

## Эскроу - новый инструмент расчетов в сделках M&A по российскому праву

С **01 июня 2018** года вступила в силу глава 47.1. Гражданского кодекса РФ, которая устанавливает общие правила регулирования для **договора условного депонирования (эскроу)**.

Договор эскроу широко используется в зарубежной практике при структурировании сделок M&A как один из инструментов расчетов по сделке. Эскроу используется как промежуточное место хранения того исполнения, которое должно быть осуществлено по сделке (ценные бумаги, денежные средства). Существование эскроу продиктовано необходимостью отстранить получающую сторону от получения тех или иных активов или документов раньше срока, но при этом необходимостью гарантировать получателю то, что при выполнении им или третьим лицом определенных действий (например, заключение какого-либо договора, получение лицензии, разрешения, перечисление денежных средств) или же при наступлении определенного срока (например, при истечении срока на обжалование судебного акта или срока исковой давности) или определенных событий получатель получит причитающийся ему по сделке эквивалент. То есть эскроу – это механизм отложенного (до возникновения определенных оснований) исполнения обязательства при посредничестве третьего лица – эскроу-агента.

До появления главы 47.1. ГК существовало регулирование только расчета по сделке **денежными средствами**. Такое регулирование осуществлялось в соответствии со статьями 860.7-860.10 (Счет эскроу, договор счета эскроу). Такой счет открывался только банком, который выступал эскроу-агентом, для учета, блокирования и последующей передачи денежных средств их бенефициару (получателю денег по сделке). Фактически возможность передавать по сделке иной эквивалент, кроме денежных средств, по правилам эскроу ранее отсутствовала.

Теперь же в п. 1 ст. 926.1 ГК РФ закреплено, что 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. То есть с появлением в законодательстве договора эскроу для целей расчетов по сделке на депонирование эскроу-агенту можно передать не только денежные средства, но и иное движимое имущество, бездокументарные ценные бумаги. Передать на депонирование имущественные права нельзя, но можно передать документы, являющиеся основанием возникновения или перехода к получателю имущественных прав.

Таким образом, эскроу-агенту предоставлена возможность контролировать исполнение одной или несколькими сторонами своих обязательств по сделке, которая связана с обменом имуществом между сторонами.



При этом на эскроу-агента возлагается обязанность обеспечить сохранность этого имущества и передать его бенефициару при возникновении указанных в договоре оснований. Сохранности депонированного имущества должно способствовать и требование об обособлении такого имущества от имущества эскроу-агента и отражении его на отдельном и (или) ведении по нему обособленного учета. Смешение эскроу-агентом переданного ему на депонирование имущества с иным (в том числе своим) имуществом того же рода не прекращает обязательства эскроу-агента перед депонентом и бенефициаром (п. 2 ст. 926.4 ГК РФ). Эскроу-агент не вправе использовать (например, получать проценты на денежные средства) переданное ему на депонирование имущество, осуществлять права по бездокументарным ценным бумагам (например, получать дивиденды на акции, осуществлять по ним право голоса) или распоряжаться им, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательства. Кроме того, согласно п. 4 ст. 926.1 ГК РФ, после передачи объекта депонирования эскроу-агенту и в течение всего периода действия договора эскроу не вправе распоряжаться данным имуществом и сам депонент, если иное не предусмотрено договором.

Договор эскроу является трехсторонним и заключается между депонентом, бенефициаром и эскроу-агентом на срок не более 5 лет. При этом условие о сроке действия договора эскроу не является существенным, будучи заключенным без указания срока, он все равно считается заключенным на 5 лет.

Сторонами может быть заключен договор, на основании которого у эскроу-агента должно быть депонировано имущество, подлежащее передаче сторонами двустороннего договора друг другу (взаимное эскроу) (п. 6 ст. 926.1 ГК РФ). Взаимное эскроу удобно, когда обмен ценными активами или правами на них желательно произвести одновременно (например, обмен ценными бумагами между сторонами в одном регистраторе или депозитарии).

## ОБЪЕКТ ДЕПОНИРОВАНИЯ

Объектом депонирования могут быть движимые вещи (включая наличные деньги, документарные ценные бумаги и документы), безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги. Примечательно, что важные документы тоже могут быть объектом депонирования (например, документация, содержащая ноу-хау, коммерческую тайну или иную важную информацию).

## ФОРМА ДОГОВОРА ЭСКРОУ

Договор эскроу подлежит нотариальному удостоверению, **за исключением случаев** депонирования безналичных денежных средств и (или) бездокументарных ценных бумаг (п. 1 ст. 926.1 ГК РФ).

Однако несмотря на то, что заключение договора эскроу в отношении безналичных денежных средств и (или) бездокументарных ценных бумаг не требует нотариального удостоверения, все же заключение договоров эскроу в отношении такого имущества подлежит специальному регулированию, а эскроу-агентом может являться только специализированный субъект: банк при расчетах денежными средствами или профессиональный участник рынка ценных бумаг при передаче бездокументарных ценных бумаг. Только в том случае, когда для целей расчета по



сделке денежными средствами заключен договор номинального счета и договор эскроу, эскроу-агентом может быть любое физическое или юридическое лицо, которое по договору номинального счета является владельцем номинального счета и при этом еще эскроу-агентом по договору эскроу.

