

ДОГОВОР СЧЕТА ЭСКРОУ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ

Василевская Людмила Юрьевна

Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права
Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА) (Москва),
e-mail: liudmila.vasilevskaya@gmail.com

Статья посвящена новому гражданско-правовому институту – договору счета эскроу. На основе анализа различных норм о банковском счете в ГК РФ автор обосновывает свою позицию о правовой природе договора счета эскроу, рассматривает сферу его применения и особенности правовой регламентации, выделяет его основные конститутивные признаки, обращая внимание на противоречивые положения закона.

Ключевые слова: счет эскроу, условное депонирование, договор банковского счета, банк – эскроу-агент, депонент, бенефициар, кредитор, должник, использование счета эскроу

AN ESCROW ACCOUNT AGREEMENT: PROBLEMS OF LEGAL QUALIFICATION

Vasilevskaya Lyudmila

Kutafin Moscow State Law University (Moscow),
e-mail: liudmila.vasilevskaya@gmail.com

The article is devoted to the new civil legal institution – an escrow account agreement. Based on the analysis of the various rules on a bank account in the RF Civil Code, the author substantiates her own understanding of the legal nature of the escrow account agreement, considers its scope and peculiarities of its legal regulation, and allocates its basic constitutional characteristics drawing attention to the contradictory provisions in laws.

Key words: escrow account, escrow, bank account agreement, bank as an escrow agent, depositor, beneficiary, creditor, debtor, use of an escrow account

Федеральным законом от 21 декабря 2013 г. № 379-ФЗ в гл. 45 ГК РФ («Банковский счет») были добавлены две новые договорные конструкции, одна из которых – договор счета эскроу (ст. 860⁷–860¹⁰). Эти нововведения разрабатывались в рамках проекта федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Законопроект). Изначально Законопроект предусматривал введение в ГК РФ гл. 47¹ «Условное депонирование (эскроу)», в результате чего должен был появиться новый гражданско-правовой институт – договор условного депонирования (эскроу), т. е. договор эскроу (ст. 926¹). Кроме того, предполагалось дополнить гл. 45 ГК РФ параграфом 4 «Счет эскроу», регулирующим отношения по счету эскроу на основании новой договорной конструкции – договора счета эскроу (ст. 860¹³), и внедрить новую разновидность банковского счета – счет эскроу.

Однако в Федеральном законе № 379-ФЗ многое из запланированного было изменено. В результате в гл. 45 ГК РФ появились только четыре не обособленные

в отдельном параграфе статьи, посвященные договору счета эскроу. Главу 47¹ так и не включили в ГК РФ, а «увязка» договора счета эскроу с договором эскроу (договором условного депонирования), предусмотренная в ст. 860¹³ Законопроекта, исчезла. Норма, содержащая определение договора счета эскроу, была изменена так, что договор счета эскроу из договора двустороннего, договора в пользу третьего лица превратился, на наш взгляд, в многосторонний договор, который можно квалифицировать как договор условного депонирования.

Внесение изменений в гл. 45 ГК РФ было продиктовано прежде всего практическими потребностями. Известно, что в соответствии с п. 1 ст. 845 ГК РФ правовой режим договора банковского счета не ограничивается услугами банка по открытию и ведению счета, принятию и зачислению на него поступающих на имя клиента денежных средств, а предусматривает также выполнение банком распоряжений клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. В рамках существующего правового режима, установленного п. 3 ст. 845 ГК РФ, банк не вправе определять и контролировать направления использования денежных средств клиента и вводить не закрепленные законом или договором банковского счета ограничения на право клиента распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению. Это означает, что установленный правовой режим (ст. 845 и 858 ГК РФ) денежных средств, находящихся на счете клиента, исключает возможность введения запрета на списание денежных средств со счета клиента до возникновения оснований, указанных в договоре банковского счета. Такая возможность, предусмотренная новым договором счета эскроу, но исключенная классическим договором банковского счета, позволяет участникам различных гражданско-правовых отношений, открывающих эскроу-счета в банках, минимизировать свои риски и избегать недобросовестных действий контрагентов.

Необходимо отметить, что эскроу-счет достаточно распространен в банковской сфере стран англо-американской и романо-германской систем права. Термин «*escrow*» (англ.), «*Treuhand*» (нем.) означает депонирование у третьего лица имущества должника с целью его передачи кредитору при предусмотренных договором обстоятельствах. Речь идет об эскроу-агенте (доверительном агенте, *escrow agent, Treuhänder*), которому поручено (доверено) депонирование чужого имущества (денег, ценных бумаг, правоустанавливающих документов и т. п.) на определенном счете эскроу. Услуги по открытию и ведению счета эскроу могут оказывать не только банки, но и специализированные коммерческие организации, юридические компании или другие эскроу-агенты. Так, в Германии счета эскроу (*Treuhandkonten*) подразделяются на закрытые и открытые (*verdeckte und offene Treuhandkonten*); среди последних выделяют особую разновидность счета – *Anderkonto*, открываемого адвокатами, нотариусами, консультантами по налогам, аудиторам.

