонами визначених прав та зобов'язань та стимулюють сторони до належного виконання зобов'язання.

Позаяк у ЦК України та інших актах цивільного законодавства, як зазначає І.О. Дзера, не передбачаються підстави для забезпечення завдатком зобов'язання,

що може виникнути в майбутньому, у зв'язку з чим можна дійти висновку про необхідність існування основного договірної зобов'язання між сторонами¹⁸.

Тим не менш, оскільки зобов'язання виникають з підстав, встановлених ст. 11 ЦК України, зокрема, з договорів та інших правочинів, а тому, на нашу думку, договір про завдаток має бути укладений одночасно з основним договором або після укладення основного договору, яким визначаються відповідні права та обов'язки контрагентів.

Б.М. Гонгало також дотримується вищевикладеної точки зору та зазначає, що завдатком не може забезпечуватися зобов'язання виникнення якого тільки передбачається, оскільки зобов'язання, яке виникне на основі договору про завдаток, являється акцесорним (додатковим)¹⁹.

Суперечливою та дискусійною є точка зору Ю. Попова щодо обов'язкової письмової форми договору про завдаток. Вимога про обов'язкову письмову форму правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання, на думку науковця, позбавляє завдаток такої функції. Якщо основний договір вчиняється у письмовій формі, то у підтвердженні зобов'язання немає потреби. У разі ж, коли основний договір вчиняється в усній формі, а договір про завдаток – у письмовій, підтвердженням зобов'язання буде укладення договору про завдаток, а не видача завдатку. Функція підтвердження зобов'язання шляхом видачі завдатку ще з римських часів є дуже важливою для укладення обох цих договорів в усній формі, саме у цьому випадку така видача має значення знаку (доказу) укладення договору. Ю. Попов зазначає, що новела ЦК України призвела до того, що сторони дрібних побутових правочинів, що не складають ніяких письмових документів, позбавлені можливості встановлювати забезпечення. Відтак з думкою про те, що відсутність вимоги щодо обов'язкової письмової форми договору про завдаток була недоліком ЦК УРСР, а у чинному ЦК України усунута прогалина, погодитися не можна²⁰.

Таким чином, вивчення питання щодо обов'язковості укладення договору про завдаток є дискусійним та остаточно не вирішеним. Різноманітні наукові позиції вчених, неоднозначна судова практика та неповністю викоренене радянське значення завдатку створюють певні перепони для юридичного правильного оформлення договору про завдаток в сучасних відносинах між сторонами. Це, в свою чергу, свідчить про необхідність удосконалення норм цивільного законодавства України шляхом внесення до нього певних змін та доповнень. Пропонуємо внести такі зміни до ЦК України: 1) доповнити ст. 571-1 ЦК такого змісту: «Стаття 571-1. Договір про завдаток. За договором про завдаток одна сторона (боржник) видає другій стороні (кредиторові) певну грошову суму або рухоме майно (завдаток) в рахунок належних з боржника за договором платежів на підтвердження зобов'язання і на забезпечення виконання основного зобов'язання. Договір про завдаток укладається сторонами одночасно або після укладення договору, який ним забезпечується».

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 №435-IV // ВВР України. – 2003. – № 40. – Ст. 356. 2. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua>. 3. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: В 4 т.* / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. – Т.2.-К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – С. 258. 4. *Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua>. 5. *Науково-практичний коментар до*

цивільного законодавства України: В 4 т. / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. – Т.2.-К. – С. 259. **6.** Федорчук Д.Е. Забезпечення виконання зобов'язань: Навч. посібник. – Донецьк: «Вебер» (Донецька філія), 2007. – С. 184-185. **7.** Ухвала колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 09.07.2008 р. [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/V5081147.html. **8.** Федорчук Д.Е. Цит. праця. – С. 185. **9.** Дудорова К. Проблемні питання застосування завдатку у відносинах, пов'язаних з відчуженням нерухомості // Цивільне право. – 2004. – №4. – С. 32. **10.** Осіпов А. Поступово зникаючий завдаток / А. Осіпов // Юридичний вісник України. – 2006. – № 16(564). **11.** Макаренко Г.В. Особливості застосування завдатку в правочинах із нерухомістю // Судова апеляція. – 2009. – №1(14). – С. 108. **12.** Дзера І.О. Завдаток як спосіб забезпечення виконання зобов'язань // Наукові записки. – Т. 53. – 2006. – С. 84. **13.** Макаренко Г.В. Цит. праця. – С. 104-105. **14.** Михальнюк О.В. Акцесорний характер забезпечувальних зобов'язань // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 5. – С. 73. **15.** Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: В 4 кн. / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – Кн.1: Общие положения. – М.: Статут, 2000. – С. 480. **16.** Новицкий И.Б., Луиц Л.А. Общее учение об обязательстве. – М., 1950. – С. 256. **17.** Михальнюк О.В. Цит. праця. – С. 73. **18.** Дзера І.О. Особливості завдатку та забезпечуваних ним зобов'язань [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/article/458>. **19.** Гонгало Б. М. Завдаток // Вестник нотариальной палаты Свердловской области. – 1997. – № 5. **20.** Попов Ю. Забезпечення виконання зобов'язання: прощання з міфом // Право України. – 2008. – № 12. – С. 121.