

Договор условного депонирования (эскроу)

26.07.2013

СТАТЬИ

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

Одной из новелл законопроекта № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — законопроект) являются правила о новом для российского права договоре условного депонирования (эскроу). В настоящей статье ее автор, принимавший участие в подготовке законопроекта, прокомментирует положения об эскроу и оценит перспективы использования нового института.

Зачем в ГК нужен договор эскроу?

Эскроу — это обеспечительный механизм расчетов между сторонами договора с привлечением независимого третьего лица (эскроу-агента). На основании договора эскроу, который заключается для целей исполнения обязательства по основному договору, эскроу-агент временно депонирует активы или документы, являющиеся предметом сделки, и распоряжается ими в соответствии с ее условиями.

Договор эскроу используется в зарубежных странах как механизм расчетов по договорам купли-продажи акций, недвижимости, иных активов. Стороны акционерных соглашений передают в эскроу свои акции для обеспечения обязательств по опционам, стороны сложных договоров подряда — конфиденциальную техническую документацию на случай дефолта подрядчика.

Несмотря на то, что эскроу широко распространен в большинстве зарубежных правовых порядков и бизнес-практике, российскому праву он пока не известен. Существует ряд механизмов, выполняющих сходную функцию и в отдельных случаях заменяющих эскроу, но ни один из них не яв

ляется достаточно гибким и универсальным. Так, для совершения единомоментных расчетов в отношении акций может использоваться депозитарный внебиржевой механизм «поставка против платежа», для расчетов по договорам поставки — аккредитив, для приобретения недвижимости — банковская ячейка. Поэтому для исполнения российских сделок с использованием эскроу нередко привлекаются иностранные агенты, при этом ряд российских активов, исходя из специфики учета прав на них, сейчас в принципе в эскроу быть передан не может.

Место эскроу в системе гражданского права и в кодексе

Договор условного депонирования эскроу заключается между тремя лицами: депонентом (должником по основному обязательству), бенефициаром (кредитором по основному обязательству) и эскроу-агентом (независимым посредником).

По договору эскроу депонент передает эскроу-агенту имущество или документы, являющиеся предметом основного договора, а эскроу-агент при наступлении согласованных сторонами условий передает такое имущество или документы бенефициару. Передача имущества посредством эскроу является исполнением обязательства депонента (должника) по основному договору.

Договор эскроу закреплен в главе 47.1. «Условное депонирование (эскроу)», а также в параграфе 4 «Счет эскроу» главы 45 «Банковский счет». Нормы о счете эскроу призваны регулировать режим специального счета, который открывается в случаях, когда эскроу-агентом по договору условного депонирования выступает банк, а предметом депонирования — денежные средства.

При определении места договора эскроу в структуре российского гражданского права и кодекса разработчики столкнулись с вопросом о его правовой природе. В странах общего права эскроу считается специальным видом траста. В странах континентального права эскроу функционирует в рамках отношений доверительной собственности.

Иными словами, отношения из договоров эскроу находятся в рамках уже существующих правовых институтов. Российскому праву ни траст, ни доверительная собственность неизвестны.

Наиболее близкий аналог этих институтов — доверительное управление, наверное, мог бы использоваться для целей регулирования эскроу, но действующие нормы такой возможности не дают. Помимо ряда технических препятствий, доверительное управление может быть в любой момент прекращено по желанию учредителя, что, конечно, совершенно не применимо к эскроу-расчетам. На первом этапе реформы ГК задача доработки норм о доверительном управлении, к сожалению, не стояла, поэтому от идеи регулирования договора эскроу как подвида договора доверительного управления пришлось отказаться.

Другим отчасти схожим с эскроу-договором является хранение. Как и по договору эскроу, третье лицо (хранитель) обязуется хранить вещь и передать по истечению срока поклажедателю или третьему лицу. При этом такое имущество, как бездокументарные ценные бумаги и безналичные деньги, на хранение передаваться не могут, что не позволяет отнести договор эскроу к разновидности договора хранения.

