

17.04.2015 – 23.04.2015, № 15

**АКТУАЛЬНО**

## Трастовая защита: обзор мировых систем регулирования трастов

В бизнес-среде Украины уже давно используются трасты – инструменты, которые предлагаются некоторыми иностранными юрисдикциями. Средний и крупный бизнес, формируя структуру своих групп с использованием компаний Кипра, Британских Виргинских островов и т. п., скорее рано, чем поздно рассматривает различные варианты применения трастов. Цели могут варьироваться: защита активов, налоговая оптимизация, анонимизация реальных собственников и т. п. Кроме планирования бизнес-процессов и структур, трасты также используются в мире в сфере личного финансового планирования. В Украине трасты уже воспринимаются как обычный и понятный инструмент, однако такое восприятие выглядит несколько поверхностным.

### Понятие траста

Обобщенно траст можно описать как обязательства лица, или управляющего траста (*trustee*), управлять собственностью, находящейся под его контролем, в пользу лиц, или бенефициаров, одним из которых может быть сам управляющий траста и кто-либо из которых имеет право требовать выполнения этого обязательства. Это понятие в полной мере касается классического траста. Одним из признаков современного траста может быть его направленность на достижение специальной цели, которая делает необязательным наличие четко идентифицированного бенефициара. **В классических трастовых юрисдикциях Англии и США возможности создания трастов со специальной целью обычно существенно ограничиваются.**

Сущностью траста является концепция разделенного права собственности: управляющий траста считается номинальным собственником имущества в трасте и одновременно исполняет обязанность относительно управления имуществом и контроля над ним в пользу бенефициаров, имеющих исключительное право на получение выгод от этого имущества. Такое разделенное право собственности **является концепцией, присущей английской правовой системе, в которой родился классический траст.**

Обычно трасты создаются в результате намеренных действий установщика траста (*settlor*), хотя существуют и другие варианты – например создание траста по решению суда. Управляющий траста назначается установщиком траста документом, которым создается сам траст (*trust instrument*). Если по любым причинам управляющий траста отсутствует (например в результате его смерти), траст не прекращает действие, поскольку законодательство популярных юрисдикций предусматривает

механизмы назначения нового управляющего траста (например, статьи 36 (1) и 41 (1) соответствующего британского закона, *Trustee Act 1925*, положения которого почти полностью воспроизводятся в законе Кипра, *Cyprus Trustee Law 1955*). С практической точки зрения лучше в превентивных целях либо назначать несколько управляющих, либо иметь подписанный документ о назначении нового управляющего без даты. Одним из вопросов, часто волнующих украинских установщиков трастов или бенефициаров, является следующий: что произойдет, если определенный управляющий траста – физическое лицо умрет? Будет ли утрачен контроль над трастовым имуществом в таком случае?



**На сегодняшний день преобладающим в трастовых юрисдикциях является правило, которым утверждено, что любой вид имущества может быть передан в траст. Хотя к передаче отдельных видов имущества, особенно недвижимого, в траст и существованию его как трастового имущества могут выдвигаться дополнительные требования.**

Современный траст может принимать различные формы в зависимости от контекста, в котором он применяется. Традиционно трасты классифицируют на четко определенные трасты (*express trust*), которые сознательно, намеренно созданы установщиком, и приписываемые или презюмируемые по закону (*imputed* или *implied trust*); простые (*bare trust*) и активные (*active trust*) трасты. Разница между простыми и активными трастами зависит от объема обязанностей, которые возлагаются на управляющего: простой траст предусматривает, что управляющий имеет только обязанность содержания, хранения трастового имущества, а в активном трасте управляющий имеет обязанность управления этим имуществом, инвестирования в наилучших интересах бенефициара. **Самую большую заинтересованность для их участников, если смотреть с точки зрения повышенной рискованности и недостаточной предсказуемости, вызывают именно трасты, презюмируемые или приписываемые по закону.** Эти трасты можно разделить на две подгруппы: результирующие (*resulting trust*) и непрямые (*constructive trust*) трасты. Результирующие трасты возникают непосредственно на основании закона, а не прямые создаются судом в определенных случаях. В отличие от четко определенных трастов презюмируемые трасты можно идентифицировать только после тщательного изучения контекста, в котором они возникают или должны возникнуть. Конечно, без квалифицированной помощи специалиста в сфере права соответствующей юрисдикции риски для заинтересованных лиц могут быть значительными. Так, по общему правилу при приобретении земли в Англии несколькими покупателями возникает траст (*Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*). Во многих юрисдикциях дарение имущества может считаться созданием траста, согласно которому одаряемый будет управляющим, а даритель – бенефициаром. Траст может возникнуть в случае, если в договоре займа предусмотрен целевой характер такого займа. **Примером создания непрямого траста может быть классическое дело *A-G for Hong Kong v Reid* ([1994] 1 All ER 1).** Суд установил, что имущество, полученное лицом в результате нарушения им своей фидуциарной обязанности (*fiduciary duty*), должно считаться трастовым имуществом в пользу потерпевшей стороны.

