

Официальные партнеры мероприятия



Научный круглый стол

«ЭСКРОУ И ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЙ ПЛАТЕЖ КАК НОВЫЕ СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ПРОЕКТУ РЕФОРМЫ ГК РФ»

Москва, 16 декабря 2013 года (19.00-21.15)

Общее описание проблемы:

В ходе реформы ГК РФ по предложению Группы по созданию МФЦ при Президенте РФ в Проект поправок в ГК РФ в части норм об обязательствах и договорах было принято решение включить законодательное регулирование договоров эскроу и обеспечительных платежей.

Выдержки из Проекта ГК в части норм об эскроу см. [здесь](#), в части норм об обеспечительном платеже см. [здесь](#).

Договор эскроу является одним из крайне распространенных в мировой практике способов структурирования исполнения по двусторонним договорам. Он применяется, как правило, в тех случаях, когда одномоментный обмен не возможен и какой-то из сторон необходимо рискнуть осуществить свое предоставление первой по очереди и тем самым принять на себя кредитный риск (то есть риск того, что, отдав положенное, она не получит встречного исполнения). Сложность заключается в том, что стороны часто находятся в ситуации сильнейшей информационной асимметрии: каждая из них не может адекватно оценить реальный уровень риска дефолта или недобросовестности контрагента. При этом та сторона, которая рискнет сделать первый шаг, фактически предоставит контрагенту коммерческий кредит. Соответственно, здесь срабатывает примерно та же логика, что и в случае с обычным кредитом: в силу информационной асимметрии в цене отражается усредненное значение риска, которое может быть значительно выше реального риска дефолта конкретного должника. Последний часто не может достоверно подтвердить реальный уровень своей кредитоспособности и добросовестности и в итоге контрагент вынужден отражать в цене усредненное значение риска. В результате столь высокой премии за риск цена оказывается часто выше той, которую готовы заплатить потенциальные партнеры, и потенциальная взаимовыгодная сделка двух добросовестных лиц может просто не состояться. Кроме того, сделка может сорваться и на более раннем этапе просто в силу того, что никто из сторон в принципе не рискнет осуществлять коммерческое кредитование.

Все эти препятствия стимулируют поиск различных способов обеспечения, способных снять соответствующий риск с того, кто готов осуществить первый шаг. Одним из выходов из данного тупика открывается в той ситуации, когда оба не вполне доверяющих друг другу контрагента доверяют некому третьему лицу (например, известному банку, адвокату, нотариусу и т.п.). В таком случае потенциальные контрагенты привлекают в качестве посредника это третье лицо (т.н. эскроу-агента) и осуществляют свои предоставления в пользу него. После того, как эскроу-агент получает положенные встречные предоставления от сторон и наступают иные предусмотренные условия, он передает каждой из них

причитающееся. В ряде случаев эскроу-агент может быть привлечен сторонами и для осуществления исполнения лишь одной из сторон, если по договору это исполнение должно быть произведено при наступлении оговоренных отлагательных условий.

Эскроу в некотором смысле напоминает аккредитив, но в отличие от последнего а) может обеспечить промежуточный сбор у посредника встречных предоставлений обеих сторон, а не только одностороннее проведение денежного платежа, б) может обуславливать исполнение любых предоставлений (не только денег, но и акций, товаров, индивидуально-определенных вещей, интеллектуальной собственности и т.п.).

Одна из наиболее актуальных сфер применения эскроу модели встречного обмена – это сделки приобретения корпоративного контроля, но они используются и при продаже недвижимости, и при оформлении передачи технической документации, в сделках с интеллектуальной собственностью, и даже в интернет-торговле. Во многих странах функционирует целые рынки эскроу-услуг, в рамках которых надежные и внушающие доверие посредники помогают потенциальным контрагентам решиться на заключение договора за счет снятия с них риска кредитования.

К сожалению, в России рынок подобной крайне полезной услуги серьезно ограничен за счет проблем с правовой инфраструктурой. Участники оборота не могут однозначно спрогнозировать отношение судов к подобной их сделке, признание ее непоименованной или отнесение к той или иной поименованной конструкции (аккредитив, комиссия, хранение и т.п.), а соответственно и сориентироваться в отношении применимого правового режима. В итоге такие сделки российские предприниматели заключают через зарубежные организационные «надстройки» по зарубежному же праву.

По мысли разработчиков соответствующих новелл Проекта ГК их появление может помочь создать правовые условия для возвращения таких обеспечительных сделок в российское право, развития внутреннего рынка эскроу-услуг и обеспечения экономически эффективного режима договорных отношений.

Обеспечительный платеж является более простым вопросом. В России подобные конструкции давно и повсеместно используются в обеспечение обязательств по договорам поставки, подряда, аренды и ряда других. Существует большой объем судебной практики по спорам в отношении этого инструмента, который на практике называется сторонами как «гарантийный платеж», «гарантийный депозит», «обеспечительный депозит» или «страховой депозит». Суть конструкции состоит в том, что одна из сторон договора в обеспечение возможных в будущем, но не predeterminedных своих денежных обязательств перед кредитором вносит ему вперед некую сумму на своего рода «депозит», из которого кредитор вправе удержать соответствующие суммы в случае, если в будущем все-таки возникают основания для их уплаты. Такие денежные платежи часто вносятся при получении вещей в прокат (при этом нередко называются «залогом») и нацелены на обеспечение возможных требований прокатной конторы о погашении ущерба в случае порчи или гибели объекта проката. В аренде недвижимости такого рода «депозиты» покрывают возможный ущерб недвижимости, вскрытый при возврате объекта недвижимости арендодателю. В подрядных и поставочных контрактах они нацелены на покрытие возможных расходов покупателя (заказчика) на случай выявления после приемки товаров (работ) скрытых дефектов и возникновения необходимости оплаты работ третьих лиц по устранению дефектов. Чаще всего требованиями, ради гарантирования которых вносятся такие «депозиты», являются требования о возмещении убытков. Но потенциал такой конструкции достаточно широк. Так, например, в финансовых сделках деривативного типа подобного рода «депозиты» могут гарантировать оплату соответствующих платежей, если оные в результате колебания цены базового актива будут причитаться с внесшей такой «депозит» стороны.