## УСЛОВИЯ ПЕРЕДАЧИ ДЕПОНИРОВАННОГО ИМУЩЕСТВА БЕНЕФИЦИАРУ

При возникновении указанных в договоре эскроу оснований для передачи имущества бенефициару (в том числе при совершении бенефициаром или третьим лицом предусмотренных договором действий либо наступлении установленных договором срока или события) эскроу-агент обязан передать депонированное имущество бенефициару в соответствии с условиями договора эскроу. Если указанные в договоре эскроу основания передачи имущества бенефициару в течение срока действия договора эскроу не возникают, эскроу-агент обязан вернуть полученное имущество депоненту. Интересно, что основанием для передачи имущества бенефициару могут быть действия, совершаемые не только самим бенефициаром, но и третьим лицом. Поскольку **перечень оснований является открытым, то в договоре эскроу можно указать любые основания**, при наступлении которых эскроу-агент должен передать имущество бенефициару (например, не предъявление третьими лицами, том числе государственными органами, до определенной даты каких-либо требований или претензий к покупателю или к приобретенной компании или воздержание продавца от совершения определенных действий).

## ДЕПОНИРОВАНИЕ БЕЗДОКУМЕНТАРНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ

При депонировании бездокументарных ценных бумаг вносится **запись об обременении** таких ценных бумаг. Внесение записей об обременении бездокументарных ценных бумаг производится на основании распоряжения правообладателя, если иное не предусмотрено законом. Обременение бездокументарных ценных бумаг, а также ограничения распоряжения ими возникают после внесения лицом, осуществляющим учет прав, соответствующей записи по счету правообладателя либо в установленных законом случаях по счету иного лица.

## ДЕПОНИРОВАНИЕ БЕЗНАЛИЧНЫХ ДЕНЕЖНЫХ СРЕДСТВ

Если эскроу-агент является банком, то депонирование денежных средств происходит по правилам договора счета эскроу (статьи 860.7-860.10 ГК РФ). Если же эскроу-агент не является банком, то безналичные денежные средства депонируются на номинальном счете такого эскроу-агента в соответствии со статьями 860.1 – 860.6 ГК РФ, регулируемыми договор номинального счета. **То есть эскроу-агент (по договору эскроу) в этом случае является владельцем номинального счета (по договору номинального счета), а бенефициаром номинального счета является лицо, которому принадлежат права на денежные средства, находящиеся на номинальном счете, и которое одновременно является депонентом по договору эскроу, заключенному с эскроу-агентом.**

Бенефициаром по номинальному счету, открытому эскроу-агенту, является депонент до даты возникновения оснований для передачи имущества бенефициару, предусмотренных договором



эскроу, а после указанной даты бенефициаром по номинальному счету является бенефициар по договору эскроу (п. 3 ст. 926.6 ГК РФ).

## ПЕРЕДАЧА ИМУЩЕСТВА БЕНЕФИЦИАРУ

Передача имущества должна осуществляться при наступлении оснований, указанных в договоре эскроу. Наступление оснований может быть подтверждено бенефициаром путем предъявления документов. В этом случае эскроу-агент обязан проверить их по внешним признакам и при наличии разумных оснований полагать, что представленные документы являются недостоверными, воздержаться от передачи имущества, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 926.3 ГК РФ). Однако договором эскроу может быть предусмотрена обязанность эскроу-агента проверить наличие оснований для передачи имущества бенефициару, т.е. обязанность не удовлетвориться формальной проверкой документов, а самому проверить наличие оснований для передачи имущества бенефициару.

## ЗАЩИТА ИМУЩЕСТВА, ЯВЛЯЮЩЕГОСЯ ОБЪЕКТОМ СДЕЛКИ M&A И ПОДЛЕЖАЩЕГО ПЕРЕДАЧЕ ДРУГОЙ СТОРОНЕ ПО СДЕЛКЕ

Для того чтобы не пострадала уже заключенная сделка, по которой имущество подлежит передаче получающей стороне, статьей 926.7 ГК РФ установлен запрет на обращение взыскания на депонированное имущество. Арест или принятие в отношении него обеспечительных мер по долгам эскроу-агента либо депонента не допускается. Имущество считается как бы «забронированным» за получателем по сделке. Однако это не исключает взыскания по долгам депонента, которое может быть обращено **на право (требование)** депонента к бенефициару или эскроу-агенту в случаях прекращения договора эскроу либо нарушения обязательств по нему. По долгам же бенефициара взыскание может быть обращено **на его право (требование)** к эскроу-агенту о передаче депонированного имущества.

## ОСНОВАНИЯ И ПОСЛЕДСТВИЯ ПРЕКРАЩЕНИЯ ДОГОВОРА ЭСКРОУ

Основания и последствия прекращения договора предусмотрены статьей 926.8. ГК РФ.

Помимо иных указанных в статье оснований стороны договора эскроу могут предусмотреть в нем способ, которым они могут отказаться от договора. Если они этого не сделали, то, направив совместное уведомление об отказе от договора эскроу, бенефициар и депонент могут отказаться от него, а депонированное имущество подлежит возврату либо депоненту, либо бенефициару, если возникли основания для передачи имущества бенефициару. Но договором эскроу может быть предусмотрена иная судьба депонированного имущества.

## ВОЗНАГРАЖДЕНИЕ ЭСКРОУ-АГЕНТА

Эскроу-агент вправе требовать уплаты вознаграждения за исполнение своих обязательств, если иное не предусмотрено договором, но при этом эскроу-агент не вправе засчитывать или удерживать полученное от депонента имущество в счет оплаты или обеспечения оплаты своего



вознаграждения по договору эскроу, если самим договором эскроу не предусмотрено иное (п. 1 ст. 926.2. ГК РФ).

