

Задаток и обеспечительный платеж: платить ли налоги?

С 1 июня 2015 года были откорректированы нормы обеспечения исполнения обязательств^[1]. Так, список способов обеспечения исполнения обязательств пополнился независимой гарантией (а банковская гарантия стала частным случаем независимой)^[2], а также обеспечительным платежом (статьи 329 и 381.1. Гражданского кодекса РФ).

Старый-новый обеспечительный платеж

Надо отметить, что обеспечительный платеж и ранее широко применялся на практике. Как правило, по договорам аренды.

И назывался он в зависимости от ситуации по-разному (см. таблицу):

Название способа обеспечения исполнения обязательства, не предусмотренного Гражданским кодексом РФ, но предусмотренного соглашением сторон	Судебный акт
Обеспечительный платеж	Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа N А33-13655/2009, ФАС Уральского округа от 07.09.2012 по делу N А47-12849/2011
Гарантийный платеж	Постановление ФАС Центрального округа от 18.07.2021 по делу N А68-1382/07-89/21
Гарантийный взнос	Постановления ФАС Московского округа от 25.01.2014, АС СЗО от 29.01.2015 по делу N А56-1934/2014, Определение ВАС РФ от 05.05.2014 N ВАС-4657/14
Обеспечительный взнос	Постановление ФАС Московского округа от 22.11.2012 по делу N А40-136345/12
Обеспечительный депозит	Постановления ФАС Северо-Кавказского округа N А53-19113/2011, от 03.06.2014 по делу N А53-19113/2011, Определение ВС РФ от 16.10.2014 N 308-ЭС14-21000-А
Страховой депозит	Постановления ФАС Московского округа от 15.01.2014, АС Волго-Вятского округа от 29.01.2014, АС УО от 09.12.2014 N Ф09-8821/14, А60-17379/2014
Залоговый платеж	Постановление ФАС Уральского округа от 27.06.2011 по делу N А60-41585/2010-С12, Определение от 27.12.2011 N ВАС-13856/11

Судьи исходили из того, что в ст. 321 Гражданского кодекса РФ содержится не исчерпывающий, а открытый

перечень способов обеспечения исполнения обязательств. Иные способы могут быть предусмотрены соглашением сторон. При этом судьи исходили из принципа свободы договора, который допускает заключение договора, не предусмотренного законом (п. 2 ст. 421 ГК РФ). И судьи все вышеназванные платежи признавали такими иными способами обеспечения исполнения обязательств, предусмотренными договорами.

С 1 июня 2015 года понятие обеспечительного платежа появилось в Гражданском кодексе РФ, дополнив список способов обеспечения исполнения обязательств. Под обеспечительным платежом понимается внесением одной из сторон в пользу другой стороны определенной денежной суммы (п. 1 ст. 381.1 Гражданского кодекса РФ). При этом как обеспечительный платеж могут быть внесены

- акции,
- облигации,
- иные ценные бумаги или вещи, определенные родовыми признаками (статья 381.2. Гражданского кодекса РФ).

Обеспечение денежного обязательства

Обеспечительным платежом может быть обеспечено денежное обязательство, в том числе обязанность возместить убытки или уплатить неустойку в случае нарушения договора (п. 1 ст. 381.1 Гражданского кодекса РФ). Несмотря на то, что он вносится под денежное обязательство, необязательно внесение происходит в денежной форме.

При наступлении обстоятельств, предусмотренных договором, сумма обеспечительного платежа засчитывается в счет исполнения соответствующего обязательства. В случае ненаступления таких обстоятельств или прекращения обеспеченного обязательства обеспечительный платеж подлежит возврату (ст. ст. 381.1, 381.2 Гражданского кодекса РФ).

Предварительный договор, обеспеченный обеспечительным платежом

Следует отметить, что обеспечительным платежом может обеспечиваться предварительный договор. Так пунктом 1 статьи 381.1. Гражданского кодекса РФ прямо предусмотрено, что обеспечительным платежом может быть обеспечено обязательство, которое возникнет в будущем. Аналогичное регулирование водится с 1 июня 2016 года в отношении задатка. До внесения в Гражданский кодекс РФ изменений на практике возникали споры, может ли задатком быть обеспечено обязательство по предварительному договору. На практике судьи арбитражных судов не признавали возможность внесения задатка по предварительному договору. Ведь в п. 1 ст. 380 Гражданского кодекса РФ было определено, что задаток выдается в счет причитающихся по договору платежей. То есть задатком обеспечивается денежное обязательство. А по предварительному договору денежных обязательств не возникает (Постановление Президиума ВАС РФ от 19.01.2010 № 13331/09 по делу № А40-59414/08-7-583, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.10.2012 по делу № А56-70507/2011). А вот суды общей юрисдикции обычно приходили к выводу, что вносить задаток по предварительному договору можно (Определение Верховного Суда РФ от 22.07.2008 № 53-В08-5). Теперь законодатель прямо предусмотрел, что по соглашению сторон задатком может быть обеспечено исполнение обязательства по заключению основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором (п. 4 ст. 380 ГК РФ).