Хотелось бы рассказать еще об одном виде трастов. Это инвестиционный траст-фонд (*unit trust*). Траст-фондом руководит управляющая компания, которая является управляющим траста. Такая компания инвестирует полученные от инвесторов средства. А инвесторы владеют долями (*units*) в этом траст-фонде.

В Украине институт траста имеет схожий институт доверительной собственности. Однако при структуризации коммерческих процессов в международной деятельности следует предостеречь украинских резидентов от перенесения особенностей знакомого института доверительной собственности в Украине на траст в других юрисдикциях. Такое перенесение повышает вероятность риска ошибочных решений.

**Доверительная собственность в Украине**

**В 2003 году в законодательстве Украины появилось понятие "доверительной собственности" как особого вида права собственности.** Были внесены соответствующие изменения в старый Закон о собственности и в [Гражданский кодекс Украины \(ст. 316 "Понятие права собственности", глава 70 "Управление имуществом" и т. п.\)](#).

Несколько странным выглядит использование как слова "доверительная", так и слова "собственность" в контексте представлений украинского законодательства о праве доверительной собственности. Во-первых, классическое право доверительной собственности (траст), происходящее из англосаксонской правовой семьи, невозможно представить как с практической, так и с теоретической стороны без существования института фидуциарных обязанностей. Именно эти обязанности и обеспечивают реальное существование элемента доверительности в отношениях траста. Без юридической определенности относительно фидуциарных обязанностей, а также надлежащей правовой защиты интересов лиц, которые передают имущество в доверительную собственность, украинский вариант такого вида права собственности будет по меньшей мере очень ненадежным, даже декларативным механизмом. Во-вторых, в континентальной правовой семье, к которой относится и украинская правовая система, право собственности предусматривает наличие трех правомочностей, в том числе правомочность распоряжения. Поскольку согласно [Гражданскому кодексу \(статья 1037\)](#) лицо, обладающее правом доверительной собственности, фактически лишено такой правомочности, говорить о наличии права собственности (даже особого вида) вряд ли будет корректно. Отметим, что законодательство Украины предусматривает не ситуативное ограничение распоряжения объектом доверительной собственности, а фактически перманентный запрет на свободное распоряжение имуществом. Можно сравнить это с общим определением права собственности по [статье 316 "Понятие права собственности" Гражданского кодекса](#): "Правом собственности является право лица на вещь (имущество), которое оно осуществляет согласно закону по собственной воле, независимо от воли других лиц". Кроме того, наличие двух прав собственности, полностью совпадающих относительно своего объекта, противоречит фундаментальным основам континентальной правовой традиции, основанной на более широкой рецепции римского права с его институтом *dominium* (в отличие от традиции англосаксонского (обычного) права).

Все это – не более чем "интродукция" института англосаксонского права на "почве" континентального права. Для понимания траста в его естественном ареале можно ориентироваться на его украинский отголосок, но полностью опираться на украинский аналог нецелесообразно. После теоретического рассмотрения украинского варианта доверительной собственности следует перейти к более практическим моментам существования траста за границей.

### **Особенности существования трастов**

С самого начала необходимо **сделать предостережение**, что выбор юрисдикции для существования траста – это выбор между юрисдикциями, относящимися к англосаксонской правовой семье: Великобритания (преимущественно Англия, Уэльс и Северная Ирландия), ее коронные владения и зависимые территории, Кипр, США, страны Карибского региона и т. п.

В большинстве юрисдикций, относящихся к континентальной правовой семье (а это преобладающая часть стран Европы), законодательно существование классических трастов не предусмотрено или очень ограничено. Схемы, в которых используются элементы классических трастов (или "квази-трасты"), применяются в Европе, преимущественно в целях защиты активов и благотворительности, через такие инструменты, как голландские учреждения (фонды) (*Stichting*, включая *Stichting Administratiekantoor (STAK)*), подобные учреждения Лихтенштейна (*Stiftung*). Кстати, в США могут признаваться как траст и указанные учреждения Лихтенштейна (*IRS Advice Memorandum AM2009-012*), и Нидерландов (*MCA Inc v. U.S. (9th Cir 1982) 685 F. 2d 1099*). Есть примеры использования этих схем и относительно Украины. Так, по информации некоторых интернет-ресурсов (Наші Гроші, Цензор.НЕТ и т. п.) бывший министр внутренних дел Украины, возможно, использует "двойную трастовую" схему для сохранности своей недвижимости: голландский STAK, владея недвижимостью в Украине, передает ее в управление (доверительную собственность) своей украинской дочерней

компаний.

