



УДК 347.965

РЕФОРМИРОВАНИЕ АДВОКАТУРЫ КАСАТЕЛЬНО ФИДУЦИАРНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЭСКРОУ-АГЕНТА

Алена ИВАНЦОВА,

кандидат юридических наук, доцент кафедры организации судебных правоохранительных органов
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Аннотация

В статье рассматриваются новые термины, такие как фидуциарная деятельность и деятельность эскроу-агента. Раскрывается их происхождение и значение на национальном уровне, приводятся примеры применения этих терминов в других зарубежных странах. Обосновывается аргументация того, чтобы применять эту новеллу в национальном законодательстве.

Ключевые слова: фидуция, фидуциарная деятельность, эскроу, эскроу-агент, адвокатура.

REFORMATION OF THE ADMINISTRATIVE OFFICE ON THE ACTIVITY OF THE ADVOCATE AND THE ACTIVITY OF THE ESCROW-AGENT

A. IVANTSOVA,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor at the Department of Organization of Judicial and Law-Enforcement Bodies
of Yaroslav Mudryi National Law University

Summary

The article discusses new terms, such as fiduciary activity and the activity of the escrow-agent. They reveal their origin and significance at the national level and give examples of the use of these terms in other foreign countries. The argument for using this short story in national legislation is substantiated.

Key words: Fiduciation, fiduciary activity, escrow, escrow-agent, advocacy.

Постановка проблемы. Сегодня много дискуссий ведется вокруг вопроса реформирования украинской адвокатуры. Это понятно, ведь все сферы общественных отношений, которые неуклонно попадают под влияние глобализационных процессов, должны совершенствоваться и отвечать лучшему мировому опыту и требованиям современности.

Целью и задачей статьи является исследование и раскрытие сущности новых понятий, таких как фидуциарная деятельность и деятельность эскроу-агента, приведение примеров их применения в других странах и внедрение их в Украине.

Изложение основного материала. Практика обеспечения граждан квалифицированной юридической помощью приобрела в современном демократическом обществе важное социальное-политическое значение. Сегодня совершенствование судебной защиты прав и свобод граждан является необходимым условием формирования правового государства. Именно поэтому в условиях активизации политико-правовой жизни формирование профессиональной

независимой адвокатуры становится одним из приоритетных направлений на пути реформирования правовой системы в Украине.

Одной из первых инициатив правительства в 2014 году было именно инициирование вопроса разработки новой редакции Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» и внесение изменений во все процессуальные кодексы, с целью приведения института адвокатуры в соответствие с европейскими стандартами.

С этой целью были разработаны проекты изменений и дополнений в указанный Закон и другие нормативно-правовые акты, касающиеся адвокатской деятельности. В частности, это проект закона о внесении изменений в Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» относительно мер правовой защиты адвокатов № 1194 от 02.12.2014 [1] и проект Закона о внесении изменений в Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», некоторые другие законодательные акты Украины (относительно статуса и гарантий адвокатской деятельности и формирования и работы

органов адвокатского самоуправления) № 1794-1 от 04.02.2015 г. [2].

Так, эти проекты были предварительно обсуждены и одобрены адвокатским сообществом; в частности, они были рассмотрены на заседаниях Совета адвокатов Украины и утверждены делегатами на внеочередном Съезде адвокатов Украины. В настоящее время эти проекты включены в повестку дня Верховной Рады Украины (1852-VIII от 21.02.2017) и находятся на доработке.

Оба законопроекта предлагают ряд качественных изменений. В частности, усиление гарантий осуществления адвокатской деятельности, снятие отожествления адвоката с клиентом, обеспечение правового сопровождения, а также адвокатам предоставляются новые виды деятельности, например *фидуциарная деятельность*, которая ранее не была прописана в украинском законодательстве, и деятельность *эскроу-агента*.

Что касается деятельности *эскроу-агента*, то это деятельность адвоката, адвокатского бюро или объединения по поручению клиента по временному хранению депонированных сторонами



договора, в исполнении которого клиент заинтересован, документов, денежных средств, ценных бумаг, валютных ценностей и другого имущества до наступления предусмотренных в таком договоре фактов (ст.1, п. 6 [2]).

Вообще, «эскроу» – это то, что является ценностью, как, например, соглашение, акция, деньги или документ, которые владелец передает третьему лицу для хранения, содержание этой ценности до момента выполнения специального условия или возникновения непредвиденной ситуации, явления [3]. Инструкции, которые предоставляются лицу, принимающему передачу ценностей, являются «эскроу-договором», положения которого обязательны для выполнения как лицом, предоставляющим обещание, так и лицом, принимающим указанное обещание. Такая «ценность» сохраняется третьим лицом до тех пор, пока условие, отмеченное в эскроу-договоре, не выполнится. С момента возникновения понятия «эскроу» использовалось только относительно «передачи на хранение официального документа», на время, пока не будет совершено определенное обусловленное действие. Впоследствии это понятие стали применять и когда речь идет о хранении денег.

