

УДК 347.4

DOI: 10.34670/AR.2020.92.12.003

Банкротство банка при условном депонировании безналичных денежных средств: проблемы распределения рисков

Токмаков Максим Александрович

Кандидат юридических наук,
доцент кафедры правового обеспечения экономической деятельности,
Самарский государственный экономический университет,
443090, Российская Федерация, Самара, ул. Советской Армии, 141;
e-mail: maxim.tokmakov@gmail.com

Аннотация

Статья посвящена проблемам распределения рисков, вызванных банкротством банка в наиболее распространенном виде условного депонирования – депонировании безналичных денежных средств, специфика которого предполагает его обязательное участие во взаимоотношениях сторон. Автор отмечает, что в подобном виде условного депонирования его базовое правило о необходимости обособления депонируемого имущества от имущественной массы эскроу-агента не работает. Причиной этому служит природа безналичных денежных средств, которые являются требованиями к банку. В связи с этим риск банкротства банка, в котором депонируются денежные средства, ложится непосредственно на участников условного депонирования вне зависимости от того, является ли банк эскроу-агентом или нет. Особое внимание в работе уделено проблемам использования публичных депозитных счетов нотариуса для целей условного депонирования. Автор критически подходит к такой возможности, предоставленной законодательством, отмечая ее противоречивость.

Для цитирования в научных исследованиях

Токмаков М.А. Банкротство банка при условном депонировании безналичных денежных средств: проблемы распределения рисков // Вопросы российского и международного права. 2019. Том 9. № 12А. С. 35-42. DOI: 10.34670/AR.2020.92.12.003

Ключевые слова

Условное депонирование, банкротство, банк, эскроу-агент, счет эскроу, номинальный счет, публичный депозитный счет, безналичные денежные средства.

Введение

Одной из ключевых, системообразующих особенностей условного депонирования является обособление депонируемого имущества от имущества эскроу-агента. В соответствии со ст. 926.4 ГК РФ, имущество, переданное на депонирование эскроу-агенту, должно быть обособлено от его имущества, и эскроу-агент не вправе использовать переданное ему на депонирование имущество и распоряжаться им.

Имущество, передаваемое в эскроу, до наступления оснований для высвобождения продолжает принадлежать депоненту, а после наступления таковых – предназначается бенефициару, поэтому эскроу-агент не становится «обладателем» (владельцем, хозяином, господином) этого имущества, а выступает только в качестве его «держателя». Поскольку депонированное имущество не принадлежит эскроу-агенту, оно не может быть включено в состав его имущественной массы. Эскроу-агент не может иметь собственного интереса к депонируемому имуществу (или, по крайней мере, не должен), за счет чего достигается беспристрастность эскроу-агента, необходимая для соблюдения интересов остальных участников условного депонирования (депонента и бенефициара).

В развитие этих положений действует правило о невозможности обращения взыскания на депонированное имущество, ареста такого имущества или принятия в отношении него обеспечительных мер по долгам эскроу-агента (ст. 926.7 ГК РФ).

В связи с этим банкротство эскроу-агента не должно вызывать для участников договора условного депонирования серьезных неблагоприятных последствий, поскольку депонированное имущество не относится к имущественной массе эскроу-агента и должно быть либо возвращено депоненту, либо передано бенефициару. Подобное положение дел является базовым для всего условного депонирования и служит его главной цели – созданию условий для исполнения обязательств сторонами, минимизирующих возможные риски неисполнения, а не приумножающих их. И тем не менее стороны, полагающиеся на указанные выше гарантии, могут столкнуться с ситуациями, в которых эти гарантии не работают и риск банкротства эскроу-агента ложится непосредственно на участников условного депонирования. Прежде всего речь идет о наиболее распространенном виде условного депонирования – депонировании безналичных денежных средств, специфика которого предполагает обязательное участие банка во взаимоотношениях сторон. Банк может сам выступать эскроу-агентом, тогда денежные средства депонируются на счете-эскроу, если эскроу-агентом не является банк, то они депонируются на номинальном счете, открытом эскроу-агенту (п. 3 ст. 926.6 ГК РФ).

Банкротство эскроу-агента, не являющегося банком, и банкротство банка, в котором открыт номинальный счет такого эскроу-агента

В ситуации, когда эскроу-агентом не является банк, по сути, эскроу-агент не получает никакого имущества от депонента, денежные средства перечисляются в банк, в котором открыт номинальный счет. При этом риск банкротства эскроу-агента также не представляет собой проблемы для участников условного депонирования, так как права на депонированные на номинальном счете денежные средства принадлежат бенефициару (п. 1 ст. 860.1 ГК РФ) и не могут быть включены в имущественную массу эскроу-агента.

