

інстанції також погоджується із висновками попередніх судових інстанцій щодо відмови в задоволенні клопотання ПАТ «Укрсоцбанк» про зобов'язання ліквідатора С. І. Мішина скликати і провести збори комітету кредиторів, оскільки провадження у даній справі здійснюється за особливою процедурою банкрутства суб'єкта підприємницької діяльності — громадянина, яка регулюється ст.ст. 47–49 Закону і якими не передбачено створення комітету кредиторів (курсив мій — М. М.)» (Постанова Вищого господарського суду України у справі № Б-39/126–09). Але у випадку, коли особлива норма не передбачає певного застосування загальної норми, це не заперечує застосування загальної норми. Застосування загальної норми має виключатися прямо, чи виходячи із сенсу спеціальної норми. Але останнього колегією суддів ВГСУ не обгрунтовано, а тому не є правильним. Не випадково, відповідна позиція сьогодні аналізується Верховним Судом України як підстава неоднакового вирішення справ відповідної категорії.

Таким чином, виключення тих чи інших загальних положень законодавства про банкрутство стосовно фізичних осіб-підприємців вимагає всебічного обгрунтування, а не простої констатації про те, що прямо не передбачено законом стосовно банкрутства громадян-підприємців.

ЗГАМА А. О.

Міжнародний гуманітарний університет,
доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук

ПРО ДОГОВІР ЕСКРОУ

При укладенні договорів учасники господарських відносин у тій чи іншій мірі зустрічаються з так званою проблемою «грошей та стільців». Ризик даного питання у багатьох економічно розвинутих країнах знижується за допомогою договорів ескроу. До сьогодні застосування ескроу українським законодавством не врегульовано. Проте розроблено проект Закону України «Про похідні фінансові інструменти (деривативи)», підготовлений Мінекономрозвитку за підтримки Європейського банку реконструкції та розвитку, з прийняттям якого будуть внесені зміни до ЦК України, зокрема планується главу 72 після статті 1076 доповнити новим параграфом 2 «Рахунок умовного зберігання (ескроу)». Аналізуючи положення зазначеного проекту змін до ЦК України, спостерігаємо обмежений підхід законодавця до можливостей ескроу цілому як договору. Так, ескроу розглядається як договір рахунка умовного

зберігання. Пропонується обмежити коло ескроу-агентів тільки банками, а об'єктом ескроу вважати тільки грошові кошти. З огляду на вищезазначене, виникає закономірне питання, чи відповідає запропонована конструкція потребам сучасного господарського обігу і якою має бути сфера застосування ескроу?

У США ескроу використовується у випадках іпотеки. Власник заставленого об'єкта (заставадавець) депонує грошову суму (у розмірі податку на майно й страхової премії, що відносяться до заставленого майна). Якщо заставадавець не виконує свій обов'язок зі сплати такого податку на майно і страхової премії, заставлена сума передається заставадержателю.

Ще одним прикладом застосування ескроу є ескроу програмного вихідного коду, коли ліцензіар (правоволоділець програми і володілець вихідного коду програми) передає виключне право на програму іншій особі, зберігаючи у себе вихідний код програми. Проте у разі застосування ескроу депонується вихідний код програми. У випадку смерті автора програми чи його банкрутства, невиконання автором зобов'язань, вихідний код передається покупцю виключного права на програму, тим самим дозволяє останньому уникнути проблем з можливою модифікацією самої програми.

Варіант запропонованих змін до ЦК України не враховує всіх можливостей договору ескроу, відомих світовій практиці. Зокрема, маємо переконання, що договір ескроу слід класифікувати як трьохсторонній договір, який укладається між депонентом, бенефіціаром і ескроу-агентом. До об'єктів цього договору слід віднести речі (включаючи грошові кошти в готівковій формі, документарні цінні папери і документи), безготівкові грошові кошти, бездокументарні цінні папери. Крім того, вважаємо, не слід обмежувати коло ескроу-агентів спеціальними суб'єктами (наприклад, банками) і отримувати спеціальний дозвіл на діяльність ескроу-агентів. Проте, якщо в якості ескроу-агента виступатиме особа, яка не є професійним учасником ринку цінних паперів, кредитною чи страховою організацією, нотаріусом, договір ескроу повинен набирати чинності з моменту нотаріального посвідчення дати укладення договору.

Слід також передбачити положення, за якими ескроу-агент зобов'язаний передати депоноване майно бенефіціару при виникненні вказаних у договорі підстав. Такими підставами можуть бути здійснення бенефіціаром або третьою особою будь-яких дій або настання строку чи події. У випадку коли договір ескроу передбачає необхідність пред'явлення бенефіціаром документів, що підтверджують виникнення підстав для передачі йому майна, ескроу-агент зобов'язаний перевірити їх за зовнішніми ознаками. Договором ескроу може також бути

передбачений обов'язок ескроу-агента перевірити наявність підстав для передачі майна бенефіціару.

Сфера застосування договору ескроу у господарському обігу може бути досить різноманітною. Розглянемо декілька прикладів.

По-перше, у випадку оренди нерухомості, частина орендної плати може бути депонована орендарем до закінчення оренди. Після закінчення строку договору ескроу і за відсутністю завданої шкоди орендованому майну, депонована сума повертається орендарю. Якщо мала місце така шкода, то депонована сума передається орендодавцю, що гарантує останньому наявність необхідних коштів для відшкодування збитків, пов'язаних з орендою майна за наявності шкоди, сприченої орендарем. Крім того, зазначене дозволить виключити недобросовісність орендодавців, котрі безпідставно утримують суму «забезпечувального платежу» після закінчення дії оренди.

По-друге, у випадку підряду на капітальне будівництво, частина ціни може бути депонована замовником до кінця гарантійного строку на будівельні роботи. Після закінчення гарантійного строку і за відсутністю гарантійних випадків, депонована сума повністю або частково повертається замовнику для відшкодування витрат, понесених при усуненні будівельних дефектів.

По-третє, доцільно планувати так звані угоди M&A саме за допомогою ескроу. Так, покупець активу депонує частину його ціни до певного строку, в який продавець активу повинен здійснити певні корпоративні дії. Якщо ці дії здійснені, депонована сума передається продавцю, а якщо ні — депонована сума повертається покупцю. При цьому отримуємо захист інтересів покупця, при цьому продавець активів має матеріальний інтерес для належного виконання своїх зобов'язань.

У літературі можемо зустріти висловлювання про недоцільність застосування ескроу з огляду на його схожість з акредитивом. Дійсно, ескроу певною мірою нагадує акредитив. Разом з тим, у запропонованій нами конструкції даного договору ескроу-агентом може бути не тільки банк, але й будь-яка інша особа, а об'єктом депонування можуть бути не тільки грошові кошти й векселя, але й інші види майна, на відміну від акредитива.

Таким чином, ефективність використання договору ескроу гальмується недоліками законодавства в цій сфері. Досі не сформовано повноцінного правового поля застосування механізмів ескроу, єдиної концепції щодо його запровадження та регулювання. Договір ескроу не слід зводити лише до договору рахунку умовного зберігання, як це запропоновано у проекті змін до чинного законодавства України.