

Договор эскроу. Для чего и как его заключать?

С 1 июня 2018 года вступили в силу положения ГК о договоре эскроу. В чем особенности этой конструкции и когда выгодно ее использовать — читайте в статье.

В рамках реформы ГК российский законодатель заимствовал ряд институтов, которые показали свою эффективность в частном праве зарубежных стран (возмещение потерь, заверения об обстоятельствах, корпоративный договор и т.д.). Среди таких нововведений и институт эскроу. Изначально предполагалось ввести в ГК два новых вида договоров — договор условного депонирования (эскроу) и договор счета эскроу. В 2013 году через думский фильтр прошла только конструкция договора счета эскроу (ст. 860.7 ГК). Однако спустя четыре года договор эскроу все же попал в ГК и нашел свое место в гл. 47.1 «Условное депонирование (эскроу)», которая вступила в силу с 1 июня 2018 года. Рассмотрим данный институт более подробно.

Понятие и цели договора эскроу

Договор эскроу трехсторонний, заключается между депонентом, бенефициаром и эскроу-агентом (п. 1 ст. 926.1 ГК). Участие всех трех лиц в заключении договора эскроу объясняется тем, что для его исполнения необходимо совершение действий каждой из сторон.



Фаррух Саримсоков,
юрист КА «Юков и партнеры», магистр юриспруденции (РШЧП), аспирант ИЗИСП при Правительстве РФ

ЦИТАТА: «По договору условного депонирования (эскроу) депонент обязуется передать на депонирование эскроу-агенту имущество в целях исполнения обязательства депонента по его передаче другому лицу, в пользу которого осуществляется депонирование имущества (бенефициару), а эскроу-агент обязуется обеспечить сохранность этого имущества и передать его бенефициару при возникновении указанных в договоре оснований» (ст. 926.1 ГК).

Условное депонирование активно используется при купле-продаже недвижимости или в подобных сделках, требующих совершения нескольких действий в некоторый промежуток времени между заключением и завершением сделки. В Калифорнии, например, большинство сделок по купле-продаже недвижимости производится посредством эскроу.

При этом договор эскроу, в отличие от договора счета эскроу, предполагает возможность депонирования не только безналичных денежных средств, но и движимых вещей (включая наличные денежные средства, документарные ценные бумаги и документы), бездокументарных ценных бумаг, что существенно расширяет область применения депонирования.

Эскроу применяется в разных областях, но независимо от этого можно выделить его основные цели:

- 1) обеспечение безопасности нахождения имущества у лиц, которым оно не принадлежит на праве собственности;
- 2) привлечение третьего лица для повышения эффективности при осуществлении сделки;
- 3) обеспечение исполнения обязательств;
- 4) максимальное снижение возможных рисков подлога и мошенничества.

Кто может выступать эскроу-агентом

Реализация механизма эскроу возможна благодаря участию в отношениях третьего, независимого от сторон лица — эскроу-агента. Он обеспечивает передачу имущества при представлении ему надлежащих доказательств исполнения встречного обязательства.

Деятельность такого лица в странах общего права часто застрахована, а за умышленное нарушение обязательств установлена ответственность.

В России не установлены требования к лицензированию или страхованию деятельности эскроу-агентов. Единственным ограничением до недавнего времени было требование о наличии у эскроу-агента статуса банка, необходимого для участия в договоре счета эскроу¹.

Однако в договорах условного депонирования (эскроу) такие ограничения в отношении статуса эскроу-агента отсутствуют. На возможность депонирования имущества по эскроу любыми лицами косвенно указывает специальное исключение — п. 3 ст. 926.6 ГК, в соответствии с которым, если эскроу-агент не является банком, безналичные денежные средства депонируются на его номинальном счете.

Что почитать

Ф. Саримсоков

В ГК появился договор счета эскроу. Как применять новую конструкцию на практике
АП. 2017. № 4

¹ ст. 860.1 ГК

На заметку

В США агентами эскроу могут выступать банки, адвокатские фирмы, биржи, брокеры. В Калифорнии эта деятельность является лицензируемой.