Практически во всех известных правовых системах счет эскроу рассматривается как договор *sui generis* (непоименованный договор) либо как договор, юридически закрепляющий агентирование комиссионного типа. Так, в Германии договор счета эскроу – непоименованный, предусматривающий различные варианты взаимоотношений сторон договор с элементами правовой конструкции хранения¹. В ФРГ счета эскроу широко применяются в гражданском обороте при совершении сделок с недвижимостью. В роли эскроу-агента выступает адвокат или (чаще всего) нотариус, который следит

¹ Gerster St. Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991. S. 24–64; Wilhelm M. Treuhandmodelle – mehr als nur Insolvenzversicherung. Anwendungsbereiche der Treuhand. Frankfurt, 2011. S. 3–15.

за ходом сделки купли-продажи недвижимости и выдает деньги с эскроу-счета продавцу только в случае соблюдения и выполнения сторонами конкретных условий договора. Очевидно, что смысл осуществления расчетов через счет эскроу нотариуса (*Notar-Anderkonto*) заключается в определенной гарантии исполнения обязательства, предотвращении различных рисков по срыву сделки, имущественных потерь, злоупотребления правом и иных возможных недобросовестных действий участников сделки.

Счет эскроу используется не только при совершении сделок с недвижимостью, но и при совершении сделок с ценными бумагами, дорогостоящим движимым имуществом, при ипотечном кредитовании. Так, в Германии этот счет активно применяется при заключении кредитных договоров, обеспеченных ипотекой покупаемого жилья¹. После выдачи ипотечного жилищного кредита заемщик вносит на банковский счет эскроу определенную денежную сумму, которая используется ипотечным банком, выдавшим кредит, для погашения основной суммы долга и процентов по ипотеке.

Таким образом, договор счета эскроу представляет собой гибкую, универсальную договорную конструкцию, одна из основных функций которой – гарантировать исполнение основного обязательства, возникающего из гражданско-правового договора между кредитором и должником. «Гарантийный» эффект достигается не через различные способы обеспечения исполнения обязательств, а посредством установления особого правового режима для имущества, обособляемого на специальном счете эскроу-агента и переданного во исполнение обязательства, что позволяет защитить интересы обеих сторон – депонента и бенефициара.

К услугам эскроу-агентов прибегают не только для осуществления крупных сделок с движимым и недвижимым имуществом, где функции агента заключаются в депонировании денежных средств и переданных ему документов, пока стороны договора не выполнят его необходимые условия. Иногда эскроу-агент реализует функции депонирования имущества и после исполнения должником обязательств по основному договору, например временно «хранит» правоустанавливающие документы на имущество, которое является предметом сделки. Кроме того, он может открыть счет эскроу для оплаты определенных взносов (например, налога на имущество или страховых взносов). В международной банковской практике счета эскроу активно используются наряду с такими формами безналичных расчетов, как расчеты по аккредитиву и расчеты по инкассо. В частности, эскроу-счета могут применяться в договорах поставки, когда вместо аккредитива денежные средства размещаются на счете эскроу и выплачиваются продавцу при исполнении им своих обязательств по поставке очередной партии товара.

Очевидно, что выполняя различные функции, эскроу-агент действует в интересах всех лиц, прибегающих к его услугам, т. е. как доверительное лицо, исполняющее свои обязательства в соответствии с договором. При этом он остается нейтральной стороной по отношению и к кредитору, и к должнику, «гарантируя» тем самым интересы обеих сторон. Эскроу-агент – это независимое третье лицо, предоставляющее сторонам договора свои услуги, с помощью которых и реализуется «гарантийный» механизм эскроу. Не случайно, например, с немецкого языка термин «*Treuhand*» дословно переводится как «верная рука», а «*Treuhandkonto*» – «доверительный счет».

¹ Eisenhut St. Escrow-verhältnisse. Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte. Basel, 2009. S. 10–94.

В гл. 45 ГК РФ договору счета эскроу отведены, как отмечалось, всего четыре статьи (860⁷–860¹⁰), при этом в соответствии с п. 4 ст. 860⁷ ГК РФ к отношениям сторон в связи с открытием, обслуживанием и закрытием счета эскроу применяются положения о банковском счете, если иное не предусмотрено ст. 860⁷–860¹⁰ ГК РФ или не вытекает из существа отношений сторон.

По договору счета эскроу банк (эскроу-агент) открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных им от владельца счета (депонента) в целях их передачи другому лицу при возникновении оснований, предусмотренных договором между банком, депонентом и бенефициаром (п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ). Безусловно, нельзя утверждать, что данная дефиниция полностью раскрывает содержание понятия и позволяет дать четкую правовую квалификацию договора счета эскроу в целях определения его места в системе гражданско-правовых договоров.