Внес обеспечительный платеж – заплати НДС?

И все же в связи с появлением нового способа обеспечения исполнения обязательств у работников бухгалтерии возникают вопросы: нужно ли платить налоги при использовании такого нового способа как обеспечительный платеж. Аналогичный вопрос возникает и при внесении задатка. То есть возникает вопрос, в какой момент надо включить суммы задатка (обеспечительного платежа) в налоговую базу по НДС.

Задаток и аванс

Задаток (в отличие от аванса) при нарушении покупателем своих обязательств по договору остается в распоряжении продавца и покупателю не возвращается. Но если покупатель свои обязательства выполняет, то задаток становится частью оплаты и в этом его схожесть с авансом. И задаток, и обеспечительный платеж засчитываются в счет исполнения соответствующего обязательства (п. 1 ст. 380, п. 1 ст. 381.1. Гражданского кодекса РФ). То есть, кроме обеспечительной, в ряде случаев обеспечительный платеж и задаток выполняет и платежную функцию.

Напрямую вопрос включения сумм задатка и обеспечительного платежа в налоговую базу по НДС в Налоговом кодексе РФ не урегулирован. А коль так, то, по мнению контролеров, задаток не что иное, как аванс. И в момент его внесения (получения) необходимо заплатить НДС с авансов в момент внесения суммы задатка (п. 1 ст. 154, п. 1 ст. 167 Налогового кодекса РФ).

На практике нет единого мнения чиновников и судей о том, увеличивается ли налоговая база по НДС на сумму задатка. Так, в письме ФНС России от 17.01.2008 № 03-1-03/60 налоговики приходят к выводу, что задаток выполняет одновременно три функции: удостоверяющую факт заключения договора, обеспечительную и платежную. Поэтому сумма задатка является оплатой, полученной в счет предстоящей реализации. В Минфине России настаивают на уплате НДС в периоде получения задатка^[3]. Поэтому сторона, получившая обеспечительный платеж, должна выставить вносителю платежа счет-фактуру. Соответственно, вноситель платежа сможет принять к вычету НДС с суммы перечисленного задатка (абз. 2 п. 1, п. 3 ст. 168, п. 12 ст. 171, п. 9 ст. 172 Налогового кодекса РФ). А если договор (например, аренды) расторгается досрочно, то, по мнению Минфина России, арендодателю придется скорректировать налоговую базу по НДС путем предоставления уточненной налоговой декларации (Письмо Минфина России от 12.01.2011 №03-07-11/09).

Ситуация #1. Задаток превращается в платеж

Отметим, что многие судьи придерживаются именно такого подхода. Например, судьи Тринадцатого арбитражного апелляционного суда проанализировали текст договора и выяснили, что стороны изначально определили, что внесение задатка после заключения ими договора носит характер платежа в счет предстоящих поставок в рамках этого договора. Поскольку в силу ст. 380 Гражданского кодекса РФ задаток обеспечивает исполнение договора полностью и не применяется при ненадлежащем его исполнении, то с момента начала исполнения продавцом основного обязательства обеспечительная функция задатка прекращается и превращается в часть оплаты за продукцию. Довод о том, что задаток, засчитывается в счет оплаты продукции только после исполнения договора поставщиком, а до этого момента выполняет обеспечительную функцию, не был принят судом. Ведь в рассматриваемом случае стороны по договору изначально определили, что внесение задатка носит характер платежа за производимую и отгружаемую Обществом продукцию. С момента начала исполнения продавцом основного обязательства суммы, определенные сторонами по договору в качестве задатка, могут рассматриваться только как суммы, внесенные покупателем в счет причитающихся с него платежей и, соответственно, должны включаться в выручку от реализации, они полностью соответствуют критериям, установленным статьей 162 Налогового кодекса РФ^[4].

