

Правовая структура сделок эскроу: постановка проблемы

© Башкатов М.Л.¹

« - Видишь суслика?
- Нет
- - И я не вижу.. А он есть! »
-
- к/ф «ДМБ»
-

Договор условного депонирования, который в ближайшем будущем должен войти в корпус норм об обеспечении обязательств, является безусловно одной из наиболее заметных новелл реформы обязательственного права. Данный договор нашел себе место в качестве подраздела норм о договоре хранения и специального вида договора банковского счета (счета эскроу). Представляется, что такое регулирование не является чем-то концептуальным и представляет собой всего лишь результат случая или тактических задумок авторов данных поправок. Собственно, только такой взгляд на данные нормы позволит абстрагироваться от атрибутирования эскроу исключительно хранению или банковскому счету и сделает возможным восприятие данного договорного типа как самостоятельного способа обеспечения исполнения обязательств.

При этом следует отметить, что российское право будет едва ли не первым правопорядком, закрепившим данную договорную модель на уровне закона. Практически все известные развитые правопорядки расценивают данный договор как непоименованный (*sui generis*), либо как разновидность разновидность посреднического договора комиссионного типа в зависимости от структуры прав и обязанностей сторон, избранных ими при формулировании условий соглашения. В континентальных правопорядках эскроу также имеет ряд сходств с договором хранения. Причина в том, что в современных правопорядках эскроу скорее рассматривается как некая функциональная бизнес-схема, специальный порядок исполнения обязательства, который ожидаемо может существовать в различных догматических формах². Тут следует обратить внимание на то, что вопреки распространенному заблуждению правовые системы стран общего права отнюдь не склонны рассматривать эти договоры как трастовые. Причина в том, что эскроу-агент, получив соответствующее имущество, стремится ограничить свою ответственность перед сторонами соглашения (должником и кредитором по основному обязательству, исполняемому таким образом) только положениями данного соглашения, исключив применение всего того комплекса обязанностей, которые возлагает английское право на трасти в силу природы траста. Функционально такая практика связана с тем, что эскроу-агенту не выгодно нести так называемые «внешние» риски, связанные с характеристиками имущества, переданным на эскроу, так как эскроу-агент берет на себя обязанность (и соответствующий риск) передать имущество кредитору в строго определенном случае.

Более того, английская судебная практика только пытается нащупать алгоритм, при котором положения о трасте все таки будут применяться к отношениям эскроу в силу особых коммерческих обстоятельств - речь идет прежде всего о достаточно редких ситуациях, когда титул на имущество перешел к

¹ Автор благодарит Д.Левину за помощь в сборе информации по данной теме

² См. Eisenhut St. Escrow-verhaeltnisse. Das Escrow Agreement und aenliche Sicherungsgeschaeft. - Basel, 2009 S.7 и след., 93-94

бенефициару (кредитору) в силу определенных обстоятельств, не связанных с фактическими действиями бенефициара (обычно все происходит иначе - эскроу-агент сам передает имущество и переносит титул бенефициару). В таком случае эскроу-агент передает имущество бенефициару как действительному собственнику, ставшему, однако, таковым без его, эскроу-агента, участия. В подобных случаях при повреждении имущества, находящегося у эскроу-агента, английский суд посчитал возможным возложить на него дополнительную ответственность перед бенефициаром, ссылаясь на тот факт, что определенные трастовые обязанности возникают у агента перед собственником просто потому, что агент получает имущество от него по договору, но сам собственник титул в силу этой передачи не теряет (то есть права эскроу-агента производны от прав депонента-собственника). Раз так, то если сменился собственник, справедливо найти аналогичные фидуциарные обязанности и в отношении бенефициара (сходная же логика лежит в основе так называемого «рестроспективного» эффекта перехода титула при трастовом эскроу - нередко (в случае злоупотреблений депонента и эскроу-агента) право считается перешедшим в результате действий агента, но задним числом - с момента передачи имущества депонентом агенту).