Закрепленная в ГК РФ конструкция договора счета эскроу представляет собой один из вариантов того соглашения, который известен в странах англо-американской правовой семьи под наименованием «*escrow agreement*», а в германском праве – «*Treuhandkonto*». В соответствии с ст. 860⁷ ГК РФ 1) владелец счета эскроу (депонент) передает на счет только денежные средства, в то время как за рубежом помимо денежных средств допустимо передавать ценные бумаги, различные правоустанавливающие документы, а также имеющие ценность для обеих сторон договора материалы; 2) функции эскроу-агентов могут выполнять только банки и иные кредитные организации, а в других странах, как уже отмечалось, статусом эскроу-агентов наделяются также адвокаты, страховые агенты, нотариусы, коммерческие организации и др. Попутно напомним, что по российскому праву должник может воспользоваться услугами нотариуса, задействовав иной правовой механизм, закрепленный в ст. 327 ГК РФ, – внести деньги или ценные бумаги в депозит нотариуса. Однако в этом случае следует иметь в виду, что правовое регулирование отношений по счету эскроу существенно отличается от механизма исполнения обязательства по ст. 327 ГК РФ.

По смыслу предписаний п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ счет эскроу – банковский (денежный) счет, открытый на имя одного лица (депонента-владельца счета), но в интересах третьего лица (бенефициара), т. е. договор счета эскроу является *трехсторонним*: он заключается между банком, депонентом и бенефициаром. Речь идет о договоре с участием бенефициара, которому при возникновении оснований, предусмотренных договором, передаются заблокированные на счете эскроу денежные средства. Это означает, что, во-первых, данные основания должны быть прописаны в условиях договора счета эскроу и, во-вторых, с наступлением указанных в договоре обстоятельств счет эскроу становится счетом в пользу третьего лица-бенефициара (п. 3 ст. 860⁸ ГК РФ). Поскольку выдача бенефициару денежных средств поставлена в зависимость от выполнения определенных условий договора, он (договор счета эскроу) рассматривается как договор условного депонирования денежных средств (пп. 2 и 3 ст. 680⁸, п. 1 ст. 860¹⁰ ГК РФ).

Тем не менее в литературе высказаны противоречивые суждения по вопросу о том, можно ли считать договор счета эскроу договором условного депонирования. Так, В. Д. Рудакова пишет, что «отношения по счету эскроу обычно оформляются двумя договорами: 1) договором счета эскроу, который является основанием открытия счета и заключается между банком и депонентом; 2) договором условного

депонирования денежных средств, заключаемым между банком, депонентом и бенефициаром, в котором предусматриваются условия и основания передачи банком денежных средств бенефициару»¹. Очевидно, что автор придерживается той модели отношений, которая была предложена в Законопроекте. По мнению А. М. Эрделевского, договор счета эскроу и есть договор условного депонирования².

На наш взгляд, буквальное прочтение нормы п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ, как уже отмечалось, дает возможность рассматривать договор счета эскроу не иначе как договор условного депонирования. С точки зрения В. Д. Рудаковой, если договор счета эскроу заключается между банком и депонентом, то он должен быть консенсуальным, двусторонне обязывающим (синаллагматическим). В связи с этим возникает много вопросов. Если договор счета эскроу заключается без участия бенефициара, почему норма ст. 860⁹ ГК РФ предусматривает право бенефициара требовать от банка предоставления сведений, составляющих банковскую тайну? Если договор заключается без участия бенефициара, то почему в п. 1 ст. 860⁸ ГК РФ (диспозитивная норма) вводится запрет для бенефициара на распоряжение денежными средствами? Можно ли в этом случае рассматривать договор счета эскроу как договор в пользу третьего лица? Для каких целей потребовалось предусматривать второй договор условного депонирования между тремя субъектами: только чтобы уточнить «основания передачи банком денежных средств», о которых говорит автор, или чтобы прописать в нем «условия и основания передачи денежных средств бенефициару»? Каков смысл усложнения отношений, связанных со счетом эскроу? Неужели первый договор заключается только для того, чтобы открыть счет эскроу и перевести на него денежные средства депонента в целях передачи их в будущем бенефициару по тем основаниям, которые зафиксированы во втором договоре? Тогда почему второй договор называется договором условного депонирования, если денежные средства депонируются на счете эскроу в соответствии с первым договором? Куда перечисляются денежные средства, находящиеся на счете эскроу, при возникновении обстоятельств, предусмотренных вторым договором, – на счет, открытый по второму договору, или на счет бенефициара? Ответов нет.

На наш взгляд, именно большое количество вопросов, возникающих при подобной схеме взаимоотношений банка, депонента и бенефициара, невозможность дать на них четкие ответы, отсутствие ясного представления о необходимости обуславливать исполнение основного договора между бенефициаром и должником с помощью механизма заключения и исполнения двух договоров (договора счета эскроу и договора условного депонирования), а также явные противоречия в логике разработчиков Законопроекта не позволили законодателю принять предложенную в Законопроекте структуру взаимоотношений сторон между банком, депонентом и бенефициаром.

