

Юридические компании могут выступать в роли эскроу-агента наравне с банками и нотариусами. Как третье независимое лицо консультант вправе проверить исполнение всех условий сделки сторонами, а после передать деньги или имущество бенефициару. Право оформлять такое соглашение появилось в июне 2018 года, но до сих пор ряд вопросов о применении механизма остается открытым. Что требует дополнительного урегулирования — разберем в статье.

Текст: Сергей Шорин, руководитель группы по слияниям, поглощениям и прямым инвестициям «Пепеляев Групп»

Эскроу. Бизнес под защитой условного депонирования

Законодатель пытается приблизить текущее регулирование института эскроу к общемировой практике. Об этом говорят изменения в этой области, которые вступили в силу 1 июня 2018 года. В Гражданском кодексе появилась глава 47.1 «Условное депонирование (эскроу)». Круг субъектов, которые могут выступать в роли эскроу-агента, значительно расширили, и в данной роли может действовать в том числе юридическая компания. Преимущества

такой роли — это возможность не только оказывать услуги в качестве агента, но и предоставлять правовую поддержку в разработке и реализации сторонами механизма эскроу, сопровождать заключение договора эскроу и т. д. Так как консультант обладает возможностью самостоятельно, комплексно и оперативно решать юридические задачи, с высокой долей вероятности он сможет обеспечить сторонам договора объективность и беспристрастность при исполнении взятых на себя функций.

СЕРГЕЙ ШОРИН

Руководитель группы по слияниям, поглощениям и прямым инвестициям «Пепеляев Групп»

Специализация: корпоративное право, сделки по слияниям и поглощениям, правовая поддержка при возникновении либо угрозе возникновения корпоративных конфликтов, требующих разрешения в судебном порядке



Первые поправки

Условное депонирование, или эскроу, появилось в российском праве в 2013 году, когда законодатель ввел в ГК нормы о новом виде банковского счета — счета эскроу (ст. 860.7–860.10 ГК, Федеральный закон от 21.12.2013 № 379-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»).

Такой вид расчетов давно и успешно используется в международной практике как один из способов исполнения обязательств по двусторонним договорам. Механизм эскроу предусматривает передачу имущества от депонента третьему лицу (эскроу-агенту). При наступлении определенной даты, события или исполнения обязательств эскроу-агент обязан передать имущество бенефициару либо вернуть имущество депоненту при ненаступлении такого события.

В первых поправках в ГК законодатель установил возможность выступать в роли эскроу-агента только для банков. В таком случае они действовали как независимая организация и доверенное лицо с равными обязанностями по отношению ко всем сторонам договора. Нормы содержали и ряд ограничений, которые послужили препятствием для широкого распространения данного института. В частности, круг

эскроу-агентов был ограничен банками, предметом эскроу могли выступать лишь безналичные денежные средства и т. д.

Новые правила

С июня 2018 года условное депонирование стало отдельным видом договора: это трехсторонний договор, который заключают депонент, бенефициар и эскроу-агент. Срок договора не должен превышать пяти лет, объектом депонирования могут выступать движимое имущество и ценные бумаги. Также законодатель установил нотариальную форму договора эскроу. Простая письменная форма предусмотрена лишь при депонировании безналичных денежных средств и/или бездокументарных ценных бумаг. Самое значительное изменение — это круг лиц, которые могут выступить эскроу-агентом. Законодатель расширил его, и теперь наряду с банками им может быть нотариус, физическое или юридическое лицо (Федеральный закон от 26.07.2017 № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», далее — закон № 212-ФЗ).

Кроме того, появились дополнительные механизмы, которые позволяют защитить интересы сторон договора эскроу.

ТЕРМИНОЛОГИЯ

Механизм эскроу именуется по-разному в зависимости от юрисдикции. Изначально понятие эскроу произошло от английского слова Scroll (свиток, документ). В Англии и США конструкция условного депонирования именуется как Escrow, в Германии — Treuhand («верная рука»), во Франции — Fiduciaire («доверенное лицо»).

ТРЕБОВАНИЯ ДЛЯ АДВОКАТА

В качестве эскроу-агента адвокат обязан выполнять требования, а также соблюдать запреты и ограничения, обусловленные его статусом. Кроме того, необходимо соблюдать определенные правила и условия с учетом Кодекса профессиональной этики адвоката (разъяснение Комиссии ФПА РФ по этике и стандартам от 13.09.2018 № 05/18).

Механизмы защиты при взыскании имущества. Законодатель запретил обращение взыскания, арест, принятие обеспечительных мер в отношении депонированного имущества по долгам эскроу-агента либо депонента. По долгам бенефициара взыскание может быть обращено только на его право (требование) к эскроу-агенту о передаче депонированного имущества (ст. 926.7 ГК).