Эскроу-агент не должен получать лицензию или страховать свою деятельность

В таком случае бенефициаром по номинальному счету, открытому эскроу-агенту, будет депонент до даты возникновения оснований для передачи имущества бенефициару, предусмотренных договором эскроу. После указанной даты бенефициаром по номинальному счету будет бенефициар по договору эскроу.

В этом контексте риелторские или юридические фирмы вполне могут занять нишу предоставления эскроу-услуг как дополнительных услуг при проведении крупных сделок по купле-продаже (недвижимости, акций), долгосрочной аренде и т.п. Учитывая нормы п. 3 ст. 926.6 ГК, такие фирмы могут также депонировать безналичные денежные средства на номинальных счетах, перенимая функции банка в договоре счета эскроу.

Условия и форма договора эскроу

Договор эскроу подлежит нотариальному удостоверению, за исключением случаев депонирования безналичных денежных средств и (или) бездокументарных ценных бумаг. Не совсем понятна логика законодателя в наложении таких требований. Гораздо логичнее было бы связать необходимость нотариального удостоверения договора эскроу с основным договором, для которого нотариальная форма обязательна, как это сейчас установлено в нормах о предварительном договоре (п. 2 ст. 429 ГК) и об опционе на заключение договора (п. 5 ст. 429.2 ГК).

В договоре эскроу, как правило, фиксируются следующие условия:

- цена основного договора и его основные положения;
- порядок перехода прав на предмет договора;
- документы, подлежащие подписанию и передаче эскроу-агенту сторонами основного обязательства;
- порядок ведения учета имущества, переданного эскроу-агенту, или открытия счета эскроу;
- условия закрытия эскроу и порядок передачи имущества или перечисления денежных средств, находящихся у эскроу-агента или на счете эскроу;
- дата исполнения основного обязательства;
- вознаграждение эскроу-агента и порядок его выплаты.

Важно определить в договоре основание передачи депонированного имущества бенефициару. Чаще всего таким основанием вы-

ступают определенные действия бенефициара (снятие автомобиля с учета в ГИБДД, отгрузка товара). Однако таковыми могут быть действия третьих лиц или наступление объективного события.

Также договор эскроу должен предусматривать срок депонирования имущества. Срок действия договора эскроу не может превышать пять лет. В случае заключения договора на больший срок или без указания срока он считается заключенным на пять лет. То есть срок договора не является существенным условием для его заключения и восполняется указанной диспозитивной нормой.

Все инструкции по эскроу, а также изменения в них оформляются в письменной форме. На практике используется два вида инструкций: двусторонние (выданные совместно депонентом и бенефициаром) и односторонние (отдельные инструкции каждой из сторон). После подписания инструкций всеми сторонами ни одна из сторон не вправе в одностороннем порядке изменить их. Стороны могут по взаимному соглашению изменить инструкции в любое время. Также одна сторона вправе отказаться от исполнения определенных условий, если такой отказ не причинит вреда другой стороне сделки.

В американской литературе отмечают, что одним из существенных требований для заключения договора эскроу является передача имущества эскроу-агенту*. Таким образом, в США договор эскроу является реальным, то есть признается заключенным с момента передачи предмета договора. Норма же ст. 926 ГК

* *Aigler R.W. Is a contract necessary to create an effective escrow? // Michigan Law Review. 1997. Vol. 8. P. 571.*



Вознаграждение эскроу-агента

ГК предусматривает возмездный характер деятельности эскроу-агента (п. 1 ст. 926.2 ГК).

Однако данное правило является диспозитивным, и стороны могут обойти его, прямо предусмотрев безвозмездный характер договора. Так, риелтор при сопровождении сделки купли-продажи недвижимости может осуществить депонирование денежных средств покупателя на безвозмездной основе.

Если стороны прямо не предусмотрели безвозмездность договора эскроу и не указали размер вознаграждения, то он будет определяться по правилам ст. 424 ГК, то есть как цена, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные услуги.