В современном мире успех любой сделки во многом зависит от того, как быстро стороны смогут достичь взаимного согласия относительно существенных его условий и насколько оптимальными будут механизмы ее выполнения. Зарубежный опыт содержит целый ряд юридических механизмов, которые позволяют сторонам осуществить транзакцию по наиболее удобной и безопасной для них обоим схеме. Одним из таких механизмов выступает эскроу (от англ. escrow – условное депонирование), главной целью которого является обеспечение прозрачности и добросовестности реализации соглашения.

Отличительной чертой эскроу является ответственность эскроу-агента перед всеми участниками сделки сразу. Соответственно, эскроу является гарантией безопасности сделки для всех ее сторон. В случае применения механизма эскроу соответствующее условие отображается в основном обязательстве и является одной из его существенных условий.

Алгоритм эскроу выглядит следующим образом:

1) стороны основного обязательства заключают договор эскроу с эскроу-агентом (по сути, посредником между продавцом и покупателем). Как правило, это трехсторонний договор, который заключается одновременно с основным обязательством;

2) покупатель перечисляет на банковский счет эскроу-агента (эскроу-счет) цену сделки. Как правило, эскроу-счет – это специальный банковский счет, открываемый эскроу-агентом на свое имя для хранения денежных средств, перечисленных покупателем (депонентом), и их последующее перечисление продавцу (бенефициару). Эскроу-агент не может никоим образом использовать денежные средства, находящиеся на таком счете, кроме как для перечисления их продавцу или возврата покупателю. Иногда стороны требуют предоставления эскроу-агентом периодической отчетности о состоянии такого счета;

3) продавец передает эскроу-агенту документы, подлежащие передаче по основному обязательству (документ о передаче акций, учредительные документы компании-цели, правоустанавливающие документы на имущество и т.д.), то есть документы, передача которых является существенным условием выполнения обязательства;

4) эскроу-агент проверяет форму и содержание предоставленных ему документов на соответствие условиям основного обязательства. Если документы соответствуют следующим условиям, он передает их покупателю и одновременно перечисляет цену сделки продавцу. Если документы не соответствуют таким требованиям, эскроу-агент возвращает их продавцу, а денежные средства, составляющие цену сделки, возвращаются покупателю. В таком случае сделка прекращается. Как вариант, если это не противоречит договору эскроу и основному обязательству, эскроу-агент может предоставить продавцу время для приведения документов в соответствие с требованиями основного обязательства, после чего все происходит по вышеуказанной схеме снова.

В зависимости от конкретной ситуации и намерений сторон описанный алгоритм может быть изменен. Напри-

мер, эскроу-агентов может быть два или более, документы могут передаваться на хранение в банковскую ячейку эскроу-агента, денежные средства могут быть перечислены частями и аккумулироваться на эскроу-счете или же сразу быть перечислены продавцу и тому подобное. Кроме того, эскроу-агент может осуществлять также административную функцию по отношению к компании или имуществу, являющегося предметом сделки. Так, стороны сделки M&A (слияние и поглощение) часто назначают эскроу-агента единоличным директором компании, акции которой переданы ему на хранение. Такое назначение является своего рода гарантией того, что с начала и до завершения сделки деятельность такой компании будет осуществляться должным образом, целевое имущество не будет продано (передано) третьим лицам, компания не станет должником ни по каким обязательствам, которые не соответствуют договоренностям сторон.

Следует отметить важность репутации эскроу-агента, ведь несмотря на договорное оформление, значительную роль здесь играет наличие доверительных отношений между всеми участниками эскроу, а также степень профессионализма агента. Причина этого всем понятна: стороны слишком рискуют, чтобы доверять выполнение функций эскроу-агента неизвестной структуре.

Исходя из этого, одним из главных факторов, определяющих безопасность применения эскроу, является законодательство, регламентирующее деятельность эскроу-агентов и устанавливающее требования к сделкам такого рода. К примеру, в соответствии с кипрским законодательством эскроу-агентами могут выступать юридические фирмы, банковские учреждения, специализированные эскроу-агентства, компании, предоставляющие консалтинговые услуги. Требования к эскроу-агентам в этой стране очень просты: это должна быть компания, зарегистрированная должным образом, имеющее право на осуществление своей основной деятельности.

А одни из самых жестких требований к эскроу-агентам содержатся в законодательстве США. В соответствии с Законом о эскроу (часть финансового кодекса Калифорнии) эскроу-агентом может быть физическое или



юридическое лицо, имеющее лицензию на предоставление услуг эскроу. Для этого она должна иметь стабильное финансовое положение, не менее 5 лет опыта в сфере эскроу, отдельный офис для ведения эскроу-бизнеса и тому подобное. В то же время компании, которые осуществляют свою деятельность в соответствии с требованиями законов о банках, трастовые, кредитные или страховые компании, а также юридические компании, которые не задействованы активно в эскроу-бизнесе, могут предоставлять услуги эскроу без лицензии [8].

Что касается Украины, то у нас рынок эскроу пока отсутствует как таковой. И причина не столько в отсутствии надлежащего законодательного регулирования, сколько в отсутствии элементарного доверия участников процесса M & A (слияния и поглощения) к потенциальным эскроу-агентам, а также любой практики использования подобных инструментов. При этом вне юрисдикции Украины представители украинского бизнеса являются активными участниками сделок с применением эскроу.

Впрочем, следует заметить, что украинский законодатель не оставляет эту тему без внимания. За последние 6 лет было сделано две попытки создания института эскроу в Украине. Так, в начале 2011 г. в Верховной Раде были зарегистрированы законопроекты № 8188 и № 8189 о введении института номинальных банковских счетов, которыми предлагалось внести ряд изменений в хозяйственный, гражданский и налоговый кодексы, законы об исполнительном производстве, банкротстве и регулировании рынков финансовых услуг, которые сводились к следующему:

- 1) создание института эскроу-счетов;
- 2) лицензирование эскроу-агентов;
- 3) осуществление эскроу-услуг юридическими лицами, оказывающими консалтинговые, юридические, аудиторские услуги, и не являются финансовыми учреждениями;
- 4) неприкосновенность средств, размещенных на эскроу-счете.

В конце 2012 г. оба законопроекта были отозваны.

Вторая попытка ввести институт эскроу в Украине состоялась в 2016 г., когда в парламент был подан законопроект № 2302 а-д «О внесении

изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно повышения уровня корпоративного управления в акционерных обществах», которым, среди прочего, предлагается внести изменения в гл. 72 Гражданского кодекса Украины, а именно: добавить §2 «Счет условного хранения (эскроу)». На данный момент указанный закон принят и от 01.06. 2017 г. подписан Президентом [9].

Что касается *фидуциарной деятельности*, то это деятельность адвоката, адвокатского бюро или объединения, которая заключается в получении и управлении имуществом (денежными средствами, ценными бумагами, валютными ценностями и т.п.) клиента от его имени в связи с предоставлением клиенту правовой помощи [ст. 19 п.12 [2].

Другой законопроект трактует фидуциарную деятельность по-другому, как содержание средств на депозитном или целевом счетах от имени и за счет клиента, забота о финансах и имуществе, их размещении и управлении ими от имени и за счет клиента [7].

В целом понятие «фидуция» (с латыни *fiducia* – соглашение, доверие) – договор, основанный на доверии. Возникло в древнем Риме и означало акт, основанный на доверии: передачу собственности другому лицу под видом продажи с правом обратного требования [3]. Или же это вид залога, по которому товар передавался лицу при условии, что после того, как его требования будут удовлетворены, он вернет товар [4]. Фидуция заключалась в том, что с помощью манципации должник отчуждал вещь в собственность кредитора, но с условием, что в случае исполнения обязательства кредитор обязан будет вернуть вещь в собственность должника. Данная форма залога была невыгодна для должника, так как кредитор становился собственником вещи, которая передавалась ему в залог, поэтому мог без согласия должника распоряжаться ею [5]. А «фидуциаром» является лицо, в отношении которого обнаружено безусловное доверие в сфере управления имуществом или деньгами и защиты прав на них.

Фидуциарные отношения являются доверием, выраженным одним лицом другому, при условии предоставления согласия на выражение такого доверия другим лицом. Такие отношения мо-

гут устанавливаться между адвокатом и клиентом, брокером и принципалом, доверительным собственником и бенефициаром, исполнителями (администраторами) и наследниками недвижимого имущества.

Инструменты фидуциарных отношений и эскроу возникли и широко применялись и применяются в странах англо-саксонского права. И несмотря на то, что имплементация таких инструментов в правовой системе страны европейско-континентальной системы права характеризуется некоторыми сложностями и особенностями, пользователями данных услуг сегодня является и значительная часть граждан как Украины, так и любой другой страны.

Учитывая тот факт, что введение фидуциарной деятельности адвоката в Украине находится на начальном этапе, стоит проанализировать законодательную практику регулирования осуществления этого вида деятельности адвоката в странах-участницах Европейского Союза.