**Но все же какие вопросы могут решаться с помощью трастов в мировой практике?** Наиболее распространенной целью создания траста является налоговая оптимизация. Если рассматривать в целом, налоговая оптимизация с помощью инструмента траста направлена на то, чтобы позволить налогоплательщику разорвать правовую связь между трастовым имуществом, этим плательщиком и налоговой юрисдикцией. Однако обычно законодательство определенной юрисдикции выдвигает четкие квалификационные требования к трасту, который применяется в схеме налоговой оптимизации. Другие неналоговые преимущества трастов (прежде всего трастов, созданных в либеральных юрисдикциях или в международных офшорных финансовых центрах):

- 1) централизация контроля активов, расположенных по всему миру, в руках профессионального управляющего, в результате чего сокращаются административные расходы и повышается уровень согласованности и эффективности планов инвестирования;
- 2) помощь в избежании внешнего управления имуществом при выполнении завещания;
- 3) перемещение имущества за пределы страны резидентства в случае повышения уровня экономической или политической нестабильности; помощь в случае попыток национализировать, экспроприировать, конфисковать или иным образом изъять имущество;
- 4) заранее запланированный вывод средств за границу из-под влияния валютного контроля, рисков девальвации, которые потом могут быть доступны для заграничных поездок, отдыха, лечения и т. п.;
- 5) содействие осуществлению офшорных трансакций на рынках третьих стран, например США;
- 6) установщик является резидентом юрисдикции континентального права, в которой значительно ограничено применение правила "мертвой руки" (*control by the "dead hand"*);
- 7) избежание некоторых обязательств на время смерти установщика (например делает невозможным принудительный раздел имущества между наследниками);
- 8) избежание требований местных кредиторов (в пределах, когда речь не идет о совершении мошенничества, например когда установщик не был неплатежеспособным на время передачи имущества в траст и не знал о наличии каких-либо требований); в этом случае расходы на попытки получить иностранное трастовое имущество могут быть настолько значительными, а достоверность успешного взыскания – такой незначительной, что кредиторы вынуждены будут отказаться от таких попыток;
- 9) прижизненные трасты (*inter vivos trust*) помогают создать высокую степень секретности и анонимности; меньше оснований для обмена налоговой информацией между уполномоченными органами разных стран и т. п. Для большего эффекта от использования трастов может быть создана их сеть, которая переплетается с несколькими иностранными компаниями. **Однако существенные расходы для реализации такой стратегии позволяют использовать ее только при надлежащих обстоятельствах.**

С целью более прогнозируемого и надежного применения возможностей трастов и более адекватного восприятия их природы в странах континентального права была принята *Гаагская конвенция о праве, применимом к трастам, и их признании* (1985 г.) (*Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition*). Европейскими странами континентального права, ратифицировавшими Конвенцию, являются Италия, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Монако, Швейцария, Лихтенштейн и Сан-Марино. Эта Конвенция устанавливает четкие правила определения права, которое применяется к трасту (раздел II), в том числе возможность подчинять отдельные элементы траста разному праву. Такими элементами могут быть:



- а) назначение, отставка и замена управляющего траста;
- б) право управляющего траста на передачу части или всех своих полномочий третьим лицам;
- в) право и обязанность управляющего траста относительно управления и распоряжения трастовым имуществом;
- г) инвестиционные полномочия управляющего траста;
- г) ограничение относительно сроков существования траста и границы накопления доходов от использования трастового имущества;
- д) отношения управляющего траста с бенефициаром (или бенефициарами) и другие вопросы.

Кроме того, признание траста по Конвенции имеет последствием, в частности, невозможность обращения взыскания на трастовое имущество по обязательствам управляющего траста перед его кредиторами (статья 11 Конвенции). Используя возможности Конвенции, следует обратить внимание на статью 13, направленную против возможных злоупотреблений и дающую основания для непризнания трастов.



