

Евгений Глухов

Механизм эскроу, как способ обеспечения исполнения обязательств в российской практике

- 1) Предусмотренные Главой 23 ГК РФ способы обеспечения исполнения обязательств, формируя достаточно эффективный обеспечительный инструментарий, тем не менее, не в полной мере удовлетворяют потребностям гражданского оборота. Как правило, на практике, перечень перечисленных ГК РФ способов обеспечения исполнения обязательств рассматривается судами как закрытый, а правила ст. 329 ГК РФ, предоставляющие сторонам возможность использовать другие, не перечисленные в ГК РФ способы обеспечения, не решают проблемы, поскольку воспринимаются судами достаточно настороженно.
- 2) Одним из механизмов обеспечения исполнения обязательств, который не предусмотрен российским законодательством, но, тем не менее, широко применяется в российских сделках с конца 1990-х гг., является механизм эскроу. Эскроу представляет собой обязательство, в соответствии с которым, денежные средства и/или определенные вещи передаются одним из участников сделки (должником) третьему лицу (эскроу-агенту), который и обеспечивает исполнение обязательств должника перед кредитором в соответствии с положениями заключенного между должником, кредитором и эскроу-агентом соглашения.

Данный механизм широко используется в Западной Европе (включая, в том числе, ФРГ, Великобританию, Нидерланды, Францию), а также в Северной Америке и Юго-восточной Азии. В основном, как, например, в ФРГ механизм эскроу не имеет специального законодательного регулирования и был сформирован на практике. В роли эскроу-агента, как правило, выступают банки, инвестиционные компании, адвокаты, нотариусы, а также иные третьи лица (например, брокеры при совершении сделок купли-продажи морских и воздушных судов).

- 3) Основными сферами применения соглашений эскроу являются:
 - a) сделки, связанные с одновременным встречным исполнением сторон (купля-продажа ценных бумаг, недвижимого имущества, интеллектуальной собственности и т.п.);
 - b) приобретение бизнеса, когда эскроу-агенту передается часть покупной цены, как обеспечение исполнения обязательств продавца в части гарантий (*warranties*) и обязательств о возмещении убытков (*indemnities*);
 - c) создание совместных предприятий, где эскроу-агент может обеспечивать, например, передачу акций СП при реализации опционов и т.п.; а также
 - d) ипотечные/финансовые сделки (эскроу-агент обеспечивает своевременный взнос платежей по кредиту).
- 4) Структурирование отношений эскроу по российскому праву проблематично по следующим основным причинам:
 - i) законодательством не регламентировано, кто может выступать в роли эскроу-агента (например, нотариусы и банки (чаще всего выступают в роли эскроу-агентов в Западной Европе и Северной Америке) отказываются выполнять эту

функцию из-за отсутствия законодательного регулирования их деятельности в данной сфере);

- ii) отсутствие в действующем законодательстве регулирования, устанавливающего специальный режим для переданного эскроу-агенту имущества при банкротстве последнего;
- iii) до недавнего времени, проблематичность передачи сторонами сделки полномочий третьему лицу на совершение определенных действий без возможности отзыва полномочий предоставившим их лицом до истечения определенного периода времени/наступления определенных обстоятельств; и
- iv) отсутствие специальной инфраструктуры на рынке ценных бумаг (в частности, возможности передать ценные бумаги эскроу-агенту без перехода права собственности на них к последнему).

5) Кроме того, использование предусмотренных ГК РФ конструкций, которые, на первый взгляд, могут заменить эскроу, не всегда в полной мере отвечает интересам участников гражданского оборота:

a) Аккредитив:

- i) независимое от основной сделки обязательство;
- ii) открывается только банком;
- iii) часто, отсутствует достаточная гибкость со стороны банка при обсуждении параметров соглашения;
- iv) представляет собой одностороннюю обеспечительную сделку, тогда как эскроу может обеспечивать исполнение со стороны более чем одного участника сделки (например, при создании совместных предприятий);
- v) высокая степень регулирования;
- vi) предоставление стандартизированных документов для осуществления исполнения со стороны банка;
- vii) формальность процедуры проверки документов банком и т.п.

b) Банковский счет

- i) проблематичность блокировки денежных средств на счете по российскому праву;
- ii) отсутствие достаточной гибкости банка при обсуждении параметров соглашения.

c) Доверительное управление

- i) Проблемы с объемом прав доверительного управляющего;
- ii) Возможность расторжения договора доверительного управления по инициативе учредителя управления.

- d) Договор комиссии
 - e) Смешанные договоры
 - i) Блокировка акций по лицевому счету/счету депо;
 - ii) Заключение многосторонних соглашений в связи с расчетами (банк, депозитарий продавец и покупатель).
- 6) Перечисленные выше проблемы обусловили широкое применение иностранного права (главным образом, английского) к соглашениям об эскроу. Вместе с тем, использование иностранного права и иностранных эскроу-агентов:
- a) приводит к росту издержек при совершении сделок;
 - b) предполагает наличие иностранного элемента, который не во всех случаях присутствует в сделках, например, при заключении договора купли-продажи акций российской компании между российскими партнерами; а также
 - c) может увеличивать время расчетов, что иногда затягивает процедуры завершения сделки.
- 7) Характеристики новых норм ГК РФ в отношении соглашений об эскроу:
- a) широкий перечень имущества, которое может передаваться в эскроу;
 - b) широкий перечень лиц, которые могут выступать в роли эскроу-агента;
 - c) отсутствие необходимости нотариального заверения (в определенных случаях нотариусом заверяется только дата соглашения);
 - d) возможность установления обязанности эскроу-агента по проверке условий эскроу по существу;
 - e) обособление имущества, переданного эскроу-агенту, специальные правила на случай банкротства эскроу-агента; и
 - f) специальный режим депонирования ценных бумаг.
- 8) Прогноз в отношении использования новых норм ГК РФ в отношении эскроу.