Однако уместна постановка вопроса о распределении рисков банкротства банка, в котором открыт номинальный счет эскроу-агента. В действующем законодательстве этот вопрос напрямую не урегулирован, но представляется, что он может быть решен следующим образом.

Как уже ранее отмечалось, отношения между эскроу-агентом и другими сторонами условного депонирования носят доверительный (фидуциарный) характер [Токмаков, 2017, 187-200]. Стороны прибегают к услугам эскроу-агенту, потому что они доверяют ему больше, чем друг другу. Риски ненадлежащего исполнения обязательства контрагентом лежат на самой стороне, выбравшей этого контрагента и решившей вступить с ним во взаимоотношения. Если стороны доверили эскроу-агенту контроль за собственным имуществом, они должны доверять ему и в выборе банка, в котором это имущество размещено. В противном случае они могли бы отдельно оговорить в договоре условного депонирования, в каком банке должен быть открыт номинальный счет эскроу-агента. Более того, очевидно, что в случае депонирования денежных средств на номинальном счете эскроу-агент не может обеспечить сохранность депонированного имущества и передать его бенефициару, так как попросту никакого имущества ему не передавалось. Таким образом, по общему правилу, риски банкротства банка несет бенефициар. Однако нет никаких причин отказать сторонам в возможности распределения этого риска или его переложения на эскроу-агента собственным соглашением.

Банкротство банка, являющегося эскроу-агентом

Все меняется, когда банк и эскроу-агент совпадают в одном лице. Проблема заключается в том, что, как отмечает В.В. Витрянский, депонированные денежные средства «должны быть обособлены эскроу-агентом на отдельных счетах – расчетных, лицевых... или на иных подобных счетах эскроу-агента – и могут использоваться эскроу-агентом исключительно для исполнения обязательств по договору эскроу» [Витрянский, 2018, www]. Но, как справедливо указывает А.Г. Карапетов, «сепарации полученных банком на эскроу денег от иных денег банка на его корсчете не происходит. Отдельный внутренний учет полученных банком в рамках договора счета эскроу денежных средств не может считаться такой сепарацией, так как это учет не имущества, а долгов» [Заем..., 2019, 1208]. Таким образом, записи на банковских счетах представляют собой лишь учет обязательств банка перед своими клиентами, а сами денежные средства находятся в полном распоряжении банка.

Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ не проводит различий между требованиями по договору счета эскроу и требованиями по другим видам договора банковского счета. Таким образом, требования по договору счета эскроу включаются в реестр требований кредиторов и удовлетворяются в ходе конкурсного производства (требования физических лиц, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, в первую очередь (ст. 189.92 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ), остальные – в третью).

В литературе встречается критика подобных положений законодательства. К примеру, П. Булатов отмечает, что они вступают «в противоречие с обязанностью банка как эскроу-агента обеспечить в силу ст. 926.4 ГК РФ обособление депонированных средств от собственных средств банка, которые впоследствии составляют конкурсную массу. В сходных ситуациях, когда банк является брокером или доверительным управляющим и ведет обособленный учет переданного по соответствующим договорам имущества, последнее в силу п. 2 ст. 189.91 Закона о банкротстве исключается из конкурсной массы банка» [Кречетова и др., 2018, www]. Далее допускается возможность «разрешит эту коллизию в пользу депонента и бенефициара, воспользовавшись тем, что вышеуказанный пункт допускает исключение из конкурсной массы банка иного имущества в случаях, предусмотренных законом. Таким имуществом в силу ст. 926.4 ГК РФ могли бы стать денежные средства, депонированные на эскроу-счете» [Там же].

Однако подобный подход построен на неверном представлении о природе самого

депонированного в этом случае имущества (безналичных денежных средств), которая выступала неоднократно предметом дискуссий [Башкатов, 2011; Белов, 2019, т. 2, кн. 1, 387-392]. Несмотря на указания в законе о том, что права на депонированные денежные средства принадлежат депоненту до возникновения оснований для передачи бенефициару, а после – бенефициару (п. 1 ст. 860.7 ГК РФ), на самом деле речь идет не о праве на безналичные денежные средства, а о праве требования к банку по счету эскроу. В связи с этим стоит признать, что при банкротстве банка – эскроу-агента обособить депонированное имущество не представляется возможным, и, соответственно, риск такого банкротства ложится на участников условного депонирования.

Риски банкротства банка в случае депонирования денежных средств на депозитном счете нотариуса

Одним из предлагаемых путей решения проблемы обособления безналичных денежных средств на счете эскроу является возможность исключения депонированного имущества из конкурсной массы банка по аналогии с денежными средствами, размещенными на публичном депозитном счете нотариуса, которые исключаются из конкурсной массы кредитной организации (п. 2. ст. 189.92 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ). К. Азерников считает, что установление аналогичного публичному депозитному счету иммунитета по счетам эскроу будет способствовать защите интересов как депонента, так и бенефициара по сохранению денежных средств на счете эскроу [Кречетова и др., 2018, www].

Стоит отметить, что подобный подход страдает теми же заблуждениями о природе безналичных денежных средств, которые отмечены выше. В отношении положений законодательства о банкротстве, исключающих денежные средства на публичном депозитном счете нотариуса из конкурсной массы банка, весьма ярко высказался С.В. Сарбаш, позицию которого можно только поддержать: «Денежные средства на банковских счетах не являются имуществом банка, а фиксируют его долги и, соответственно, в конкурсную массу по определению входять не могут» [Заем..., 2019, 1251]. Правда Верховный Суд РФ поправил эту законодательную оплошность, указав, что в действительности Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «не исключил имущество из конкурсной массы, а по существу изменил очередность удовлетворения требований кредиторов. Кредиторам, денежные средства которых находились на депозитном счете нотариуса, предоставлен приоритет» (см. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 7 мая 2018 г. № 305-ЭС17-16841(12) по делу № А40-31573/2016).

Не погружаясь в проблему обоснованности придания особого приоритета требованиям по договору публичного депозитного счета при банкротстве банка, в контексте исследуемой тематики уместно остановиться на вопросе о возможности нотариуса выступать в роли эскроу-агента. В п. 4. ст. 327 ГК РФ в совокупности со ст. 88.1 Основ законодательства РФ о нотариате предусматривается право сторон обязательства обратиться к нотариусу с совместным заявлением о депонировании имущества. В Письме ФНП от 20 июня 2018 г. № 3041/03-16-3 отмечается, что, «выполняя функции эскроу-агента, нотариус выступает гарантом исполнения обязательств депонента и проведения расчетов между сторонами соглашения, однако непосредственно стороной сделки не является», так как при передаче нотариусу имущества на депонирование договор эскроу не заключается, а основанием депонирования является заявление сторон обязательства. Тем не менее, как представляется, вне зависимости от оснований возникновения, между сторонами обязательства и нотариусом складываются именно правоотношения условного депонирования, поэтому к ним в силу прямого указания закона

применяются положения о договоре эскроу, а на нотариуса распространяются правила об эскроу-агенте.

Специфика основания подобных правоотношений (отказ от трехстороннего договора эскроу) объясняется тем, что принятие имущества в депозит является нотариальным действием (ст. 35 Основы законодательства о нотариате), в совершении которого нотариус не может отказать. В связи с этим волеизъявление со стороны эскроу-агента не требуется, оно подменяется законодательным предписанием. Вопрос о том, насколько это обосновано с политико-правовой точки зрения, безусловно, заслуживает особого внимания. Однако это обстоятельство никоим образом не может повлиять на существо складывающихся отношений.

В связи с этим представляются совершенно неверными положения ст. 88.1 Основ законодательства РФ о нотариате, предписывающие внесение депонируемых средств нотариусом на публичный депозитный счет. Более логичным видится необходимость использования нотариусом номинального счета в случае принятия в депозит имущества на основании соглашения сторон обязательства, которая выводится через п. 4 ст. 327 ГК РФ, предусматривающий применение правил о договоре условного депонирования (эскроу), и п. 3 ст. 926.6 ГК РФ, указывающий на то, что, если эскроу-агент не является банком, безналичные денежные средства депонируются на его номинальном счете.

Какие публично-правовые функции по защите прав и законных интересов граждан и юридических лиц выполняет нотариус, выступающий фактически в роли эскроу-агента? Аргумента о том, что нотариус не может отказать сторонам в осуществлении условного депонирования, для того, чтобы оправдать особый правовой режим по отношению к требованиям по номинальным счетам, которые используют все остальные эскроу-агенты, явно недостаточно.

Публичный и социальный характер таких отношений проявляется максимум в необходимости обеспечения предоставления соответствующих нотариальных действий широкому кругу потребителей. Гражданскому праву хорошо известна конструкция, этому способствующая. Раз нотариус обязан вступать в договор условного депонирования с любым и каждым, кто к нему обратится, не лучше было бы сделать подобный договор попросту публичным? Тогда особенности такого договора условного депонирования исчерпывались бы правовым режимом публичного договора, а не создавали бы необоснованное преимущество нотариусов по сравнению с остальными эскроу-агентами.