В связи с этим было принято решение субсидиарно распространить действие норм о хранении только на те договоры эскроу, по которым эскроу-агенту передаются вещи, право собственности на которые сохраняется за депонентом [\[1\]](#).

Еще одним способом закрепления правил об эскроу являлось включение в ГК норм о специальном виде эскроу-расчетов, что и было сделано.

Положения о счетах эскроу регулируют порядок открытия банками-эскроу-агентами специальных счетов, на которых денежные средства, подлежащие перечислению бенефициару, учитываются и блокируются. При этом норм о таких счетах, конечно же, недостаточно, они регулируют лишь отдельные случаи эскроу, когда агентами выступают банки, а предметом являются денежные средства.

Нередко в качестве эскроу-агентов выступают иные лица (нотариусы, юристы, специализированные компании), а предметом иное имущество (ценные бумаги, документы, вещи).

Таким образом, было принято решение дополнить ГК отдельной главой 47.1, установив в ней общие правила об обязательствах сторон договора, порядке обособления депонированного имущества и особенностях обращения взыскания на него.

Кто может быть эскроу-агентом?

С одной стороны, Законопроект не ограничивает круг лиц, которые могут выступать в роли эскроу-агента, с другой, — устанавливает специальные правила применительно к различным субъектам. Если в качестве эскроу-агента выступает банк, а предметом эскроу являются безналичные денежные средства, то банк на основании заключенного договора эскроу открывает специальный счет эскроу, на котором денежные средства блокируются до возникновения оснований для их перечисления бенефициару [\[2\]](#).

Владельцем такого счета является депонент, но распоряжаться счетом он не может, — деньги будут перечислены бенефициару помимо его воли. Этот режим выгодно отличается от иных договоров эскроу, по которым эскроу-агент будет иметь фактическую возможность распоряжаться переданным ему имуществом в нарушение договора. Кроме того, банки априори являются более надежными и квалифицированными посредниками при расчетах, на денежные средства, депонируемые на таких счетах, смогут начисляться проценты. В международных сделках

именно банки наиболее часто привлекаются для обеспечения расчетов.

Законопроект также предусматривает, что нотариусы, профессиональные участники рынка ценных бумаг и страховые организации могут выступать в роли эскроу-агентов. К договорам условного депонирования, заключенными такими лицами, не предусматривается каких-либо специальных требований. Нужно лишь обратить внимание на то, что в настоящий момент специальных правил обособления имущества, переданного таким лицами в эскроу, Законопроект также не предусматривает. В случае передачи указанным лицами бездокументарных ценных бумаг или безналичных денежных средств депозитарные и банковские счета для их учета будут открываться на имя эскроу-агента. Специальных режимов блокирования или ограничения распоряжения такими счетами пока не предусмотрено. В случае принятия и вступления силу Законопроекта было бы правильным закрепить в законодательстве специальные режимы таких счетов.

Эскроу-агентами могут быть и любые иные лица. В международной практике в их роли нередко выступают юристы и специализированные компании.

Роль эскроу-агента в отношении вещей могут выполнять профессиональные хранители. Для таких договоров эскроу установлено лишь одно специальное требование — необходимость нотариального засвидетельствования даты заключения договора [3].

В настоящий момент такое нотариальное действие законодательно не регулируется, но Законопроект предусматривает специальное правило о том, что в случаях, предусмотренных законом, договор вступает в силу с момента нотариального засвидетельствования даты заключения договора⁴. Смысл этого требования состоит в необходимости защиты оборота от «вывода активов задним числом» в преддверии обращения на них взыскания. Передача имущества в эскроу влечет усложнение порядка обращения на него взыскания. Отсутствие аналогичного требования к договорам эскроу с кредитными организациями, нотариусами, профессиональными участниками рынка ценных бумаг и страховыми организациями объясняется большим доверием к ним со стороны законодателя. Строгий учет и контроль над их деятельностью должен быть достаточным для

предотвращения их участия в подобного рода недобросовестных действиях.

Какое имущество может быть передано в эскроу?