По общему правилу обязательство депонента и бенефициара по уплате вознаграждения эскроу-

агенту является солидарным, если иное не предусмотрено договором (абз. 2 п. 1 ст. 926.2 ГК). В таком случае при невыплате вознаграждения эскроу-агент вправе требовать выплаты как от депонента и бенефициара совместно, так и от любого из них в отдельности. В последнем случае выплатившая полный размер вознаграждения сторона получит регрессное требование к другой стороне на половину суммы вознаграждения (п. 2 ст. 325 ГК).

Для исключения неопределенности и возникновения транзакционных издержек, а также риска неожиданного завышения судом размера вознаграждения целесообразно сразу предусматривать в договоре размер вознаграждения эскроу-агента и порядок распределения расходов по выплате вознаграждения между сторонами.



В российском праве договор эскроу консенсуальный

сформулирована таким образом, что договор эскроу представляет собой консенсуальный договор, заключение которого лишь наделяет стороны соответствующими правами и обязанностями. Таким образом, заключенность договора эскроу никак не связана с передачей имущества эскроу-агенту.

Передача имущества эскроу-агенту

Первым шагом при исполнении договора эскроу является передача депонентом имущества эскроу-агенту, после чего обязательство депонента по передаче бенефициару имущества считается исполненным².

② п. 5. 926.1 ГК

Основная обязанность эскроу-агента состоит в том, что он должен принять переданное ему депонентом имущество, обеспечить его сохранность в течение определенного периода времени и при возникновении указанных в договоре эскроу оснований передать это имущество бенефициару после наступления определенного договором условия.

Ненадлежащее исполнение обязанности эскроу-агента по обеспечению сохранности депонированного имущества при его утрате, недостаче или повреждении влечет за собой ответственность. Исключения составляют случаи, когда это произошло вследствие обстоятельств непреодолимой силы, либо из-за свойств вещей, о которых эскроу-агент, принимая их на депонирование, не знал и не должен был знать, либо в результате умысла или грубой неосторожности депонента³. Размер ответственности определяется по правилам ст. 15, 393, 902 ГК по аналогии с правилами о хранении.

③ п. 2 ст. 926.5 ГК

Режим имущества в эскроу характеризуется тем, что ни кредиторы эскроу-агента, ни кредиторы сторон не могут обратиться за взысканием на имущество, пока оно находится в режиме эскроу. Именно с целью избежать взыскания со стороны кредиторов эскроу-агент обязан вести самостоятельный учет в отношении депонированного имущества и такое имущество должно находиться на отдельном балансе⁴.

④ п. 1 ст. 926.4 ГК

Если на депонирование передаются безналичные денежные средства или бездокументарные ценные бумаги, то эскроу-агент должен обособить их на отдельных счетах — расчетных, лицевых, счетах депо или на иных подобных счетах — и вправе использовать их исключительно для исполнения обязательств по договору

эскроу. Эскроу-агент не вправе распоряжаться указанным имуществом, а в отношении переданных на депонирование бездокументарных ценных бумаг — осуществлять права по этим ценным бумагам, если иное не предусмотрено договором⁵.

⑤ ст. 926.6 ГК

Передача имущества бенефициару

Эскроу носит выраженный характер условного обязательства. Депонирование у агента осуществляется с целью передачи права на имущество только после выполнения известного условия — при исполнении стороной определенных обязательств перед другой стороной или наступлении определенного события⁶.

⑥ п. 2. ст. 926.1 ГК

До момента наступления условия депонент сохраняет право собственности на переданное в эскроу имущество, а после право собственности на депонированные вещи переходит к бенефициару⁷. Таким образом, право собственности автоматически переходит при наступлении установленного условия.

⑦ п. 1 ст. 926.5 ГК

Проверка эскроу-агентом оснований для передачи имущества бенефициару происходит в двух режимах: проверка предъявленных бенефициаром документов по внешним признакам (п. 1 ст. 926.3 ГК) либо дополнительная проверка наличия самого основания для передачи имущества бенефициару (например, самостоятельное получение эскроу-агентом выписки из ЕГРН).

В договоре эскроу или дополнительных инструкциях к нему следует максимально точно установить порядок проверки оснований для передачи имущества бенефициару — необходимый перечень документов для предоставления и/или совершение эскроу-агентом определенных действий по проверке наступления условия. Например, запрос в регистрирующий орган или держателю реестра ценных бумаг.