Если договор счета эскроу, по мнению В. Д. Рудаковой, может использоваться в качестве способа обеспечения исполнения основного обязательства, существующего между депонентом и бенефициаром, то встает вопрос: почему «обеспечительные» основания для выдачи денежных средств бенефициару выведены за рамки обеспечительной конструкции договора счета эскроу? В соответствии с п. 2 ст. 680¹⁰ ГК РФ если иное не предусмотрено соглашением депонента и бенефициара, при расторжении договора счета эскроу остаток денежных средств перечисляется (выдается) де-

¹ Гражданское право: учеб. для бакалавров: в 2 т. / отв. ред. В. Л. Слесарев. М., 2016. Т. 2. С. 395 (автор главы – В. Д. Рудакова).

² Эрделевский А. М. О новых видах договоров банковского счета // СПС «КонсультантПлюс».

поненту либо бенефициару (при условии возникновения оснований для передачи их последнему). Однако что это за соглашение между депонентом и бенефициаром? Если принять за основу схему взаимоотношений сторон, предложенную автором, то данное соглашение не может быть договором счета эскроу, поскольку последний заключается без участия бенефициара. Значит, перед нами договор условного депонирования? Тогда непонятно, для каких целей в договоре условного депонирования фиксируются основания прекращения другого договора – договора счета эскроу? Одни вопросы...

Несмотря на то что счет эскроу с наступлением указанных в договоре обстоятельств становится счетом в пользу третьего лица (бенефициара), сам договор счета эскроу считать договором в пользу третьего лица не представляется возможным, поскольку в соответствии с п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ договор заключается, как уже указывалось, между тремя лицами: банком, депонентом и бенефициаром. Участие бенефициара в данном случае вполне объяснимо: если договор счета эскроу заключается во исполнение основного договора между кредитором (бенефициаром) и должником (депонентом), то кредитору (бенефициару) важно знать, какая сумма депонируется на счете, при каких условиях он сможет получить денежные средства со счета эскроу, каково содержание договора счета эскроу, особенно в части прав и обязанностей депонента – своего контрагента по основному договору, исполнение которого осуществляется посредством условного депонирования. Только выступая стороной договора, бенефициар (кредитор по основному обязательству) может держать ситуацию под контролем и защищать свои интересы, что особенно важно в период согласования условий договора счета эскроу (до его заключения) со своими контрагентами – депонентом (должником по основному обязательству) и банком (эскроу-агентом).

Принципиальным для выяснения юридической природы договора, на наш взгляд, является ответ на вопрос, до сих пор не решенный в зарубежной и отечественной доктрине: можно ли рассматривать договор счета эскроу как не поименованный в гл. 23 ГК РФ («Обеспечение исполнения обязательств») способ обеспечения исполнения основного обязательства или речь идет о способе исполнения основного обязательства посредством условного депонирования?

Несомненно, что депонент передает денежные средства эскроу-агенту (банку) *в целях исполнения своего обязательства* перед бенефициаром по конкретному гражданско-правовому договору (о передаче имущества, выполнении работ, оказании услуг), а банк (эскроу-агент) обязуется передать эти денежные средства бенефициару в соответствии с условиями договора счета эскроу при возникновении определенных обстоятельств. Это означает, что договор счета эскроу выполняет *гарантийную* функцию при исполнении основного обязательства, вытекающего из договора между депонентом (должником) и бенефициаром (кредитором).

В самом деле, депонент передает денежные средства в собственность (распоряжение) банка, одновременно приобретая право требования к банку о выдаче их бенефициару при возникновении определенных обстоятельств. Реальный характер договора счета эскроу подразумевает, что должником (депонентом) обязанность по основному обязательству выполнена. В основном договоре, как правило, двусторонне обязывающем, sinalлагматическом, каждая сторона выступает и как кредитор, и как должник. При исполнении бенефициаром действий, составляющих суть его

обязанностей по договору (передать имущество, выполнить работу и т. п.), т. е. при возникновении обстоятельств, свидетельствующих о выполнении обязательств бенефициаром, у последнего возникает право требования (к банку) о передаче заблокированных для него денежных средств на счете эскроу.

Такая схема взаимоотношений предназначена для того, чтобы каждая из сторон основного обязательства не принимала на себя риски, связанные с исполнением обязательства своим контрагентом. Так, кредитор (бенефициар) «страхует» свои риски, связанные с объектом договора счета эскроу – безличными денежными средствами, а именно получает «гарантии» от неоплаты предоставленных товаров, выполненных работ и оказанных услуг. В то же время должник (депонент) «страхует» не только риски, касающиеся передачи имущества бенефициаром, выполнения им работ или оказания услуг, ставя передачу денежных средств последнему под определенные условия, но и риски от нецелевого или неправомерного использования средств бенефициаром. Иначе говоря, каждая сторона, прибегая к услугам банка и заключая с ним договор счета эскроу, не только «страхует» свои риски, но и получает «гарантии» своих имущественных прав.