Ситуация #2. НДС обеспечительного платежа

В Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 27.02.2013 по делу № А27-2581/2012 (Определением ВАС РФ от 23.04.2013 N ВАС-4752/13 отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ) судьи также встали на сторону инспекторов. По мнению арбитров, налогоплательщик неправоммерно исключил из налоговой базы по НДС сумму обеспечительного платежа. Суд отметил, что указание в назначении платежа «депозит, обеспечительный платеж» не имеет правового значения, поскольку у налогоплательщика возникло право пользоваться данными денежными средствами до возврата (окончание срока действия договора аренды). Предприниматель не доказал, что срок договора аренды закончился, в связи с чем у него возникла обязанность по возврату обеспечительного платежа.

В других судебных актах судьи отмечали, что согласно договору задаток может рассматриваться как

авансовый платеж, поэтому платеж формирует налоговую базу по НДС. Ведь продавец мог пользоваться деньгами[5].

Таким образом, если из договора следует, что задаток или обеспечительный платеж обеспечивают внесение платежей за последний месяц аренды и засчитываются в счет этих платежей, то шансы налогоплательщика отстоять свое право не включать задаток (обеспечительный платеж) в налоговую базу не очень высоки. Поэтому если компания не желает спорить с проверяющими, то при внесении задатка и обеспечительного платежа нужно будет заплатить НДС.

Платежная функция у задатка и обеспечительного платежа возникает не сразу

Но с подходом чиновников при желании можно и поспорить. Как минимум, здесь имеется проблема регулирования налогообложения НДС сумм задатка и обеспечительного платежа. Поскольку ситуация прямо не урегулирована НК РФ, должно применяться положение п. 7 ст. 3 Налогового кодекса РФ, согласно которому все неустраняемые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика.

Ряд арбитров поддерживает налогоплательщиков, которые утверждают, что обеспечительная функция задатка прекращается и он приобретает платежную функцию по договору с момента начала исполнения продавцом основного обязательства. Так, например, судьи Тринадцатого арбитражного апелляционного суда указали на то, что сумма задатка была возвращена продавцом покупателю по мере исполнения последним обязательств по договору поставки в течение срока действия договора поставки. Не смутило судей и то, что в ряде случаев суммы задатка на основании актов зачета взаимных требований засчитывались в счет исполнения обязательств по договору поставки. По мнению судей, из текста Гражданского кодекса РФ следует, что функцией задатка в гражданско-правовых отношениях является исключительно обеспечение исполнения обязательств, но никак не платежная функция. Из п. 3 ст. 380 Гражданского кодекса РФ однозначно следует, что задаток может быть расценен в качестве аванса (предварительной оплаты) только в случае наличия сомнений в том, что причитающийся со стороны по договору платеж, является задатком (например, вследствие несоблюдения письменной формы соглашения о задатке)[6]. Аналогичного мнения придерживаются арбитры и других округов[7].

Ситуация #3. Вычет НДС с суммы задатка в отношениях арендодатель-арендатор

Если руководствоваться таким подходом, то арендодатель (продавец) не выставляет счет-фактуру организации на сумму полученного задатка. А арендатор (покупатель) не принимает к вычету НДС с суммы задатка. При этом предъявить НДС к вычету можно будет после отгрузки товаров (оказания услуг) (подп. 2 п. 2 ст. 171, п. 1 ст. 172 НК РФ). По мнению ряда судей, задаток утрачивает свою обеспечительную функцию и становится авансом по договору купли-продажи только с момента заключения этого договора и его фактического исполнения, то есть после реализации имущества и заключения соглашения о зачете задатка в счет оплаты имущества[8]. На момент перечисления задаток не является предварительной оплатой. Следовательно, исчислять с него НДС и выставлять счет-фактуру продавец не обязан. (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 16.12.2004 N А33-9886/04-С3-Ф02-5196/04-С1).

Что указать в договоре желающим не платить НДС с суммы задатка?

Если есть желание не платить НДС с суммы задатка и при этом максимально обеспечить выигрышную позицию в суде, то рекомендуется особое внимание уделить составлению договора. Так, следует закрепить в договоре совокупность условий, из которых будет видно, что задаток или обеспечительный платеж не несет платежную функцию.