В США ненадлежащая проверка эскроу-агентом наступления предусмотренного условия может стать основанием для возмещения убытков стороны за счет эскроу-агента. Например, в деле *Allen v. Allen Title Co.* (1967) с эскроу-агента взыскали убытки за передачу правового титула покупателю до совершения последним оплаты по сделке.

Полагаем, что в российском праве с учетом широкого нормативного подхода к возмещению убытков (ст. 15 ГК) эскроу-агента также могут привлечь к такой ответственности. Например, если денежные средства по договору купли-продажи недвижимости были переданы продавцу до регистрации права собственности за покупателем и у последнего отсутствует возможность получить как недвижимость (ее приобрел добросовестный покупатель), так и денежные средства (продавец впал в банкротство).

На заметку

Автоматический переход права собственности без фактической передачи является исключением из правила ст. 223 ГК, согласно которой право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи.

Порядок возврата имущества и вознаграждения агента в случае прекращения договора эскроу

ГК предусматривает ряд специальных оснований для прекращения договора эскроу. К ним относятся: смерть эскроу-агента, признание его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим; прекращение полномочий нотариуса, являющегося эскроу-агентом; ликвидация эскроу-агента, являющегося юридическим лицом; истечение срока договора эскроу⁸.

⁸ абз. 1 п. 1 ст. 926.8 ГК

Договор также прекращается в случае направления депонентом и бенефициаром в адрес эскроу-агента уведомления об отказе от договора эскроу⁹. Такое уведомление должно быть совместным, то есть выражать волеизъявление как депонента, так и бенефициара, должно быть составлено по общему правилу в письменной форме. Указанный пункт предусматривает диспозитивную допустимость договоренностей об иных способах уведомления. Представляется, что под иными способами законодатель подразумевал иные способы направления уведомления, но никак не допустимость одностороннего уведомления о прекращении договора эскроу, поскольку это не соотносится с идеей о безотзывности эскроу.

⁹ абз. 2 п. 1 ст. 926.8 ГК

По общему правилу при прекращении договора эскроу депонированное имущество подлежит возврату депоненту, а при возникновении оснований для передачи этого имущества бенефициару — передается бенефициару.

Нормы об эскроу не раскрывают вопрос дальнейшей судьбы выплаченного или не выплаченного эскроу-агенту вознаграждения при прекращении договора.

Учитывая, что фактические затраты эскроу-агента, компенсируемые вознаграждением, сводятся к хранению и учету депонированного имущества, можно использовать по аналогии закона нормы о вознаграждении по договору хранения.

Используя такую аналогию, вопрос выплаты вознаграждения эскроу-агенту при прекращении договора эскроу (за исключением случаев истечения срока договора и прекращения по соглашению сторон) можно решить следующим образом. Если эскроу досрочно прекращается по обстоятельствам, за которые эскроу-агент не отвечает, он имеет право на соразмерную часть вознаграждения¹⁰. К таким ситуациям можно отнести те, которые связаны с личностью эскроу-агента как физического лица: признание его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим.

¹⁰ аналогия с абз. 1 п. 3 ст. 896 ГК

Если же эскроу прекращается досрочно по обстоятельствам, за которые эскроу-агент отвечает, он не вправе требовать вознаграждения за хранение, а полученные в счет вознаграждения суммы должен вернуть сторонам¹¹.

¹¹ аналогия с абз. 2 п. 3 ст. 896 ГК

Защита депонированного имущества от притязаний третьих лиц

Помимо изменений в ГК, законодатель также внес поправки в смежные законодательные акты в части регулирования эскроу. В частности, в Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее — Закон об исполнительном производстве) и Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Эти поправки также вступили в силу с 1 июня 2018 года и призваны усилить обеспечительный эффект эскроу для сторон, прежде всего для бенефициара.

Согласно п. 1 ст. 926.7 ГК и нормам Закона об исполнительном производстве, в отношении депонированного имущества не допускается:

- принятие обеспечительных мер по долгам эскроу-агента либо депонента;
- обращение взыскания¹²;
- арест¹³.