Все только что сказанное говорит о том, что эскроу как таковое редко выражено в трасте - но визуально, конечно, на него похоже. Основные отличия заключаются в а) ограниченной ответственности эскроу-агента и б) в том, что по общему правилу агент или совсем не получает, или получает очень незначительный титул на вверенное ему имущество (что связано с ограничением его распорядительных возможностей). В частности, отмечается, что агенту статус трасти не нужен ибо никакого интереса в имуществе переданного на эскроу у него нет, а распорядительные возможности должны быть минимальными). Кстати сказать, эти правила нередко обходятся на практике самыми разными путями - например, аналогичные трастовым обязанности изыскиваются в специальном статусе банков-эскроу-агентов как профессионалов финансового рынка. Также отмечается, что траст является продуктом явной воли учредителя и как раз в силу этого на структуру трастовой сделки распространяется весь сложный трастовый режим. В этой связи эскроу можно трактовать как траст только в ограниченном смысле, а именно в смысле ограниченности всех трастовых проявлений в нем положениями договора, что для траста не характерно. Между тем, трастовая модель эскроу существует и распространена преимущественно в США.

Все только что описанное позволяет определить важный функциональный элемент эскроу-соглашений. Дело в том, что важный момент связан с тем, что как правило эскроу позволяет разделить во времени два момента - момент перехода права собственности на объект от должника к кредитору и момент релевантного же исполнения обязательства по передаче данного объекта. В зависимости от комбинации этих двух эффектов должна и будет разниться и правовая квалификация соглашения.

Резюмируя, можно заключить, что отношения эскроу в мировой практике существуют в нескольких устоявшихся формах. Самый распространенный вид - и, вероятно, именно он был взят разработчиками названных норм за образец - это ситуация когда право собственности должник-депонент сохраняет за собой до того момента пока эскроу-агент не передаст имущество бенефициару, обязательство же должника по передаче данного объекта будет считаться исполненным с момента передачи имущества агенту. Подобная ситуация, а именно случай, когда обязательство по передаче имущества кредитору гипотетически может быть не связана с переходом права собственности не является чем-то необычным для российского права (см., п.2 ст.458 ГК РФ как наиболее характерный для обсуждаемой темы пример). Между тем, именно эскроу предоставляет возможность

осуществить подобное в рамках трехстороннего договора. Кстати сказать, исполнения обязательства через перевозчика обращает на себя внимание именно в силу того, что в случае проблем с товаром перевозчик отвечает лишь перед грузоотправителем, а не перед грузоотправителем и грузополучателем в равной мере. Вероятно, иная идея была заложена в условное депонирование разработчиками (сделавшими договор трехсторонним), однако согласно обыденному восприятию действительности такой вариант должен означать что в результате заключения эскроу-соглашения обязательства у эскроу-агента должны возникать перед обоими контрагентами, причем реализация одного обязательства должна быть как-то увязана с реализацией другого. Что имеется в виду - эскроу-агент явно оказывает своеобразную услугу и депоненту, и эскроу-агенту и значит реализация прав каждого из участников сделки должна учитывать такую релевантную связь - в частности, в случае непередачи агентом имущества бенефициару стоит задуматься о возможности предъявления им иска напрямую депоненту, поскольку имеет возможность обратиться с требованием у эскроу-агенту.

Второй распространенный вариант структурирования названных сделок суть следующий - имущество фактически передается депонентом эскроу-агенту, а право собственности на него переходит к бенефициару в результате действий эскроу-агента, в этот же момент (в момент фактической передачи кредитору) считается исполненным обязательство депонента перед бенефициаром. Эта схема очень напоминает договор комиссии по российскому праву в той интерпретации данного договора, что была воспринята после Обзора ВАС РФ № 85 от 17.11.2004 г. о договоре комиссии. Так, право собственности переходит к кредитору по сделке (бенефициару) непосредственно от депонента (комитента), но в результате действий эскроу-агента (комиссионера). Эти же действия исполняют обязательство должника. Для простоты будем называть эту схему взаимоотношений «комиссионным» эскроу. Смысл подобного структурирования отношений заключается в том, чтобы кредитор-бенефициар не принимал на себя риски, связанные с тем, что объект обязательства фактически не находится под его контролем, однако долг по его фактической передаче должник с себя уже снял, пусть и сохранив право собственности на него до фактической передачи кредитору. Кредитор таким образом «страхует» свои риски, связанные с объектом эскроу, зачастую предусматривая в договоре солидарную ответственность депонента и агента на случай если фактическое исполнение не будет отвечать условиям договора.