Ситуация #4. Обеспечительный взнос не увеличивает налоговую базу по НДС

Например, арбитры Московского округа, разрешая спор, возникший у налогоплательщика с налоговиками, проанализировали договор аренды и установили, что обеспечительный платеж подлежит возврату арендодателю в случае надлежащего исполнения обязательств по договору. Целью обеспечительного взноса является предотвращение неуплаты арендатором не только арендных платежей, но и иных обязательств: оплата коммунальных платежей, уплата штрафов, неустойка, пени за нарушение условий

договора, возмещение ущерба арендуемому, возмещение убытков при расторжении договора, разница страхового возмещения. Согласно договору, в случае удержания денежных сумм из обеспечительного взноса, его размер должен быть восстановлен в течение 10 дней. А вот если договор будет досрочно расторгнут, то обеспечительный взнос и вся арендная плата могут быть удержаны в полном объеме в качестве штрафа. Поэтому судьи решили, что обеспечительный взнос не несет платежную функцию и не должен увеличивать налоговую базу по НДС (Постановление ФАС Московского округа от 22.10.2013 г. по делу № А40-136345/12).

При этом зачесть сумму обеспечительного платежа в счет платежей по договору можно будет на основании дополнительного соглашения (Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда в Постановлении от 23.07.2012 № 13АП-10100/12). После подписания такого соглашения можно будет предъявить НДС к вычету.

Вносим обеспечительный платеж по предварительному договору

Если обеспечение вносится по предварительному договору, что зачет сумм задатка (обеспечительного платежа) в счет оплаты не может производиться ранее заключения основного договора. Но Минфин России все равно считает, что с таких сумм следует уплачивать НДС в том налоговом периоде, в котором задаток получен (Письмо Минфина России от 02.02.2011 № 03-07-11/25). То есть, руководствуясь позицией Минфина России, в момент получения такого обеспечения следует исчислить и уплатить НДС, а при возврате суммы обеспечения принять ранее уплаченный НДС к вычету (п. 5 ст. 171, п. 4 ст. 172 НК РФ). И если по условиям договора задаток засчитывается в счет платежей по основному договору, то следует ожидать возникновения спора с проверяющими. Перспективы его выиграть невысоки.

Ситуация #5. Обеспечительный платеж является одновременно и авансовым

При таких формулировках договора арбитры ФАС Поволжского округа пришли к выводу, что обеспечительный платеж является одновременно и авансовым платежом в счет будущих платежей по основному договору. И судьи Верховного суда РФ их поддержали (Постановление ФАС Поволжского округа от 24.03.2011 по делу N А12-16130/2010 (Определение ВАС РФ от 08.07.2011 N ВАС-8319/11). Аналогичные выводы содержатся в Постановлении ФАС Московского округа от 19.01.2011 № КА-А40/16964-10.

Что предусмотреть при внесении задатка по предварительному договору

Поэтому при внесении задатка по предварительному договору целесообразно предусмотреть обязательный возврат обеспечительного платежа при заключении основного договора. А в случае необходимости засчитывать сумму задатка в счет платежей по основному договору на основании отдельного соглашения. Подобный спор дошел до Верховного суда РФ. И судьи установили, что по условиям предварительного договора обеспечительный платеж перечисляется в качестве обеспечения обязательства по заключению основного договора, не входит в цену основного договора и подлежит возврату после его заключения. Суд указал, что такой взнос не выполняет платежную функцию в момент его получения и не может рассматриваться как частичная оплата в счет предстоящей поставки товаров. Следовательно, сумма обеспечительного взноса не включается в налоговую базу по НДС до тех пор, пока он не будет зачтен в счет оплаты по заключенному договору. Именно в этот момент такой взнос перестает быть способом обеспечения исполнения обязательств и трансформируется в часть стоимости товара (Определение Верховного Суда РФ от 11.11.2014 № 306-КГ14-2064, Постановления ФАС Поволжского округа от 24.07.2014 по делу № А12-22792/2013, от 06.12.2012 № А12-7425/2012).

Обеспечительный платеж и НДС

Вызывает споры и вопрос необходимости уплаты НДС физическим лицом при получении задатка или обеспечительного платежа.

Мнение судей

С одной стороны, задаток не относится к доходам и суммам, не подлежащим обложению НДФЛ (ст. 217 Налогового кодекса РФ). Но судьи зачастую решают, что задаток НДФЛ не облагается. Ведь это не выручка от реализации товаров (работ, услуг), а способ обеспечения исполнения обязательства. Поэтому включить суммы задатка в налоговую базу по НДФЛ надо не при его получении, а при зачете задатка, полученного от покупателя в счет оплаты по заключенному договору. Именно в этот момент задаток перестает быть способом обеспечения исполнения обязательств и трансформируется в часть стоимости проданного имущества (Постановления ФАС Уральского округа от 30.06.2009 N Ф09-4388/09-С2 по делу N А47-436/2008, ФАС Центрального округа от 03.10.2011 по делу N А14-6763/2010/229/24, ФАС Западно-Сибирского округа от 27.07.2011 по делу N А75-8953/2010, Восьмого арбитражного апелляционного суда от 15.04.2011 по делу N А75-8953/2010, Семнадцатого ААС от 22.08.2007 № 17АП-2069/07-АК).

Мнение Минфина

Естественно, такой подход не находит понимания у Минфина России (Письма Минфина России от 12.02.2010 N 03-04-05/10-56, от 24.11.2008 N 03-04-05-01/440). И пользоваться им опасно.

Аналогичное мнение высказано чиновниками и в отношении обеспечительного платежа (в том числе по предварительному договору): НДФЛ с суммы обеспечительного платежа надо заплатить в момент внесения денег на текущий счет или иной банковский счет физического лица, режим которого позволяет расходовать арендодателю поступившие от арендатора денежные средства по своему усмотрению, то есть передаст денежные средства в собственность арендодателя. В таких случаях полученные арендодателем денежные средства будут являться по сути авансом и, соответственно, рассматриваться как его доход, подлежащий налогообложению в общем порядке. Причем, удержать НДФЛ должен налоговый агент, если обеспечительный платеж вносит организация, которая признается в такой ситуации налоговым агентом по НДФЛ. Однако если денежные средства в обеспечение исполнения обязательств перед арендодателем (в наличной или безналичной форме) будут каким-либо образом обособлены от остального имущества арендодателя, но при этом условия договора предусматривают, что арендодатель вправе произвести удержание не уплаченной в установленный договором срок арендной платы из суммы обеспечительного платежа, то доходом, подлежащим налогообложению, будет являться сумма, удержанная арендодателем из обеспечительного платежа. До момента удержания не уплаченных арендатором в срок сумм арендной платы дохода, подлежащего налогообложению, в этом случае у арендодателя не возникает (Письма Минфина России от 23.10.2014 № 03-04-06/53577, от 26.06.2013 N 03-04-05/24290). Таким образом, если согласно соглашению арендодатель не может использовать внесенные в качестве обеспечительного платежа суммы, то налоговая база по НДФЛ не возникает.



Узнать о летних изменениях ГК РФ, которые влияют на работу бухгалтера, поможет специальная подборка документов "Изменения ГК РФ" из системы КонсультантПлюс. Вы можете получить эту подборку бесплатно.

[\[1\]](#) Изменения в Гражданский кодекс РФ внесены Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»

[\[2\]](#) Статьи 329 и 368 Гражданского кодекса РФ

[\[3\]](#) Письма Минфина России от 12.05.2008 N 03-07-11/182, от 06.03.2009 № 03-07-11/54, от 17.09.2009 № 03-07-11/231, от 21.09.2009 № 03-07-11/238, от 02.02.2011 № 03-07-11/25

[\[4\]](#) Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.06.2007 по делу № А26-9540/2006-210

[\[5\]](#) Постановления Западно-Сибирского округа от 27.02.2013 № А27-2581/2012, ФАС Московского округа от 19.01.2011 № КА-А40/16964-10 по делу № А40-38853/10-107-202, № КА-А40/16866-10 по делу № А40-62580/10-76-255, ФАС Поволжского округа от 03.11.2009 по делу N А57-24482/2008, от 24.03.2011 № А12-16130/2010, Определение ВАС РФ от 08.07.2011 № ВАС-8319/11

[\[6\]](#) Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.07.2012 № 13АП-10100/12

[\[7\]](#) Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.01.2006 № 09АП-14464/05-АК, Постановления ФАС Московского округа от 09.10.2013 по делу № А40-136933/12-140-978, от 14.10.2011 по делу № А40-151888/10-129-621, от 10.07.2007, 17.07.2007 № КА-А40/6494-07 по делу N А40-80384/06-99-391, от 23.05.2006 № КА-А40/4283-06 по делу № А40-50000/05-129-414, ФАС Уральского округа от 01.12.2005 № Ф09-5394/05-С2

[\[8\]](#) Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 11.05.2011 по делу № А45-16017/2010, ФАС Поволжского округа от 09.04.2009 по делу № А55-7887/2008, Десятого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2007, 27.03.2007 по делу № А41-К2-17194/06