Законопроект предусматривает, что в эскроу могут передаваться вещи (включая наличные деньги, документарные ценные бумаги и документы), безналичные денежные средства и бездокументарные ценные бумаги. В связи с этим важно ответить на вопрос, могут ли иные объекты быть предметом депонирования.

С одной стороны, данный список сформулирован как закрытый, с другой, прямого запрета для передачи в эскроу такого имущества как недвижимость, доли в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью и объектов интеллектуальной собственности нет. De lege ferenda оснований для ограничения депонирования таких активов нет, но с практической точки зрения будут возникать определенные сложности. Во-первых, российские суды исходят из презумпции императивного толкования норм договорного права, воспринимая нормы, в которых отсутствует оговорка «если иное не предусмотрено договором», как императивные и не допускающие иного поведения кроме как предусмотренного законом. Это сводит на нет действие принципа свободы договора в целом и ограничивает передачу непредусмотренного нормами Законопроекта имущества в эскроу в частности. Во-вторых, особенности учета прав на эти активы также ставят под вопрос такую возможность. Передача прав на указанное имущество эскроу-агенту будет происходить на основании договора условного депонирования, и вряд ли регистрирующие органы и нотариусы сочтут это достаточным основанием. Возможно, последующее за одобрением Законопроекта внесение изменений в соответствующие подзаконные акты позволит решить эту проблему.

Как обособляется переданное в эскроу имущество?

Имущество, переданное в эскроу, должно быть обособлено от имущества эскроу-агента. Оно отражается на отдельном балансе и/или по нему ведется самостоятельный учет [\[5\]](#).

Недопущение смешения имущества эскроу-агента с депонированным у него имуществом является важной обязанностью агента. Законопроект предусматривает, что обращение взыскания на депонированное имущество по обязательствам эскроу-агента не допускается, что совершенно логично. Несмотря на то, что эскроу-агент может стать собственником имущества, переданного в эскроу, в экономическом смысле это имущество ему, конечно, не принадлежит. Он им владеет временно и в интересах третьих лиц. Нарушение обязательства по обособлению может привести к тому, что имущество смешается с принадлежащим агенту и на него может обращено взыскание.

Переданные в депонирование вещи, определенные родовыми признаками, должны храниться отдельно. Бездокументарные ценные бумаги и безналичные денежные средства должны быть обособлены на специально открытых для этих целей счетах.

Важно еще раз отметить, что такие счета открываются на имя эскроу-агента, и формально он будет являться их владельцем. Агент, разумеется, не вправе использовать и распоряжаться депонированным имуществом, но при этом важно понимать, что в случае нарушения такой обязанности признать недействительными совершенные им сделки будет крайне сложно.

Поэтому привлечение банков в качестве эскроу-агентов и открытие специальных эскроу-счетов будет наиболее надежным вариантом.

Кроме того, обращение на депонированное имущество взыскания по обязательствам депонента и бенефициара также не допускается. В случае возникновения подобных ситуаций обращение взыскания должно происходить на права требования депонента к бенефициару и эскроу-агента или, соответственно, права требования бенефициара к эскроу-агенту.

Смысл этой конструкции состоит в желании разработчиков обеспечить максимальную устойчивость договоров эскроу, не допустив уклонения от исполнения условий эскроу путем

контролируемых процедур по взысканию. Договоры эскроу нередко заключаются на длительные сроки: в случае депонирования отложенных платежей, обеспечивающих защиту покупателей от нарушения продавцами заверений; при депонировании акций, являющихся предметом условных опционов по акционерным соглашениям.

[\[1\]](#) См. п. 3 ст. 926.5 ГК в редакции Законопроекта.

[\[2\]](#) См. п. 4 ст. 860.13 ГК в редакции Законопроекта.

[\[3\]](#) См. п. 4 ст. 926.1 ГК в редакции Законопроекта.

[\[4\]](#) См. п. 5 ст. 425 ГК в редакции Законопроекта.

[\[5\]](#) См. ст. 926.4 ГК в редакции Законопроекта.



**Максим
Распутин**

старший юрист адвокатского бюро «егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»

СТАТЬИ

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО