

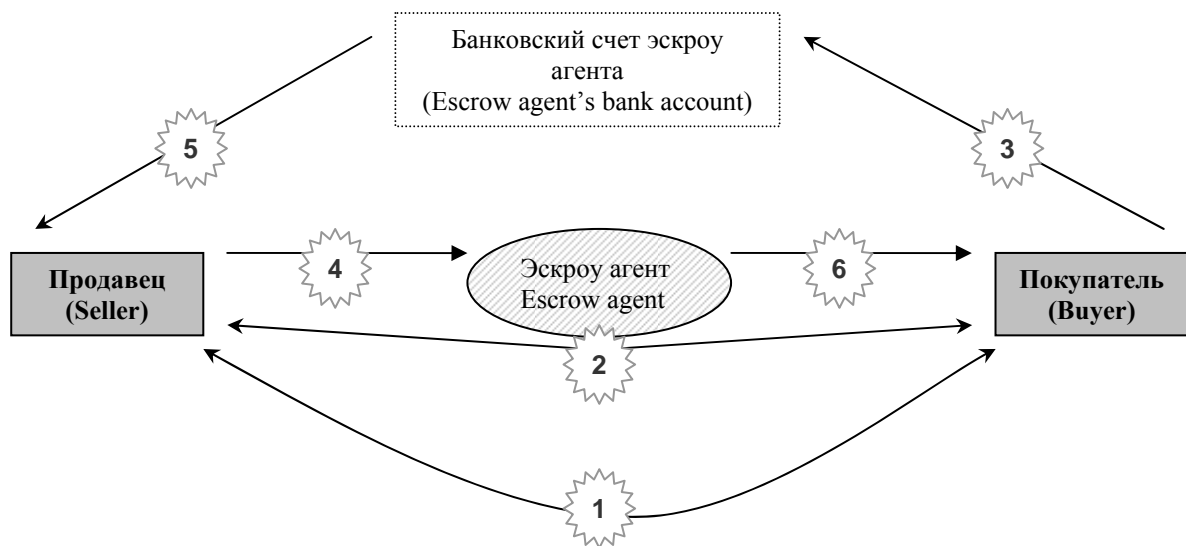
Расчеты с использованием эскроу агента

Для закрытия извечного вопроса о том, что раньше: деньги или стулья, изобретено немало механизмов расчетов как удовлетворяющих обе стороны, так и более импонирующих продавцам или покупателям: оплата с отсрочкой, авансовый платеж, документарный аккредитив, документарное инкассо.

Эскроу-расчет (или расчет с использованием эскроу агента) как вид расчетов при совершении сделок завоевал свою популярность в международной практике относительно недавно. По своей сути расчет через эскроу агента чем-то напоминает всем известный документарный аккредитив, имея, естественно, свои особенности.

Эскроу (англ. escrow) - в англо-американском праве депонирование у третьего лица денежной суммы на имя другого лица с тем, чтобы она была выдана ему лишь после выполнения известного условия.

Схематично расчеты с привлечением эскроу агента, например, в сделке купли-продажи (судна, ценных бумаг, корпоративных прав и т.п.), можно изобразить следующим образом:



где:

1. – согласование и заключение между покупателем и продавцом договора купли-продажи;
2. – согласование и заключение между продавцом, покупателем и эскроу агентом трехстороннего escrow agreement, определяющего механизм реализации положений договора купли-продажи;
3. – депонирование покупателем на банковском счете эскроу агента денежной суммы, уплачиваемой по договору купли-продажи;
4. – передача продавцом, проверка и принятие эскроу агентом согласованного в договоре купли-продажи и escrow agreement пакета документов (в зависимости от особенностей реализуемого договора обязательство о передаче агенту определенных документов может быть не только у продавца, но также и у покупателя. Например: продавец передает эскроу агенту подписанный с его стороны комплект документов, а покупатель – подписанный им комплект. В последующем, при закрытии сделки эскроу агент передает продавцу комплект, полученный от покупателя, а покупателю – комплект продавца);
5. – высвобождение эскроу агентом денежных средств в пользу продавца;
6. – передача эскроу агентом покупателю пакета документов, полученных от продавца.

Причем, в зависимости от условий сделки и договоренности между сторонами перевод денежных средств покупателем на счет агента может быть осуществлен не до, а после передачи продавцом определенных документов.

Естественно, что роль эскроу агента в данной транзакции очень велика. На него возлагается обязанность по принятию денежных средств и в последующем их перевод продавцу против определенного согласованного пакета документов, который должен быть тщательным образом проверен на соответствие условиям, изложенным в договоре купли-продажи и escrow agreement.

Разумеется, что и уровень профессионализма агента, и степень доверия к нему сторон по сделке должны быть высоки.

Поэтому, в роли эскроу агентов могут выступать банки и финансовые учреждения, репутация которых не вызывает никаких сомнений и полностью удовлетворяет стороны сделки.