Подобная схема соглашения сразу поставит на повестку дня вопрос о том, может ли она вписаться в схему договора комиссии. На наш взгляд проблема заключается в том, что эскроу-агент исполняет чужое обязательство от своего собственного имени. По сути, это исключение из общего принципа относительности обязательства, которые законодатель оправдывает в каждом конкретном случае (характерные примеры - ст.313, а также специальные аргументации того, почему поручитель исполняет именно свое, а не чужое обязательство и т.д.). К сожалению, российское право рассматривает комиссию не как универсальную посредническую сделку, а как договор, нацеленный всего лишь на сделки купли-продажи. Причина на наш взгляд коренится в уже упомянутом обзоре ВАС по договору комиссии, в угоду господствовавшей тогда доктрине редуцировавший договор конструкции, описанной еще Гойхбаргом в начале прошлого века. Собственно, идея о том, что от своего собственного имени нельзя распорядится чужим правом требования или изменить чужой договор строится на историческом толковании норм о договоре комиссии, но не других известных методах правового анализа. Между тем, практика, запрещающая посреднику исполнить чужое обязательство от своего собственного имени за исключением случаев, установленных законом (ст. 313), базируется

именно на рекомом Обзоре ВАС. Резюмируя, можно декларировать, что отличия описанной схемы «комиссионного» эскроу от классической комиссии будут существовать лишь только в случае трактовки комиссии как соглашения, направленного на совершение комиссионером сделок купли-продажи. В этом печальном случае диспозитивность норм об эскроу-соглашении, допускающая подобный путь для структурирования сделок, будет сведена на нет судебной практикой, квалифицирующей эскроу-сделки как комиссионные.

Любопытно, что в праве США одной из распространенных теорий эскроу является т.н. «агентская» теория, аргументы против которой могли бы быть использованы и применительно к российскому праву - в частности, трактовки эскроу как комиссии или поручения (закрывая глаза на наличие в последнем договоре представительского элемента). Так, в отличие от агентского договора, смерть, ликвидация или одностороннее волеизъявление депонента не могут прекращать эскроу-соглашение. Во-вторых, квалификация эскроу как соглашения обеих сторон делает возможным трактовку эскроу как «двустороннего» агентского договора, в котором эскроу-агент является агентом обеих сторон - это нетипично для теории агентских отношений в общем праве, так как передача агенту имущества всегда сразу же переносила бы титул, что не соответствует сущности эскроу, а также обязывала бы агента координировать свои действия с обоими доверителями. Последнее особенно противоречит теории агентского договора, так как в нем четко разделяются отношения агент-доверитель и агент-третьи лица. Однако такие отличия не привели к тому, чтобы не применять к эскроу положения об агентском договоре вообще, а всего лишь позволили устояться идее о том, что эскроу если и не траст, и не специальный договор *sui generis*, то уж точно особый агентский договор. Сходная же логика могла бы позволить адаптировать российский договор эскроу к комиссионным сделкам.

Третий вариант структурирования сделок эскроу, уже затронутый ранее - право собственности переходит автоматом к бенефициару при наступлении определенных обстоятельств, не связанных с действиями эскроу-агента (такой способ распространен в английском праве, которое склоняется к тому, что право перейдет к бенефициару в результате оговоренных обстоятельств, а не физической передачи). Соответственно, к этому моменту депонент считается уже исполнившим свою обязанность по исполнению обязательства, затем, чуть позже, титул на имущество перешел к бенефициару. В этой ситуации эскроу-агент по сути выступает в роли некоего «хранителя», но не для депонента, а для бенефициара, и при наличии определенных обстоятельств он передает имущество именно собственнику. Думается, внешне данные отношения сложно отделить от отношений хранения, когда поклажедатель продал имущество третьему лицу.

Важный вопрос связан с тем, стоит ли рассматривать договорную модель, предусмотренную проектом, в качестве единой конструкции. Учитывая то обстоятельство, что большинство норм, имеющих существенное значение для квалификации отношений, являются диспозитивными, следует задуматься о самой возможности применения к таким договорам соответствующих норм о комиссии, агентировании или представительстве. Представляется, новеллы об эскроу поставят на практике проблему поиска дополнительных критериев, позволяющих отграничить соглашение об условном депонировании от, например, договора, согласованного сторонами как комиссия. Только вот какими они будут предугадать достаточно сложно.