**Необходимо отметить, что английское право, хотя и является первоисточником современного траста, не создает достаточно гибкого механизма траста, который мог бы заинтересовать бизнес или собственников значительных активов и эффективно использоваться в процессах структуризации коммерческой или связанной с ней деятельности.**

Следует только сказать, что многие британские бизнес-структуры (собственники бизнеса) активно пользуются возможностями трастов, созданных на Нормандских островах (преимущественно на Джерси). Такая ситуация объясняется имманентными признаками классического траста как продукта права справедливости (*equity*). Поэтому либерализация систем регулирования трастов в традиционных юрисдикциях США и особенно в Великобритании происходит довольно медленно (например изменения в законодательство Делавера в 2013 и 2014 годах, изменения в подходах к благотворительным трастам в Англии, *Charities Acts 2006 and 2011*), в отличие от некоторых других юрисдикций. Страны Карибского региона, Кипр, другие международные офшорные финансовые центры стараются быть впереди глобальной конкуренции в сфере трастов, предлагая наиболее гибкие решения с минимумом ограничений для создания трастов, управляющих траста, трастового имущества и т. п. (закон Виргинских островов *VISTA Trust 2003*, недавний закон Кипра *International Trusts (Amending) Law of 2012*). Отход от классических образцов регулирования трастов в случаях этих либеральных юрисдикций может быть очень существенным.

#### **Основные ограничения трастов в традиционных юрисдикциях (США и Англии):**

1) ограничение относительно срока существования траста (правило против бессрочности – *rule against perpetuities*). Выше уже было упомянуто о правиле "мертвой руки". Именно для ограничения контроля со стороны "мертвой руки" и введено это правило против бессрочности. Суть его состоит в том, что установщик траста не может ограничивать отдаленных потомков в пользовании трастовым имуществом, установленный траст не должен существовать бесконечно или даже слишком долго. Отметим, что процесс применения этого правила может быть довольно сложным на практике. Некоторые штаты США фактически отменили правило против бессрочности: Аляска, Айдахо, Нью-Джерси и т. п.;

2) ограничение относительно трастов, созданных для специальной цели, целевых трастов (*purpose*

*trust*). Особенностью этих трастов является отсутствие определенных бенефициаров, трасты создаются для реализации конкретной цели. Возможность существования таких трастов в Англии отрицается за некоторыми исключениями – например, благотворительные трасты (*charitable trusts*) разрешены. Основанием для такого ограничения является применение одного из базовых принципов права справедливости: это право не признает отсутствия выгодополучателей (бенефициаров) (*equity abhors a beneficial vacuum*). Права на имущество, основанные на праве справедливости (*beneficiary's interest*), связаны с лицом (*jus in personam*) и не являются абсолютными вещевыми правами (*jus in rem*). Вследствие чего без лица нет и права – некому требовать от управляющего соблюдения этого права. Для того чтобы, с одной стороны, избежать отсутствия уполномоченного лица, а с другой – расширить возможности применения целевых трастов, особенно без признаков благотворительности (*non-charitable purpose trusts*), в некоторых юрисдикциях (Делавер, Нью-Хэмпшир, Южная Дакота, Вайоминг) предоставлены полномочия суду назначать уполномоченное лицо и/или введен институт защитника (*protector*) или исполнителя (*enforcer*);

3) ограничение влияния на управляющего во время управления трастом. Роль управляющего во всем механизме траста, особенно если рассматривать традиционные трастовые юрисдикции, является определяющей. В Англии управляющий имеет право назначать свою замену и это право неотъемлемо, на него не может повлиять ни бенефициар, ни установщик траста. Бенефициары не могут отстранить управляющего. Хотя вместе совершеннолетние бенефициары и могут прекратить траст (*Saunders v Vautier (1841) EWHC Ch J82*). И в Англии, и в США использование траста для налоговой оптимизации, защиты активов и т. п. зависит от соблюдения специальных требований. Так, управляющий должен иметь достаточно высокий уровень независимости своих действий и решений.

**В качестве примера опишем трудности при использовании письма пожеланий (*letter of wishes*) в трастовых отношениях.** Письмо пожеланий – это инструмент, который использует установщик траста и который содержит его указания или пожелания относительно того, как управляющему использовать свои дискреционные полномочия. Проблема в том, что если это письмо будет содержать обязательные указания (например куда инвестировать трастовые средства), то такой траст будет считаться трастом под контролем установщика, что приводит к негативным налоговым последствиям и последствиям, связанным с требованиями кредиторов. С другой стороны, письмо пожеланий может устанавливать только моральную обязанность, более полно раскрывая цель установления траста. В результате негативных последствий не должно быть. Безусловно, в этой проблематике тяжело ориентироваться без надлежащего знания прецедентного права.