Однако, это же имеет и свою негативную сторону: как показывает практика, чем выше репутация банка, тем больше требований будет предъявлено к escrow agreement, тем меньше обязательств будет стараться взять банк.

Так, нередки случаи, когда момент перехода права собственности является ключевым для сторон и от эскроу агента требуется не только проверить полученные документы, но также, например, в день освобождения денежных средств и передачи документов покупателю, проставить в передаваемых документах текущую дату либо выполнить иные инструкции, отличные от хотя и тщательной, но просто проверки документов, на что банковские учреждения как правило не соглашаются.

Эскроу агентом может также выступить юридическая фирма. Более того, организовав эскроу расчет на территории государства с гибким банковским и финансовым законодательством, в роли эскроу агента могут выступить две юридические фирмы (одна - номинированная со стороны покупателя, другая – со стороны продавца), которые на период сделки откроют совместно управляемый эскроу счет («jointly managed escrow account»), денежные средства с которого могут быть списаны только при наличии платежного поручения с оригинальными подписями и только полномочных представителей обеих фирм.

Для наглядности разберем случай осуществления расчета с использованием эскроу агента из нашей юридической практики.

Покупатель (нерезидент Украины) решил приобрести объект недвижимости (целостный имущественный комплекс), принадлежащий зарегистрированной и действующей в Украине фирме («Ф»). При этом, разрабатывая схему сделки, было решено приобретать не сам объект недвижимости, а 100% корпоративных прав на фирму «Ф». Для этих целей корпоративные права на «Ф» были предварительно переоформлены на «целевую» компанию (т.н. «investment vehicle»), которая была специально под сделку зарегистрирована в одной из так называемых стран со льготным налогообложением.

Таким образом, приобретая «целевую» компанию, владеющую 100% корпоративных прав на «Ф», покупатель опосредованно получает полный контроль над «Ф» и, собственно, объект недвижимости.

Для осуществления исполнения сделки юристами продавца и покупателя были номинированы два эскроу агента – две юридические фирмы, расположенные и практикующие в стране регистрации «целевой» компании.

По факту согласования всех существенных условий и подписания договора купли-продажи и escrow agreement продавец передал агенту №1 недатированный, но полностью оформленный и подписанный со стороны продавца пакет документов о переводе прав собственности («instrument of transfer») на акции «целевой» компании на компанию покупателя, о смене директоров «целевой» компании на лиц, указанных покупателем, о согласии действующих директоров на перевод права собственности на акции «целевой» компании и письма об увольнении действующих директоров продавца.

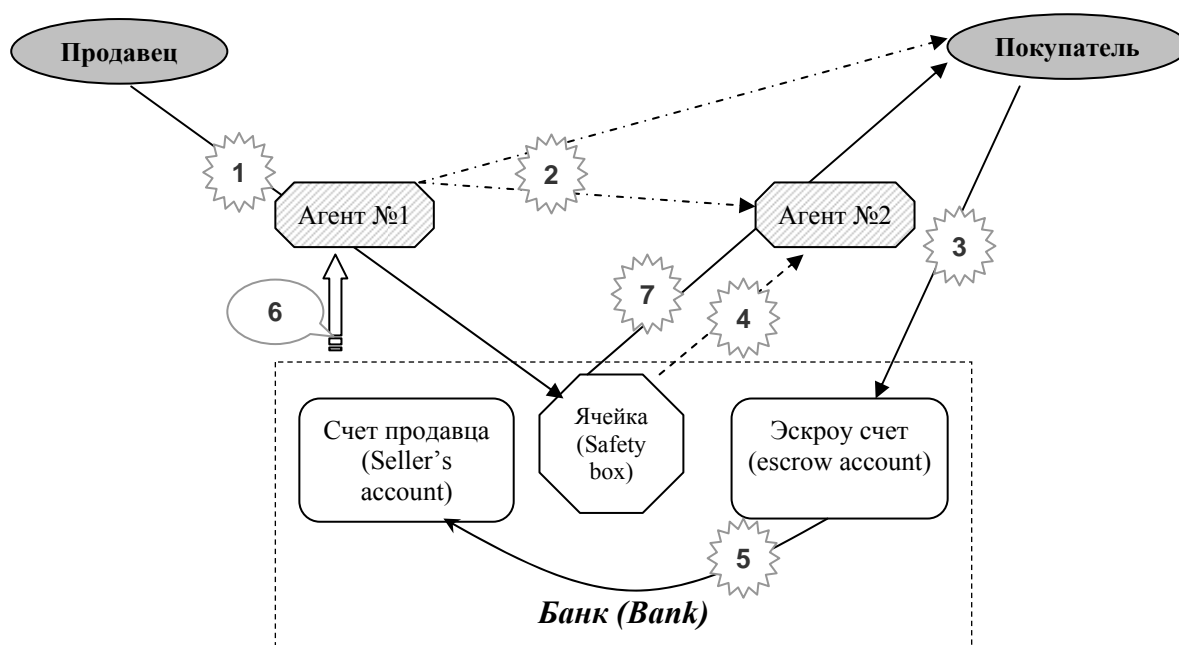
Указанные документы агент №1 для целей сохранности вложил в предварительно абонированную им банковскую ячейку в том же отделении банка в котором агентом №2, был открыт эскроу счет. По факту получения документов агент №1 издал нотис всем сторонами о принятии им документов, дата которого являлась отправной точкой для покупателя для перевода денежных средств на банковский счет (эскроу счет) агента №2.