Сколько обязательств?

Еще один вопрос - сколько обязательств возникает из договора эскроу? Определение договора строго формально говорит о том, что депонент что-то

передает эскроу-агенту (причем, что важно - передает не просто так, а *в целях исполнения своего обязательства перед бенефициаром*), а последний обязуется передать это что-то бенефициару *в соответствии с положениями договора эскроу*. Отсюда возникает несколько вопросов.

Во-первых, во исполнение какого обязательства депонент передает соответствующий объект эскроу-агенту, и перед кем депонент ответственен за невыполнение такого обязательства? Казалось бы ответ очевиден - перед бенефициаром, поскольку у агента нет самостоятельного интереса в имуществе, но тут вопрос в том, опирается ли его требование на договор эскроу или же на обязательство, исполнение которого осуществляется таким способом. Между тем, ответ на данный вопрос позволит прояснить ситуацию по целому ряду других вопросов - например, если депонент не исполнил эту обязанность, может ли бенефициар отказаться от основного договора или приостановить встречное исполнение, словом использовать средства защиты по договору, во исполнение которого заключено эскроу-соглашение, или же он «связан» тем, что стороны записали в трехстороннем договоре с агентом? В итоге, необходимо определить - можно ли определить связь эскроу-соглашения и основного договора как акцессорную?

Во-вторых, буквальное прочтение нормы позволяет судить о том, что эскроу-агент обязуется передать соответствующее имущество бенефициару, а значит именно бенефициар является управомоченным субъектом в данном отношении. Означает ли это, что депонент не может требовать от эскроу-агента совершения такого действия, оговоренного, кстати сказать, в трехстороннем соглашении? С одной стороны, положительный ответ на данный вопрос позволит говорить о договоре эскроу как о посреднической сделке - услугополучатель (пусть в реальности их и двое) требует от услугодателя выполнения соответствующей части возложенного на него поручения. С другой же стороны выходит так, что в данном случае реализация данного права (если оно есть) приводит к тому, что бенефициару гораздо выгоднее предъявлять требование к депоненту, а уж тот пусть сам пытается получить компенсацию своих расходов с нарушителя-агента. Если отказываясь передать имущество в соответствии с условиями договора бенефициару, агент нарушает обязательство именно перед ним, то вряд ли имеет смысл предоставлять бенефициару исковое требование против депонента (именно такой подход имеет место в англо-американском праве где действует принцип - функция эскроу-агента как раз и заключается в том, чтобы «страховать» стороны от исков друг друга).

Акцессорность или независимость?

В западной практике принято считать, что стороны сами вольны определить связь основного договора и эскроу в эскроу-соглашении как акцессорную или независимую. Безусловно, презумпция акцессорности характерна для многих европейских правовых порядков, причем для эскроу акцессорность более характерна, поскольку это всего лишь особый способ исполнения обязательства³.

При этом зачастую затруднительно сделать однозначный вывод о том, является ли эскроу-соглашение акцессорно или независимо, скорее принято говорить о той или иной степени акцессорности. Признаками независимости могут выступать следующие условия: для передачи объекта, переданного на эскроу, в назначенный момент достаточно волеизъявления одной из сторон сделки, предоставление документов одной из сторон сделки обязывает агента к выдаче имущества, механизм передачи формализован исключительно в договоре эскроу, выдача имущества происходит только по взаимному волеизъявлению сторон

³ Gerster St. Das Escrow Agreement als obligationrechtlichen Vertrag. Diss. - Zuerich, 1991 S.34 ff.

соглашения эскроу, либо по предоставлению решения суда или арбитража, прямое указание на независимость соглашения об эскроу⁴.

Основное правило, сформировавшееся в практике Швейцарии и Германии, гласит, что если в тексте эскроу-соглашения есть указание на основной договор, то должна быть своеобразная презумпция акцессорности - так как нет разумных оснований полагать что стороны хотели обеспечить больше чем исполнение по сделке. В частности, эскроу существует для исполнения обязательств из заключенной надлежащим образом и действительной в релевантный момент времени сделки. Однако в литературе отмечается в том числе и то, что последовательное проведение принципа акцессорности может повлечь возможность злоупотреблений со стороны участников основной сделки - речь идет о возможности выдвижения возражений против осуществления прав из эскроу-соглашения, основанных на основном договоре. Соответственно, в части осуществления прав и обязанностей эскроу-соглашение должно быть независимо в силу своей сути, хотя это отдается на откуп сторонам.