Другой пример – это использование преимуществ уже упомянутого выше института защитника в тех юрисдикциях, где этот институт предусмотрен. Защитник является лицом с полномочиями влиять на действия управляющего: устранение и назначение управляющих, проверка правильности администрирования траста; утверждение счетов, назначение аудиторов; согласование вознаграждения управляющих и т. п. Однако и в этом случае предоставления слишком большого количества полномочий защитнику может привести к риску непризнания траста как такового и невозможности пользоваться его преимуществами. Кроме того, нет уверенности, что защитник выполняет именно фидуциарные обязанности, что снижает предсказуемость в вопросах привлечения его к ответственности.

Упомянутые выше обстоятельства могут свидетельствовать о наличии мнимого траста (*sham trust*). В Англии более чувствительно, чем в США, реагируют на ситуации, когда лицо, названное управляющим траста, фактически исполняет обязанности агента установщика (например когда управляющий лишен любой ответственности);

4) ограничение относительно права, которое применяется. Вопросу определения права, которое применяется к отношениям траста, следует уделять особое внимание, поскольку возможности выбора права при создании траста могут быть очень ограниченными. Проще с определением примененного права, если трастовое имущество является недвижимостью. Оно определяется по местонахождению имущества. Относительно движимого трастового имущества существуют отличия в США и Англии. В

США преобладает подход, согласно которому примененное право определяется по месту жительства или местонахождению (домицилий) управляющего траста. С другой стороны, в Англии преобладающее значение имеет место администрирования траста; особые трудности возникали относительно британских корпоративных управляющих с сетью офисов в разных юрисдикциях. Вообще определения примененного права в многоуровневых и многоюрисдикционных схемах, в которых используются инструменты траста, нельзя недооценивать. Характеристики траста, его действительность должны дополнительно проверяться с точки зрения правовых систем, суды или административные органы которых потенциально могут толковать статус траста (например когда траст покупает акции компании или недвижимость из другой юрисдикции). Для минимизации этих рисков иногда применяют схемы "траст владеет компанией" в пределах одной юрисдикции, и уже компания осуществляет трансграничные трансакции.

**Далее приведем короткий обзор преимуществ некоторых юрисдикций существования траста по сравнению с традиционными юрисдикциями.**

Юрисдикции Карибского региона (в основном Багамские, Бермудские, Виргинские и Каймановы острова) отличаются наиболее либеральным законодательством, регулирующим трасты. Возможность существования разных целевых трастов (особенно это важно касаясь трастов без цели благотворительности), отсутствие жестких правил против бессрочности и необходимости в бенефициарах, что позволяет использовать схемы с "компаниями-сиротами" (*orphan companies*): особенно в вопросах секьюритизации и избежания регуляторных ограничений, эти и другие преимущества карибских трастов привлекают собственников активов и бизнеса из других юрисдикций. Однако главным преимуществом трастов этого региона является больший опосредствованный контроль над трастом со стороны его установщика. Происходит некоторое перераспределение влияния на траст от бенефициаров до установщика.



**Среди законодательного обеспечения деятельности трастов в этих юрисдикциях можно выделить закон Каймановых островов, *Special Trusts (Alternative Regime) Law 1997* или *STAR Trust 1997*, закон Виргинских островов, *Virgin Islands Special Trusts Act 2003* или *VISTA Trust 2003*.**

Кипр является еще одной юрисдикцией, которая может предложить собственникам активов или бизнеса эффективные трастовые инструменты. В последнее время законодательство Кипра относительно трастов ощутимо либерализуется. Вообще тенденции этой либерализации напоминают путь в фарватере Карибских юрисдикций. Так, реформы марта 2012 года на Кипре характеризовались внесением существенных изменений в трастовое законодательство. Соответствующие изменения, *International Trusts (Amending) Law of 2012*, были внесены в один из основных законов Кипра, регулирующих трасты (*Cyprus International Trusts Law 1992*). Расширение полномочий установщика, расширение его роли, отмена ограничений относительно срока действия траста, более лояльный подход к целевым трастам, введение института защитника с полномочиями назначения управляющего траста и т. п. очень напоминают образцы регулирования траста в Карибском регионе.

Тезис о том, что трасты являются эффективным инструментом для инвесторов при построении международной структуры активов, не вызывает сомнений. Также несомненным является то, что трасты, особенно если они связаны с несколькими юрисдикциями, – это инструмент, который требует тщательного планирования и анализа всех рисков с помощью опытных местных консультантов.

**Дмитрий Симанов,  
советник, руководитель инвестиционной  
и антимонопольной практик  
ЮФ "Cai & Lenard"**



© ТОВ «Інформаційно-аналітичний центр «ЛІГА», 2015.

© ТОВ «ЛІГА ЗАКОН», 2015.

© ООО "Информационно-аналитический центр "ЛИГА", 2015  
© ООО "ЛИГА ЗАКОН", 2015