Таким образом, под «гарантией» прав депонента и бенефициара по договору счета эскроу понимается не способ обеспечения исполнения обязательств (ст. 329 ГК РФ), а надлежащее исполнение банком своих обязательств по договору (ст. 309 ГК РФ).

Вместе с тем нельзя не отметить *обеспечительный характер* обязательства по договору счета эскроу. Однако рассматривать этот договор как способ обеспечения исполнения основного обязательства не представляется возможным, хотя в литературе встречаются иные суждения. Так, Е. Ю. Руденко отмечает: «Договор счета эскроу не назван законодателем как способ обеспечения исполнения обязательств. Следовательно, договор счета эскроу может выступать в этом качестве или автоматически, при наличии определенных признаков, или в случае указания его таковым сторонами в основном договоре, обязательства по которому обеспечиваются договором счета эскроу»¹. С выводами автора трудно согласиться. Объявлять, что договор становится новым способом обеспечения исполнения обязательств автоматически (даже «при наличии определенных признаков») или по воле сторон – значит по меньшей мере игнорировать ключевые положения науки гражданского права, а по существу – не разграничивать понятия «способ обеспечения исполнения обязательств» и «обеспечительные меры».

В связи с этим следует привести принципиально важное утверждение известного цивилиста Б. М. Гонгало, который отмечает, что направленность на обеспечение прав часто отождествляется с направленностью на обеспечение обязательств, что приводит к «размыванию» самого понятия обеспечения обязательств, к его подмене: «Способами обеспечения обязательств объявляются правовые средства, обеспечивающие соответствие поведения участников правам и обязанностям в процессе развития любого (не только обязательственного) правоотношения, либо иные средства,

¹ Руденко Е. Ю. Договор счета эскроу: перспективы применения и отдельные правовые проблемы // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: сб. ст. II Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 22 апреля 2015 г.) / под общ. ред. С. Д. Могилевского, М. А. Егоровой. М., 2015. С. 184–186; см. также: Гражданское право: учеб. для бакалавров. С. 395; Ткачева Л. В. Эскроу (условное депонирование) как новый способ обеспечения исполнения обязательств // Изв. Южного федерального ун-та. Сер. Технические науки. 2013. № 6. С. 236; Чураков Р. С. Эскроу-счет по российскому праву // Закон. 2007. № 8. С. 29.

в той или иной мере гарантирующие права одного из участников правовой связи»¹. Способы обеспечения обязательств, как утверждает автор, безусловно относятся к числу обеспечительных мер (обеспечительные меры – род, способы обеспечения – вид). К сожалению, в настоящее время очень часто разграничения этих мер не проводится. Все они объявляются способами обеспечения обязательств. Выделяя признаки последних, Б. М. Гонгало подчеркивает, что «к способам обеспечения обязательств нельзя отнести меры: а) не создающие акцессорного обязательства; б) направленные на стимулирование должника к надлежащему исполнению обязанностей путем установления особого порядка их исполнения»².

Проанализируем договор счета эскроу под этим углом зрения. Создает ли он акцессорное обязательство? Полагаем, что нет. В качестве аргументов следует привести господствующее в цивилистике положение о том, что обеспечение обязательства создает обязательственное отношение (между кредитором по основному обязательству и лицом, обеспечивающим обязательство), являющееся дополнительным (акцессорным) по отношению к основному обязательству³. Если бы договор счета эскроу порождал акцессорное обязательство, то субъектный состав договора был бы иным: он заключался бы между кредитором (бенефициаром) и банком (эскроу-агентом). В действительности же в договоре помимо бенефициара и банка участвует лицо, выступающее должником по основному обязательству и депонентом по договору счета эскроу. Это во-первых.

Во-вторых, в противовес классическому договору банковского счета, являющемуся консенсуальным договором (ст. 845 ГК РФ: «По договору банковского счета банк обязуется принимать и зачислять...» (курсив наш. – Л. В.), законодатель изначально предусмотрел конструкцию *реального* договора счета эскроу (ст. 860⁷ ГК РФ): «По договору счета эскроу банк (эскроу-агент) открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных (курсив наш. – Л. В.) им от владельца счета...». Буквальное прочтение нормы означает: счет открывается на уже полученные от депонента денежные средства, т. е. соглашение вместе с полученными денежными средствами является основанием для открытия счета. Следовательно, договор считается заключенным лишь с момента фактической передачи депонентом денежных средств банку; иными словами, обязательство по договору счета эскроу возникает только в момент передачи денежных средств банку, который становится их собственником. Это означает, что передачу денежных средств депонентом законодатель рассматривает не как исполнение последним своего обязательства по договору счета эскроу, а как необходимое условие для его заключения (конструкция реального договора).

В литературе можно встретить иное мнение. Так, В. Д. Рудакова пишет, что договор счета эскроу служит «основанием открытия счета...»⁴. Поэтому он является консенсуальным, а значит, у должника (депонента) существует обязанность по договору перечислить денежные средства на счет эскроу. На наш взгляд, буквальный смысл предписаний п. 1 ст. 860⁷ свидетельствует об ином – о *реальном* характере договора счета эскроу.