У кого собственность?

Вопрос принадлежности права собственности разрешается в Германии и Швейцарии следующим образом - общее правило заключается в том, что собственником остается лицо, обладающее правом собственности до заключения эскроу-соглашения, поскольку очевидно что *заключением* такого договора стороны явно не желали изменения отношений собственности. Между тем, получив имущество, эскроу-агент становится владельцем вещи, причем речь идет не о так называемом служебном владении (Besitzdienerschaft), так как он не владеет для другого. В обязанности агента входит активная защита от внешних посягательств на вещь, в частности он имеет возражения против нарушения владения, лишения владения на основании возражений третьих лиц по поводу эскроу-соглашения и т.д.).

Исключением из названной ситуации является передача на эскроу заменимых вещей, причем переход права собственности тут зависит не от свойств объекта, а от волеизъявления сторон - если стороны хотят перехода права собственности, собственником в данном случае станет эскроу-агент, стороны же основной сделки получают обязательственные требования к нему на предоставление равного количества таких же вещей. Однако отмечается, что эскроу-агент ограничен в осуществлении своего права собственности соглашением, что не дает ему права распоряжения по своему усмотрению.

Отсюда также важное правило - при любом раскладе эскроу-агент, распорядившись объектом в обход соглашения, не перенесет титул на 3 лицо, которое к тому же не сможет воспользоваться ссылкой на добросовестность приобретения. Справедливости ради следует отметить, что англо-американское право только склоняется к такому принципу и допускает в ряде случаев такое основание защиты 3го лица (по той причине что депонент сам проявил небрежность в выборе агента).

Таким образом, при передаче на эскроу вещей отношения сторон сделки в значительной степени сходны с договором хранения (Hinterlegung). Отличия видятся прежде всего в различной цели сделок - для эскроу это лишение сторон возможности распоряжения вещью с тем, чтобы обеспечить исполнение обязательств по основному договору (Sicherungs- und Abwicklungszweck), для хранения же это надлежащее хранение вещи и ее возврат в определенный срок (Aufbewahrungszweck). Именно это положение делает невозможным применение для

⁴ Opp.cit. S.37-38

сторон императивных правил о возврате вещи, так как стороны отказываются от притязания на возврат объекта до наступления оговоренных условий. Эскроу соглашение нельзя также квалифицировать как секвестр (так как тут соглашение двухстороннее, а не трехстороннее, а также поскольку в эскроу-соглашении отсутствует спорность притязаний на вещь).

Между тем, как отмечается, правовая структура сделок эскроу не позволяет сказать, что этот договор в полной мере может быть отнесен к поручению (комиссии)⁵. С одной стороны, из соглашения эскроу могут вытекать отношения, структурно идентичные договору поручения - относительная независимость агента и его действия в интересах сторон основной сделки, право давать агенту указания (что к слову не является необходимым, так как агент может осуществлять свою деятельность самостоятельно, без указаний сторон). С другой стороны, доверительный элемент имеет существенное значение лишь на стадии заключения договора, а не его осуществления - например, было бы странно видеть в договоре эскроу возможность сторон договора отказаться от него в любом случае или же априорное применение критериев ответственности агента принятых для договора поручения (действия агента после заключения договора строго формализованы).

В итоге, например, такие правопорядки как Германия и Швейцария склонны рассматривать эскроу как поручение с нетипичными элементами. Соответственно, строятся и отношения ответственности - относительно обязанности по сохранению применяются правила о хранении, в других случаях - посредническом договоре. К слову сказать, обычно ответственность агента ограничивается условиями соглашения до легкой небрежности.

Жанр тезисов не предполагает раскрытие всех вопросов темы, а потому автор оных обращает внимание аудитории лишь на то, что имел целью только обозначить проблемы и данные, имеющие значение для адекватного решения заявленных проблем.

⁵ Имеется в виду договор, который является в правопорядке корневым для всех договоров на оказание услуг. Как видится, в российском праве эта ниша принадлежит двум договорам - поручению и комиссии (в зависимости от наличия или отсутствия в договоре представительского элемента)