Обратить взыскание можно только на права (требования) депонента и бенефициара. Кредиторы бенефициара смогут обратиться на его право (требование) о передаче эскроу-агентом имущества¹⁴. Кредиторы же депонента смогут обратиться взыскание на его право (требование) к бенефициару или эскроу-агенту только в том случае, если договор прекращен или нарушен. Например, если эскроу-агент безосновательно передал имущество бенефициару¹⁵.

Необходимо учитывать, что защита депонированного имущества действует только в том случае, если договор эскроу не отвечает признакам мнимости (ст. 170 ГК) или злоупотребления правом, в том числе для целей причинения вреда кредиторам (ст. 10, 168 ГК)¹⁶. В противном случае такой договор ничтожен и, соответственно, не порождает правовых последствий, в связи с чем норма п. 1 ст. 926.7 ГК не будет защищать депонированное имущество.

В случае банкротства депонента конкурсный управляющий не может распоряжаться депонированным имуществом¹⁷. Кроме того, это не препятствует передаче данного имущества эскроу-агентом в пользу бенефициара в целях исполнения обязательства депонента.

Если указанные в договоре эскроу основания для передачи имущества бенефициару не возникают в течение шести месяцев с момента введения конкурсного производства, депонированное имущество включается в конкурсную массу. Данный срок является пресекательным и направлен на стимулирование бенефициара к совершению действий, необходимых для перехода права на депонированное имущество. В противном случае ситуация «подвешенности» депонированного имущества будет затрагивать интересы кредиторов должника-депонента и препятствовать окончанию процедуры банкротства ●

¹² ч. 1 ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве

¹³ ч. 3.2 ст. 80 Закона об исполнительном производстве

¹⁴ ч. 3 ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве

¹⁵ ч. 2 ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве

¹⁶ определения ВС от 05.06.2012 № 11-КГ12-3, от 08.12.2015 № 34-КГ15-16, от 20.09.2016 № 49-КГ16-18

¹⁷ п. 6 ст. 101, п. 2 ст. 131 Закона о банкротстве

Если вам навязывают неизвестного эскроу-агента, от сделки лучше отказаться

Андрей Набережный, главный редактор журнала «Арбитражная практика для юристов»



Основное достоинство договора: эскроу-агентом может быть как физическое, так и юридическое лицо. Поэтому монополии на сопровождение подобных сделок пока не будет.

При совершении сделки нужно проявлять осторожность. Необходимо выбирать в качестве эскроу-агента компанию с чистой репутацией и гарантиями либо лицо с высоким уровнем доверия.

Самое безопасное — депонирование через нотариуса. Его преимуществом, помимо статуса, может являться и цена. Законопроект № 346028-7 предусматривает, что тариф от принятой денежной суммы либо рыночной стоимости движимых вещей или бездокументарных ценных бумаг составит 0,5 процента. При обращении сторон в консалтинговые компании цена на подобные услуги будет значительно выше.

В эскроу западного образца услуги эскроу-агента могут включать проведение оценки, страхование, проверку чистоты. Российский законодатель не ограничивает стороны в оказании дополнительных

услуг. Нотариус не сможет выполнить такие функции, поэтому рассмотрите иных эскроу-агентов. Ими могут стать крупные консалтинговые компании с международной репутацией. Не исключен и выход банков на этот рынок. У них уже есть значительный опыт работы с эскроу-счетами.

Когда стороне навязывают неизвестного ей эскроу-агента (особенно иностранного), то от сделки лучше отказаться: есть риск потерять доступ к имуществу.

Договор эскроу имеет все шансы стать востребованным на рынке. Причем как в сложных сделках M&A, так и в обычных бытовых сделках. Например, при покупке подержанного автомобиля можно депонировать часть суммы до истечения гарантийного срока продавца. При наступлении гарантийного случая эта сумма возвращается покупателю для возмещения расходов на ремонт.

Чем теперь опасны проверки аудиторов

Читайте в июньском номере журнала
«Российский налоговый курьер»



**Быстрая подписка:
8 (800) 550 15 57**

Реклама