¹ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 28, 30.

² Там же. С. 30, 40.

³ Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 36; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 1998. С. 384–385 (автор главы – В. В. Витрянский); Гражданское право: в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. М., 1994. Т. 2. С. 28 (автор главы – Е. А. Суханов).

⁴ Гражданское право: учеб. для бакалавров. Т. 2. С. 395.

Способы обеспечения исполнения обязательств призваны гарантировать интересы кредитора, любой из этих способов – обеспечительная мера имущественного характера, существующая в виде акцессорного обязательства, стимулирующая должника к исполнению обязательства и в случае неисправности должника гарантирующая защиту имущественного интереса кредитора. Кого стимулировать в нашем случае, если должник исполнил обязательство, передав денежные средства банку?

Безусловно, можно возразить и поспорить о том, с какого момента считать состоявшимся исполнение обязательств должником – с момента передачи денежных средств банком бенефициару или с момента передачи их депонентом банку. В литературе этот спор часто сводят к выяснению ответа на вопрос о том, остается ли депонент собственником находящихся на его счете денежных средств. Этот вопрос был бы актуальным в случае нахождения имущества у эскроу-агента, а поскольку объектом договора выступают безналичные денежные средства, являющиеся по своей природе обязательственными правами требования, постольку постановка данного вопроса не имеет юридического смысла, так как эти средства не существуют в виде физически осязаемых вещей.

Следовательно, ни договор счета эскроу, ни открытый для учета и блокирования денежных средств счет эскроу не могут считаться новым способом обеспечения исполнения обязательств. Речь может идти только об определенных *обеспечительных качествах* договора счета эскроу, присущих также некоторым другим договорам (например, договорам лизинга, финансирования под уступку денежного требования). К сожалению, когда любой договор с обеспечительными характеристиками рассматривается как непоименованный в ГК РФ способ обеспечения исполнения обязательств, часто не учитывается принципиально важное суждение А. Л. Маковского (на которое обращает внимание Б. М. Гонгало¹) о необходимости отличать способы обеспечения обязательств от предусмотренных законом или договором условий исполнения обязательств, многие из которых (например, об аккредитивной форме расчетов, о переводе покупателя по договору поставки на предварительную оплату продукции, о зачете взаимных требований и др.) имеют ярко выраженный обеспечительный характер. «Сходство некоторых этих условий с обеспечением обязательств усиливается тем, – пишет А. Л. Маковский, – что они могут применяться как следствие неисправного в прошлом поведения должника... Но в отличие от мер обеспечения обязательств, которые не определяют порядок его исполнения и реализуются лишь в случае нарушения обязательства, эти условия имеют целью предотвратить нарушение обязательства именно путем установления особого порядка его исполнения и применения только на стадии исполнения обязательства»².

На наш взгляд, заключая договор счета эскроу, стороны основного договора определяют порядок его исполнения с целью предотвращения нарушения обязательства не только бенефициаром, но и депонентом. Обеспечительные качества договора проявляются в том, что депонент, как уже отмечалось, получает гарантии от неправомерного использования денежных средств бенефициаром, а последний – от неоплаты товаров, выполненных работ и оказанных услуг. Именно поэтому депонирование осуществляется под условием (отсюда и термин – «условное депонирование»), а в самом договоре выделены обстоятельства, возникновение которых,

¹ Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 38.

² Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садиков. М., 1982. С. 229 (автор комментария – А. Л. Маковский).

как указывалось, служит основанием для выдачи бенефициару денежных средств со счета эскроу. Очевидно, что само обязательство по договору счета эскроу нельзя рассматривать как акцессорное (дополнительное), поскольку (подчеркнем еще раз) субъектный состав дополнительного обязательственного отношения четко определен законом: это кредитор по основному обязательству и лицо, обеспечивающее обязательство.

Применительно к договору счета эскроу лицом, «обеспечивающим» обязательство, является банк. Однако его «обеспечительные» функции по договору счета эскроу реализуются лишь на стадии исполнения бенефициаром основного обязательства, поскольку договор (повторим) считается заключенным с момента передачи денежных средств депонентом. Следовательно, установление в договоре счета эскроу условия, предусматривающего перечень обстоятельств, возникновение которых выступает основанием для передачи денежных средств бенефициару, не создает дополнительного обязательства. Напомним, что условное депонирование гарантирует интересы и депонента, и бенефициара. Следовательно, это обеспечительная мера. Но коль скоро речь идет лишь о порядке исполнения существующей по договору обязанности, значит, акцессорного обязательства по договору счета эскроу нет. Вот почему с выводом о том, что договор счета эскроу является акцессорной сделкой¹, трудно согласиться.