Представляется, что подобная дихотомия вряд ли оправдана и справедлива, поэтому она должна быть устранена. Пока же следует констатировать, что передача денежных средств в депозит нотариуса обеспечивает участникам условного депонирования приоритет перед остальными кредиторами банка, в котором открыт публичный депозитный счет, что снимает риск банкротства банка и делает условное депонирование через депозит нотариуса «супернадёжным» способом исполнения обязательства, защищающим стороны от всех возможных рисков.

Заключение

Конструкция условного депонирования безналичных денежных средств предполагает возложение на участников дополнительных рисков банкротства банка вне зависимости от того, выступает ли банк в роли эскроу-агента или нет. Причиной этому служит невозможность обособления депонируемого имущества в силу того, что записи на банковских счетах не являются имуществом банка, а представляют собой лишь учет его обязательств перед своими

клиентами. Единственное исключение на сегодняшний день составляет допускаемое действующим законодательством использование публичного депозитного счета нотариуса в целях условного депонирования денежных средств, при котором создается особый режим требований, предоставляющий приоритет перед требованиями остальных кредиторов банка, что снимает риск банкротства банка и делает условное депонирование через депозит нотариуса «супернадёжным». Однако подобные положения представляются крайне неоправданными и требуют скорейшего устранения.

Библиография

1. Башкатов М.Л. «Вещная» концепция безналичных денежных средств и реформа гражданского законодательства // Частное право и финансовый рынок. М.: Статут, 2011. Вып. 1. С. 82-104.
2. Белов В.А. Гражданское право: в 4 т. М.: Юрайт, 2019. Т. 2. Кн. 1. 453 с.
3. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2018. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CMB&n=18550#03127875223876906>
4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон Рос. Федерации от 26.01.1996 № 14-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22.12.1995. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027/
5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон Рос. Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21.10.1994. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/
6. Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807-860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: М-Логос, 2019. 1282 с.
7. Кречетова О., Рассказова Н., Шварц М., Лебедева П., Азерников К., Ерохова М., Башкатов М., Булатов П., Шарон А., Ушаков О., Константинов Д. Новые имущественные иммунитеты в российском праве // Закон. 2018. № 6. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=116828#07350273590815368>
8. О договоре условного депонирования (эскроу) и договоре публичного депозитного счета: письмо ФНП от 20.06.2018 № 3041/03-16-3. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_300802/
9. О несостоятельности (банкротстве): федер. закон Рос. Федерации от 26.10.2002 № 127-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 27.09.2002; одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 16.10.2002. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/
10. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 07.05.2018 № 305-ЭС17-16841(12) по делу № А40-31573/2016. URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-07052018-n-305-es17-1684112-po-delu-n-a40-315732016/>
11. Основы законодательства Российской Федерации о нотариате. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1581/
12. Токмаков М.А. Условное депонирование (эскроу) в праве России и США: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2017. 239 с.

Bank bankruptcy in case of escrowing of non-cash funds: the problems of risk sharing

Maksim A. Tokmakov

PhD in Law,
Associate Professor at the Department of legal support for economic activities,
Samara State University of Economics,
443090, 141 Sovetskoi Armii st., Samara, Russian Federation;
e-mail: maxim.tokmakov@gmail.com

Abstract

The separation of escrow property from property of an escrow agent is one of the key system-forming features of escrow. In this regard, the bankruptcy of an escrow agent should not cause parties to an escrow agreement any serious adverse consequences, since escrow property does not belong to an escrow agent and must either be returned to the depositor or transferred to the beneficiary. At the same time, the rule of the need to separate escrow property from the property of an escrow agent does not work in the most common form of escrow – the escrow of non-cash funds, and the risk of bankruptcy of an escrow agent is borne by participants in the escrow. Parties also bear the risk of bankruptcy of a bank even in situations when this bank is not an escrow agent and funds are deposited to the nominal account of an escrow agent. One of the proposed ways of solving the problem of separating non-cash funds in an escrow account consists in excluding deposited property from the insolvency estate of a bank by analogy with money deposited to the public deposit account of a notary that is excluded from the bankruptcy estate of a credit organisation. The author critically approaches this possibility; however, the information is inconsistent. Moreover, the use of a public deposit account for escrow purposes seems unjustified and unfair, as it creates an unreasonable advantage of notaries in comparison with other escrow agents.