Обеспечительный платеж не является залогом, так как а) его объект однороден объекту обеспечиваемого обязательства и залоговый режим, предполагающий процедуру обращения взыскания на объект залоговых прав, просто неприменим, б) объектом обеспечения является денежная сумма, которая переходит в «собственность» кредитора и подлежит возврату в случае невозникновения оснований для осуществления удержаний. Обеспечительный платеж в чем-то похож на эскроу, но в отличие от последнего тут стороны обходятся без привлечения третьего лица: «депозит» передается в руки самого кредитора. От обычного аванса обеспечительный платеж отличается тем, что он вносится не за товар, работы или услуги, а на покрытие возможных дополнительных или просто непредeterminedных денежных обязательств одной из сторон договора. Вероятностный характер возникновения последних (то есть самого основания платежа) препятствует признанию таких «депозитов» и полноценным авансированием обязательств по покрытию убытков.

Очевидная *sui generis* и обеспечительная природа таких платежей создала условия для появления в Проекте ГК нескольких норм об этом институте. Задачей здесь являлось не столько разрешить все возможные правовые вопросы, сколько просто сформировать каркас данного института, содержание которого, безусловно, должно формироваться постепенно в судебной практике.

Формулирование предложенных норм в отношении эскроу и обеспечительного платежа было затруднено тем, что никакой российской научной литературы по этим вопросам фактически не было. В отношении же эскроу не было и никакой судебной практики. В этой связи есть риск того, что разработчики, возможно, могли чего-то не учесть, не включить в Проект какие-либо важные предохранительные инструменты или сделать неверный политико-правовой выбор. Цель настоящего круглого стола состоит в том, чтобы обсудить ключевые вопросы предложенного правового режима эскроу и обеспечительного платежа.

Программа обсуждения:

1. Проблемы эскроу

- 1.1. Соотношение эскроу с аккредитивом, комиссией и иными смежными институтами (нужно ли вводить отдельный договор эскроу или достаточно имеющихся правовых форм?)
- 1.2. Распределение рисков при банкротстве сторон такого договора (как решить проблему отнесения переданного эскроу-агенту имущества к конкурсной массе одной из трех сторон такого договора?)
- 1.3. Нет ли риска того, что эскроу может недобросовестно использоваться для того, чтобы укрыть актив от требований третьих лиц? Если есть, то как этого избежать?
- 1.4. Разбор иных замечаний по поводу текста предлагаемых норм

2. Проблемы института обеспечительного платежа

- 2.1. Отличие от залога, задатка, аванса и иных известных договорных конструкций (нужно ли вводить отдельное регулирование?)
- 2.2. Распределение рисков при банкротстве сторон (в чей конкурсной массе «депозит»?)
- 2.3. Начисление процентов
- 3.4. Механика удержания (зачет ли это?)
- 3.5. Разбор иных замечаний по тексту предлагаемых норм

Участники обсуждения:

В обсуждении планируется участие следующих спикеров: **Сарбаш С.В.** – д.ю.н., судья ВАС РФ; **Карапетов А.Г.** – д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос»; **Глухов Е.В.** - доктор права (Венский университет), старший юрист Международной юридической фирмы «Freshfields Bruckhaus Deringer»; **Распутин М.С.** - заместитель руководителя департамента правовой политики и общественных отношений Фонда «Сколково»; **Башкатов М.Л.** – ответственный редактор Вестника гражданского права; **Вишневский А.А.** – к.ю.н., профессор Высшей школы экономики; **Савельев А.И.** - к.ю.н., юрист компании IBM (Россия/СНГ), старший научный сотрудник НИУ ВШЭ и другие.

К обсуждению приглашаются представители судейского сообщества и других органов государственной власти, ученые-цивилисты, адвокаты, корпоративные юристы, студенты и другие интересующиеся данной проблематикой юристы.

Место и время проведения:

Научный круглый стол пройдет 16 декабря 2013 года с 19.00 до 21.15 в конференц-зале «Ярославль» гостиницы «Золотое кольцо» по адресу: Москва, Смоленская улица, д.5 (5 минут пешком от ст.м. Смоленская). Карту проезда см. [здесь](#)

Регистрация участия и другие организационные вопросы:

Участие в круглом столе бесплатно.

Для участия в круглом столе необходимо зарегистрироваться [здесь](#).

Для получения регулярных оповещений о проводимых Юридическим институтом «М-Логос» открытых научных мероприятиях и актуальных новостях частного права предлагаем осуществить подписку на получение ежемесячного Дайджеста новостей российского и зарубежного частного права по адресу <http://www.m-logos.ru/publications/digest/>

Контакты:

Юридический институт «М-Логос»

<http://www.m-logos.ru>

Ответственный за проведение круглых столов менеджер – Светлана Паладий

conf@m-logos.ru

Тел. +7 (495) 772-91-97, +7 (495) 771-59-27