Естественно встает вопрос: что это за обстоятельства, возникновение которых фиксируется в условии договора счета эскроу? В законе не приведен их перечень. Условия договора, на наш взгляд, должны предусматривать порядок сбора и предоставления документов банку, которые подтверждают выполнение бенефициаром установленных в договоре счета эскроу условий. Так, при сделках с недвижимостью речь идет, например, о предоставлении правоустанавливающих документов, справки о выплате пая, кадастрового паспорта на недвижимость, копии финансово-лицевого счета, выписки из домовой книги, разрешения органов опеки и попечительства и др.

В соответствии с предписаниями п. 2 ст. 860⁷ обязательства по договору счета эскроу могут закрепляться не только в договоре счета эскроу, но и в ином договоре, по которому эскроу-агентом является банк. «Иным» может выступать гражданско-правовой договор с участием банка (эскроу-агента), неотъемлемой частью которого является обязательство по договору счета эскроу. Так, допустимо включение условия о счете эскроу в договор поставки или кредитный договор, обязательства по которым «обеспечиваются» условным депонированием.

По мнению В. Д. Рудаковой, таким договором, в который могут включаться обязательства по договору счета эскроу, служит договор условного депонирования (п. 2 ст. 860¹³ Законопроекта). Однако изменение законом структуры отношений сторон по договору счета эскроу и внесение коррективов в п. 2 ст. 860⁷ ГК РФ свидетельствуют о возможности иного толкования указанной нормы ГК РФ. В этом случае, с точки зрения автора, отношения могут оформляться посредством смешанного договора².

Сравнение включенных в гл. 45 ГК РФ норм о двух новых договорах, а именно о договоре номинального счета и договоре счета эскроу, дает возможность утверждать, что в случае, когда эскроу-агентом выступает не банк, а иное лицо (например, нотариус, адвокат и др.), ему может быть предоставлена возможность заключить с банком договор номинального счета и открыть как владельцу счета номинальный

¹ Баринов Н. А., Бевзюк Е. А., Беляев М. А. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».

² Гражданское право: учеб. для бакалавров. Т. 2. С. 395.

счет (п. 1 ст. 860¹ ГК РФ) в интересах одного или нескольких клиентов. Этот счет открывается для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат одному или нескольким бенефициарам – клиентам эскроу-агента (п. 1 ст. 860¹ ГК РФ). При этом в соответствии с п. 2 ст. 860² ГК РФ договор номинального счета может быть заключен как с участием, так и без участия бенефициара. Договор номинального счета без участия бенефициара является двусторонним и может рассматриваться как договор в пользу третьего лица. Договор с участием бенефициара считается многосторонним, как и договор счета эскроу.

Очевидно, что проблема условного депонирования денежных средств может быть решена посредством заключения как договора номинального счета, так и договора счета эскроу. Заключение договора номинального счета с участием или без участия бенефициара позволяет осуществлять депонирование денежных средств под условием, при этом в договоре (в соответствии с предписаниями ст. 860³ ГК РФ) указываются либо лица, которым могут перечисляться или выдаваться денежные средства, либо лица, с согласия которых совершаются операции по счету, либо документы, являющиеся основанием совершения операций, а также определения иных обстоятельств, позволяющих банку контролировать соблюдение установленных ограничений в совершении операций.

Таким образом, в случае заключения договора номинального счета в целях условного депонирования денежных средств стороны договора могут предусмотреть в договоре условия возникновения оснований для списания денежных средств в пользу бенефициара. При этом договором номинального счета с участием бенефициара на банк может быть возложена обязанность контролировать использование владельцем счета (эскроу-агентом) денежных средств в интересах бенефициара в пределах и порядке, которые установлены договором (п. 3 ст. 860¹ ГК РФ).

Итак, правовая конструкция договора номинального счета может использоваться с целью условного депонирования (эскроу), хотя не исключено применение ее и в иных целях, с иным субъектным составом. Например, допустимо открытие номинального счета, по договору о котором владельцем счета выступает опекун или попечитель, а права на денежные средства, поступающие на счет, принадлежат их подопечному (бенефициару). В качестве владельца счета может выступать агент (по агентскому договору), а бенефициаром – принципал. Доверительный управляющий (по договору доверительного управления имуществом) также может открыть номинальный счет, права на денежные средства на котором принадлежат учредителю управления (бенефициару).

Это позволяет сделать вывод о том, что договор счета эскроу является разновидностью договора номинального счета. С точки зрения логики наличие родовидовых связей предполагает, что понятие, относимое к виду (договор счета эскроу), имея все основные характеристики рода (договор номинального счета), вместе с тем обладает специфическими признаками.

Действительно, для договора счета эскроу характерны все основные черты договора номинального счета: из него возникает обязательство банка перечислить денежные средства, права на которые принадлежат не владельцу счета, а другому лицу – бенефициару. Речь идет о конструкции договора, по которому открывается счет на имя одного лица, но в интересах другого лица – бенефициара (по договору номинального счета счет может открываться в интересах одного или нескольких бенефициаров).