For citation

Tokmakov M.A. (2019) Bankrotstvo banka pri uslovnom deponirovanii beznalichnykh denezhnykh sredstv: problemy raspredeleniya riskov [Bank bankruptcy in case of escrowing of non-cash funds: the problems of risk sharing]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 9 (12A), pp. 35-42. DOI: 10.34670/AR.2020.92.12.003

Keywords

Escrow, bankruptcy, bank, escrow agent, escrow account, nominal account, public deposit account, non-cash funds.

References

1. Bashkatov M.L. (2011) “Veshchnaya” kontseptsiya beznalichnykh denezhnykh sredstv i reforma grazhdanskogo zakonodatel'stva [The "in rem" conception of non-cash funds and the reform of civil legislation]. In: *Chastnoe pravo i finansovyi rynek* [Private law and the financial market], Vol. 1. Moscow: Statut Publ., pp. 82-104.
2. Belov V.A. (2019) *Grazhdanskoe pravo: v 4 t.* [Civil law: in 4 vols.], Vol. 2-1. Moscow: Yurait Publ.
3. *Grazhdanskii kodeks Rossiiskoi Federatsii (chast' pervaya): feder. zakon Ros. Federatsii ot 30.11.1994 № 51-FZ: prinyat Gos. Dumoi Feder. Sobr. Ros. Federatsii 21.10.1994* [Civil Code of the Russian Federation (Part 1): Federal Law of the Russian Federation No. 51-FZ of November 30, 1994]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ [Accessed 02/12/19].
4. *Grazhdanskii kodeks Rossiiskoi Federatsii (chast' vtoraya): feder. zakon Ros. Federatsii ot 26.01.1996 № 14-FZ: prinyat Gos. Dumoi Feder. Sobr. Ros. Federatsii 22.12.1995* [Civil Code of the Russian Federation (Part 2): Federal Law of the Russian Federation No. 14-FZ of January 26, 1996]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027/ [Accessed 02/12/19].
5. Krechetova O., Rasskazova N., Shvarts M., Lebedeva P., Azernikov K., Erokhova M., Bashkatov M., Bulatov P., Sharon A., Ushakov O., Konstantinov D. (2018) *Novye imushchestvennye immunitety v rossiiskom prave* [New property immunities in Russian law]. *Zakon* [Law], 6. Available at: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=116828#07350273590815368> [Accessed 02/12/19].
6. *O dogovore uslovnogo deponirovaniya (eskrou) i dogovore publichnogo depozitnogo scheta: pis'mo FNP ot 20.06.2018 № 3041/03-16-3* [On escrow agreements and public deposit account agreements: Letter of the Federal Notarial Chamber No. 3041/03-16-3 of June 20, 2018]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_300802/ [Accessed 02/12/19].
7. *O nesostoyatel'nosti (bankrotstve): feder. zakon Ros. Federatsii ot 26.10.2002 № 127-FZ: prinyat Gos. Dumoi Feder.*

-
- Sobr. Ros. Federatsii 27.09.2002: odobr. Sovetom Federatsii Feder. Sobr. Ros. Federatsii 16.10.2002* [On insolvency (bankruptcy): Federal Law of the Russian Federation No. 127-FZ of October 26, 2002]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/ [Accessed 02/12/19].
8. *Opredelenie Sudebnoi kollegii po ekonomicheskim sporam Verkhovnogo Suda RF ot 07.05.2018 № 305-ES17-16841(12) po delu № A40-31573/2016* [Determination of the Judicial Collegium for Economic Cases of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-16841(12) of May 7, 2018 (Case No. A40-31573/2016)]. Available at: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-07052018-n-305-es17-1684112-po-delu-n-a40-315732016/> [Accessed 02/12/19].
9. *Osnovy zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii o notariate* [The fundamentals of the legislation of the Russian Federation on notaries]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1581/ [Accessed 02/12/19].
10. Tokmakov M.A. (2017) *Uslovnnoe deponirovanie (eskrou) v prave Rossii i SShA. Doct. Diss.* [Escrow in the law of Russia and the USA. Doct. Diss.] Samara.
11. Vitryanskii V.V. (2018) *Reforma rossiiskogo grazhdanskogo zakonodatel'stva: promezhutochnye itogi* [The reform of Russian civil legislation: interim results]. Moscow: Statut Publ. Available at: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CMB&n=18550#03127875223876906> [Accessed 02/12/19].
12. *Zaem, kredit, faktoring, vklad i schet: postateinyi kommentarii k stat'yam 807-860.15 Grazhdanskogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii* [Loan, credit, factoring, deposit and account: an article-by-article commentary on Articles 807-860.15 of the Civil Code of the Russian Federation] (2019). Moscow: M-Logos Publ.