Основным, общим для всех стран-участниц ЕС нормативно-правовым актом, регулирующим фидуциарную деятельность адвоката, является Общий кодекс правил для адвокатов стран Европейского Сообщества от 1 октября 1988 г., где п. 3.8. устанавливаются правила осуществления финансовых услуг адвокатом [6].

Согласно указанному кодексу средства клиента всегда должны находиться на счете в банке или в любой другой организации, которая позволяет осуществление контроля со стороны органов власти по передаче адвокатом на счет средств, предоставляемых клиентом в его распоряжение, за исключением случаев наличия прямого или опосредованного распоряжения клиента относительно использования средств каким-либо иным образом.

В документах по счету, открытому адвокатом для хранения средств клиента, должно содержаться указание на то, что данная операция осуществлена адвокатом от имени и по поручению клиента или клиентов.

На открытом адвокатом счете или счетах для хранения средств клиента постоянно должна находиться сумма, равная или превышающая общую сумму средств клиента, находящихся в распоряжении адвоката.



Все средства клиента должны выплачиваться ему или по его требованию, или по определенным им условиям; выплаты любому лицу из средств клиента, осуществляемые от его имени, исключая:

1) выплаты клиенту или в его интересах из средств другого клиента;

2) выплату гонорара адвокату должна быть запрещена, за исключением предусмотренных законодательством случаев или при наличии непосредственного или опосредованного разрешения клиента на их осуществление.

Адвокат обязан вести финансовые документы по распоряжению им средствами каждого клиента отдельно, которые должны предоставляться клиенту по его требованию.

Компетентные органы всех стран Сообщества обладают правом контроля и конфиденциальности изучения финансовых документов адвоката по предоставленным в его распоряжение средствами клиента на предмет выявления случаев нарушения адвокатом правил, подлежащих выполнению, и применение к нему санкций в случае выявления вышеуказанных нарушений.

Адвокат распоряжается средствами клиента в процессе выполнения им профессиональных обязанностей на территории одного из государств Сообщества, должен соблюдать правила распоряжения средствами клиента и ведения финансовой документации, установленные компетентными органами государства регистрации.

Также адвокат, участвующий в рассмотрении дела или оказывающий услуги клиенту на территории государства пребывания, может при наличии соглашения между соответствующими органами государства регистрации и государства пребывания руководствоваться в осуществлении профессиональной деятельности правилами, действующими на территории государства пребывания, исключая аналогичные правила, действующие на территории государства регистрации. В этом случае адвокат обязан по возможности информировать клиентов о том, что он руководствуется правилами государства пребывания [п. 3.8, 6].

Выводы. Проанализировав все вышесказанное, следует отметить, что при осуществлении реформирования одного из основных институтов права Украинского государства необ-

ходимо использовать законодательный опыт Европейского Союза. Такая необходимость обусловлена тем, что законодательная основа предоставления финансовых услуг адвокатом в ЕС достаточно качественна и регулирует все нюансы по осуществлению фидуциарной деятельности адвокатом. Поэтому, по нашему мнению, учитывая, что в проектах Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» отсутствует детализация условий и процедуры осуществления фидуциарной деятельности, следует внести в него положения, отраженные в п. 3.8. Общего кодекса правил для адвокатов стран Европейского Сообщества, для того чтобы эта будущая норма могла активно использоваться на практике, если, конечно, ее примут во внимание.

Список использованной литературы:

1. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та деяких інших законодавчих актів України (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування і роботи органів адвокатського самоврядування) № 1794-1 від 04.02.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53817

2. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо заходів правового захисту адвокатів № 1194 від 02.12.2014. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52633

3. Західна енциклопедія американського права (West's Encyclopedia of American Law, edition). – № 2. – 2008. – 332 с.

4. Толковый словарь украинского языка [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dicipedia.com/dic-uk-uk-expl-term-187674.htm>

5. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://om.net.ua/15/15_5/15_53938_formi-zaloga-fidutsiya-pignus-ipoteka.html

6. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського співтовариства від 1 жовтня 1988 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.Rada.Gov.ua/laws/show/994_343

7. Проект 3.У. «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» – ст. 25 п. 8. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vkdka.com.ua/news-73.html>

8. Олійник П. За принципом ескроу: Запровадження світових стандартів в українському законодавстві / П. Олійник // Юридична Газета. – 2017. – № 16. – С. 10.

9. Офіційний веб-портал ВРУ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58900

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Иванцова Алена Викторовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры организации судебных и правоохранительных органов Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Ivantsova Alena Viktorovna – Candidate of Law Sciences, Associate Professor at the Department of Organization of Judicial and Law-Enforcement Bodies of Yaroslav Mudryi National Law University

ivantsoval@ukr.net