По получении денежных средств агент №2 известил агента №1 о зачислении оговоренной в договоре сумме на открытый им счет и о готовности завершать сделку.

В назначенную дату (т.н. «closing date») в помещении банка документы, вложенные в ячейку агентом №1, были извлечены и предъявлены агенту №2 для тщательной проверки, по успешным результатам которой агент №2 осуществил срочный платеж (one day value) с эскроу счета на счет другой компании продавца, открытый в этом же филиале банка.

По факту предъявления агенту №1 подтверждения в письменном виде банковскими работниками о зачислении денежных средств на счет продавца (что заняло всего 5-10 минут с момента передачи агентом №2 банковскому клерку должным образом оформленных платежных поручений), эскроу агент №1, проставив в документах текущую дату, передал весь пакет агенту №2, который в последующем передал их покупателю.

Наглядно всю транзакцию по непосредственному исполнению сделки можно изобразить следующим образом:



где:

1. – передача пакета документов агенту №1;
2. – нотис агента №1 о получении документов;
3. – перечисление денежных средств покупателем на эскроу счет, открытый агентом №2;
4. – предъявление агентом №1 агенту №2 пакета документов для ознакомления;

5. – перечисление денежных средств с эскроу счета на счет продавца;
6. – подтверждение банком зачисления денежных средств на счет продавца;
7. – датирование и передача пакета документов агентом №1 агенту №2.

В случае же, если бы предъявленные документы не удовлетворили агента №2 по содержанию и комплектности, то по условиям escrow agreement он должен был бы издать соответствующий нотис сторонам о предоставлении продавцу срока на устранение недостатков, т.е. о переносе closing date.

И если бы в следующий раз при проверке агент №2 не был бы удовлетворен предъявленными ему документами, то строго по инструкции, описанной в escrow agreement, он должен был бы вернуть покупателю денежные средства и издать нотис о прекращении сделки в связи с упущениями, допущенными продавцом.

Как видно из описанного примера, механизм расчета с использованием эскроу агента-юридической фирмы достаточно гибкий в виду того, что такая операция по своей сути является предоставлением услуг за что агент получает вознаграждение и, в большинстве стран, не является жестко регламентированной специальным финансовым и банковским законодательством, что дает сторонам свободу в установлении прав и обязанностей агента в исполнении сделки, но в то же время не уменьшает его ответственность.

В основном требования, предъявляемые к эскроу агентам в законодательстве развитых стран, сводятся к наличию у агента разрешения на ведение юридической практики, наличие квалификации юриста и т.п. В качестве исключения можно назвать, например, Соединенные Штаты Америки, где лицо, желающее оказывать услуги эскроу агента, должно иметь соответствующую лицензию.

Выбор же места исполнения сделки напрямую зависит от резидентности, желаний и возможностей ее сторон, и, собственно, разработанной юристами схемы сделки, в том числе учитывая вопросы налогового планирования и оптимизаций.

Так, например, при относительно несложной сделке по купле-продаже доли в украинском предприятии суммой в 5 000 000 американских долларов и при выборе места ее осуществления и исполнения, например, Республики Кипр, расходы продавца по сделке (регистрация 2-х компаний, услуги банка, эскроу агента и юристов) ориентировочно могут составить USD 70 тыс. В Украине же, минимум 1% (т.е. USD 50 000) придется только на оплату услуг нотариуса по заверению договора купли-продажи корпоративных прав. При этом для разработки схемы сделки, регистрации необходимых целевых компаний, согласования текста договора купли-продажи, выбора эскроу агента, согласования с ним текста escrow agreement и т.п. совсем не обязательно, да и не целесообразно, выезжать в выбранную для исполнения сделки юрисдикцию. Лишь когда все детали согласованы, все документы собраны можно смело отправлять своих полномочных представителей для подписания основного договора, escrow agreement и осуществления надзора в страну места исполнения сделки.

При этом, потеря репутации и санкции (аннулирование лицензии на юридическую практику, штрафы по escrow agreement и т.п.), грозящие за какие-либо упущения юридической фирме (юристу), выбранному в качестве эскроу агента, являются серьезным фактором, дающим право говорить о надежности и эффективности применения такой формы исполнения сделок.