Помимо этого договору счета эскроу присущи специфические признаки, связанные с правовым статусом эскроу-агента и правовой целью (*causa*) договора. Во-первых, банк или иная кредитная организация (эскроу-агент) открывает счет эскроу владельцу счета, а при заключении договора номинального счета банк или иная кредитная организация, не имея статуса эскроу-агента, открывает номинальный счет эскроу-агенту или иному лицу (владельцу счета). Во-вторых, договор номинального счета в отличие от договора счета эскроу может использоваться, как указывалось, не только в целях условного депонирования (эскроу). В-третьих, договор счета эскроу многосторонний, а договор номинального счета либо двусторонний и в пользу третьего лица (без участия бенефициара), либо многосторонний (с участием бенефициара). И наконец, в отличие от классического договора банковского счета родовой и видовой договоры характеризуются особым режимом операций по счету: если по договору номинального счета законодателем введен режим ограничения права распоряжения средствами по счету со стороны номинального владельца (ст. 860³, 860⁵, п. 3 ст. 860⁶ ГК РФ), то для договора счета эскроу предусмотрен запрет на распоряжение денежными средствами не только со стороны владельца счета эскроу (депонента), но и со стороны бенефициара, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 860⁸ ГК РФ).

Специфические признаки договора счета эскроу обуславливают его специальное правовое регулирование. Однако с учетом его родовой принадлежности к договору номинального счета применению подлежат не только специальные правила, рассчитанные на особенности договора счета эскроу (как отдельного вида договора номинального счета), но и общие положения о договоре номинального счета (например, правила о форме договора номинального счета – пп. 1–3 ст. 860² ГК РФ), а в части, не урегулированной общими положениями о номинальном счете, к отношениям сторон в связи с открытием, обслуживанием и закрытием счета эскроу применяются положения о банковском счете.

Библиография

- Eisenhut St.* Escrow-verhältnisse. Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte. Basel, 2009.
- Gerster St.* Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991.
- Wilhelm M.* Treuhandmodelle – mehr als nur Insolvenzversicherung. Anwendungsbereiche der Treuhand. Frankfurt, 2011.
- Баринов Н. А., Бевзюк Е. А., Беляев М. А. и др.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».
- Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. М., 1998.
- Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. М., 2002.
- Гражданское право: в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. М., 1994. Т. 2.
- Гражданское право: учеб. для бакалавров: в 2 т. / отв. ред. В. Л. Слесарев. М., 2016. Т. 2.
- Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садиков. М., 1982.
- Руденко Е. Ю.* Договор счета эскроу: перспективы применения и отдельные правовые проблемы // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: сб. ст. II Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 22 апреля 2015 г.) / под общ. ред. С. Д. Могилевского, М. А. Егоровой. М., 2015.
- Ткачева Л. В.* Эскроу (условное депонирование) как новый способ обеспечения исполнения обязательств // Изв. Южного федерального ун-та. Сер. Технические науки. 2013. № 6.
- Чураков Р. С.* Эскроу-счет по российскому праву // Закон. 2007. № 8.
- Эрделевский А. М.* О новых видах договоров банковского счета // СПС «КонсультантПлюс».

Bibliography

Barinov N. A., Bevzyuk E. A., Belyaev M. A. i dr. Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii. Chast' vtoraya (postatejnyj) // SPS «Konsul'tantPlyus».

Braginskij M. I., Vitryanskij V. V. Dogovornoe pravo. Obshhie polozheniya. M., 1998.

Churakov R. S. Ehsrou-schet po rossijskomu pravu // Zakon. 2007. № 8.

Ehrdelevskij A. M. O novyx vidax dogovorov bankovskogo scheta // SPS «Konsul'tantPlyus».

Eisenhut St. Escrow-verhältnisse. Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte. Basel, 2009.

Gerster St. Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991.

Wilhelm M. Treuhandmodelle – mehr als nur Insolvenzversicherung. Anwendungsbereiche der Treuhand. Frankfurt, 2011.

Gongalo B. M. Uchenie ob obespechenii obyazatel'stv. M., 2002.

Grazhdanskoe pravo: ucheb. dlya bakalavrov: v 2 t. / otv. red. V. L. Slesarev. M., 2016. T. 2.

Grazhdanskoe pravo: v 2 t. / pod red. E. A. Suxanova. M., 1994. T. 2.

Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu RSFSR / otv. red. S. N. Bratus', O. N. Sadikov. M., 1982.

Rudenko E. Yu. Dogovor scheta ehskrou: perspektivy primeneniya i otdel'nye pravovye problemy // Aktual'nye problemy predprinimatel'skogo i korporativnogo prava v Rossii i za rubezhom: sb. st. II Mezhdunar. nauch.-prakt. konf. (Moskva, 22 aprelya 2015 g.) / pod obshh. red. S. D. Mogilevskogo, M. A. Egorovoj. M., 2015.

Tkacheva L. V. Ehsrou (uslovnoe deponirovanie) kak novyj sposob obespecheniya ispolneniya obyazatel'stv // Izv. Yuzhnogo federal'nogo un-ta. Ser. Texnicheskie nauki. 2013. № 6.