Одновременно с изменениями в ГК законодатель внес ряд поправок в иные нормы. Теперь по долгам сторон договора эскроу запрещено обращение взыскания и наложение ареста на имущество и денежные средства, переданные эскроу-агенту (ст. 72.1, 73.3, 80 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Банкротство. Теперь внешний либо конкурсный управляющий не вправе распоряжаться депонированным имуществом должника, который является депонентом по договору условного депонирования. При этом признание должника-депонента по договору эскроу банкротом не препятствует передаче депонированного имущества бенефициару. В этом случае имущество может быть передано в конкурсную массу, если событие, указанное в договоре эскроу, не возникнет в течение шести месяцев с начала конкурсного производства (ст. 101, 131 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»).

Эскроу бездокументарных ценных бумаг. С 1 января 2020 года вступят в силу нормы, дополняющие законодательство о рынке ценных бумаг, которыми установлены новые правила осуществления записи об эскроу бездокументарных ценных бумаг, ее изменении, прекращении, а также выплате денежных средств при погашении таких ценных бумаг (Федеральный закон от 27.12.2018 № 514-ФЗ,

далее — закон № 514-ФЗ). Изменениями предусматривается два способа условного депонирования бездокументарных ценных бумаг. Первый — путем внесения записи об эскроу по лицевому счету (счету депо) депонента по договору эскроу, если эскроу-агент — это держатель реестра или депозитарий, осуществляющий учет прав на ценные бумаги. Второй — путем открытия специального счета эскроу-агента и зачисления на него депонируемых ценных бумаг, если эскроу-агент не является держателем реестра или депозитарием.

Закон № 514-ФЗ также устанавливает механизм перехода прав на депонированные ценные бумаги (в данном случае дублирует положения Гражданского кодекса), специальные правила изменения или прекращения условий эскроу и предусматривает гарантии в случаях погашения или приобретения депонированных ценных бумаг третьими лицами, тем самым формирует целостную систему регулирования эскроу бездокументарных ценных бумаг.

Вопросы применения

Поправки модернизировали ГК в части финансовых сделок. Многие его положения законодатель приблизил к международным нормам, расширил перечень предоставляемых финансовых услуг, а также возможности использования финансовых инструментов. Однако до сих пор остаются открытыми некоторые вопросы, которые, несомненно, возникнут в практике применения нового института.

Отзыв лицензии у банка. Остался неразрешенным вопрос, что произойдет в случае отзыва лицензии у банка, в котором открыт номинальный счет эскроу-агента. Законодатель дополнил регулирование договора эскроу нормами, которые обеспечивают сохранность депонированного имущества. Однако может возник-

нать ситуация, когда ни депонент, ни бенефициар по договору эскроу не смогут получить депонированные средства полностью либо в части. Так, проблема может появиться, если у банка отзовут лицензию и в отношении него начнется процедура банкротства. В таком случае безналичные денежные средства, которые находятся на номинальном счете агента, попадут в конкурсную массу.

Депонирование валютных ценностей. Остаются неурегулированными вопросы валютного законодательства в связи с депонированием валютных ценностей. Например, когда в договоре эскроу сторонами выступают депонент-нерезидент и бенефициар-резидент, и наоборот. непонятно, как будет рассматриваться передача валютных ценностей бенефициару-резиденту или депоненту-резиденту агентом, который также является резидентом в смысле законодательства о валютном регулировании. Данная операция не входит в разрешенный перечень, поэтому позиция Федеральной налоговой службы и Центробанка может быть не-

предсказуемой (ст. 9 Федерального закона от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»). Такая проблема порождает и другой вопрос: как производить оплату либо удерживать вознаграждения эскроу-агентом из депонированных валютных средств?

Депонирование ценных бумаг в залоге. Лица, которые ведут учет прав на бездокументарные ценные бумаги, при их депонировании вносят соответствующие записи. Для этого они должны использовать специальный порядок (п. 3 ст. 149.2 ГК). При этом возникает вопрос о возможности депонирования бездокументарных ценных бумаг, которые уже находятся в залоге: каким образом депозитарий по счету депо фиксирует запись о правах залогодержателя и эскроу-агента и в каком порядке будут осуществляться права по бездокументарным ценным бумагам? Не ясно также, есть ли возможность по договору эскроу наделить эскроу-агента правом осуществлять права по бездокументарным ценным бумагам, которые находятся в залоге. ■

Происхождение механизма

Эскроу зародилось и получило свое развитие в США. Его первые упоминания можно найти в судебных прецедентах XIX века, например в деле *Fitch v. Bunch* 1866 года, а также в деле *Ashford v. Prewitt* 1883 года. В этих разбирательствах суд квалифицировал депозитария как эскроу-агента для обеих сторон договора эскроу при передаче титу-

ла на землю. Механизм эскроу часто использовали в сфере строительства, страхования и залога недвижимости. В связи с этим первоначально его закрепили в законе «О ценных бумагах» 1933 года (SECURITIES ACT OF 1933) и законе «О ценных бумагах и рынках» 1934 года (SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934). Калифорния стала первым

штатом, который принял местное законодательство об эскроу. Впоследствии эти нормы стали брать за основу другие штаты при подготовке своего законодательства. В настоящее время не только в США, но и в других странах институт эскроу активно используют в сделках с недвижимостью, с ценными бумагами и в других сферах.

