

## Трасты для защиты активов и передачи по наследству

© Nexus Ltd – Цымбал Анатолий  
Доклад на конференции «Защита активов – 2006»

### 1 Что такое защита активов?

Защита активов (Assets Protection), это комплекс законных действий, направленный на создание условий, при которых они становятся недостижимыми для внешних посягательств, будь то государство, кредиторы, нежелательные родственники или прочие претенденты.

Эта защита строится таким образом, чтобы любые судебные разбирательства заканчивались сохранением этих активов под контролем, не вступая в противоречие с законами того или иного государства.

Внешние условия, определяющие защищенность активов от посягательств:

- Политическая ситуация;
- Законодательство, регулирующее статус активов;
- Методы противодействия защите активов;
- Методы розыска и экспроприации активов, и пр.

Поскольку внешние условия со временем изменяются, методы защиты активов тоже эволюционируют.

### 2 Методы защиты активов

Их можно разделить на две больших группы:

#### 1. Методы утаивания (Security by obscurity)

Основные характеристики:

- просто,
- дешево,
- понятно,
- ненадежно.

Пример: Передача активов офшорной компании с акциями на предъявителя.

#### 2. Методы легального дистанцирования (Security by divesting)

Основные характеристики:

- сложно,
- дорого,
- непонятно,
- надежно.

Пример: Передача активов трасту или частному фонду.

### 3 Эволюция методов защиты активов

За последние 15 лет в офшорном бизнесе произошли огромные изменения. Еще недавно самым популярным инструментом налогового планирования и защиты активов была компания международного бизнеса с акциями на предъявителя или американская LLC со счетом в прибалтийском банке. Но несколько лет тому ситуация стала быстро меняться.

В результате воздействия нескольких факторов инструменты налогового планирования и защиты активов стали все более усложняться. Вот эти факторы:

- Совершенствуется законодательная база, направленная на борьбу с налоговой минимизацией. Расширяется понятие «отмывание денег». Многие традиционные методы защиты активов становятся незаконными;
- Создается все больше специализированных структур, основная задача которых борьба с уклонением от налогов и розыск активов;
- Расширяется международное сотрудничество в области обмена финансовой и налоговой информацией;
- Борьба с терроризмом разрушает старые представления о конфиденциальности и банковской тайне.

В результате использование незаконных или сомнительных методов защиты активов становится опасным.

Очень скоро в Украине мы будем иметь стандартную для развитых стран ситуацию, когда прежде, чем создавать схему минимизации налогов или защиты активов, ее в деталях обсуждают с налоговой службой, получают заключение о ее легальности и только затем реализуют.

В этих условиях специалисты по защите активов все чаще обращаются к давно известному, проверенному столетиями механизму траста, который славится своей гибкостью и эффективностью. Давайте разберемся, что же такое траст и как он работает.

#### **4 Кому может быть нужен траст для защиты активов**

Траст может быть полезен любому человеку со сколько-нибудь значительными активами. Минимум я бы определил как несколько сотен тысяч долларов. Ограничение это чисто экономическое.

Расходы по созданию и содержанию траста под управлением профессионалов это несколько тысяч долларов в год.

Часть активов, переданных трасту, может оказаться спасительным кругом, когда корабль основного бизнеса тонет, активы в стране проживания арестованы, а против вас возбуждено уголовное дело.

Поскольку трасты могут успешно решать несколько задач одновременно, траст, созданный с главной целью защиты активов отлично подойдет для распределения их по наследству.

Трасты также отлично зарекомендовали себя в благотворительной деятельности.

#### **5 Исторические корни траста**

Его родина Британия, а его исторические корни уходят в эпоху крестовых походов. Многие из крестоносцев были крупными землевладельцами. Отправляясь отвоевывать гроб Господень, они передавали свои земли в собственность управляющим, но с условием, что выгоду от использования будут получать их родственники. По общему праву управляющий становился полноправным собственником земли, но по праву справедливости вся выгода должна была принадлежать родственникам учредителя.

Несколько слов о праве справедливости (Equity).

Право справедливости, это правовая система, действовавшая в Англии с 14 в. параллельно с системой т. н. общего права. Право справедливости возникло в результате деятельности Канцлерского суда (Chancery).

Поскольку этот суд не был связан нормами общего права, считалось, что он руководствуется принципами справедливости (отсюда название «суд справедливости»). В ходе деятельности Канцлерского суда сложились особые нормы, основанные на прецедентах, совокупность которых и образовала Право справедливости.

Наиболее широкие полномочия суд справедливости имел в области гражданских правоотношений, т.к. громоздкая, формализованная система общего права не поспевала за потребностями экономического развития. В Праве справедливости сложились многие специфические институты англо- саксонского права, в том числе и доверительная собственность (Институт Треста).

Одновременное существование общего права и права справедливости усложняло и без того громоздкую и запутанную систему английского права и в 1873 право справедливости было включено в систему общего права. Однако правовые институты, сложившиеся в праве справедливости, продолжают существовать, и они по-прежнему регулируются принципами права справедливости.

## **6 Два вида трастов**

Трасты можно разделить на два вида:

- Бенефициарный. Траст, в котором явным образом указаны бенефициары или ограниченный класс бенефициаров.
- Целевой траст. Траст, созданный для достижения некоторой цели. Их может быть два подвида: благотворительный и неблаготворительный или частный. Для целей защиты активов интерес представляет его вторая разновидность, и далее речь будет идти о ней.

### **6.1 Бенефициарный траст**

#### **6.1.1 Стороны траста и их взаимодействие**

Прежде всего, траст - это человеческие отношения. Они могут быть выражены как в письменной, так и в устной форме. Оффшорные трасты для защиты активов, как правило, имеют письменную форму.

Для целей налогового планирования и защиты активов интерес представляет т.н. явный траст (Express Trust). Далее, используя термин Траст, я буду иметь в виду именно явный траст.

Возникновение и существование траста это два последовательных этапа, на которых возникают отношения между тремя сторонами:

- Учредитель (Settlor),
- Доверительный собственник (Trustee),
- Бенефициар (Beneficiary).

Траст возникает с момента, когда учредитель передает принадлежащие ему активы другому лицу - доверительному собственнику.

Доверительный собственник обязуется управлять этими активами либо в пользу третьего лица – бенефициара, либо для достижения определенной цели (в целевом трасте).

При возникновении траста происходит расщепление собственности. Легальное право собственности передается доверительному собственнику, а право получать доход, т.н. бенефициарный интерес передается бенефициару. Это расщепление является главным камнем преткновения для понимания траста, поскольку в нашем законодательстве такое расщепление не допускается.

Учредитель может назначить в качестве бенефициара и самого себя. Учредитель также может становиться доверительным собственником.

Важно отметить, что после возникновения траста учредитель более не является одной из его сторон и участия в функционировании траста не принимает.

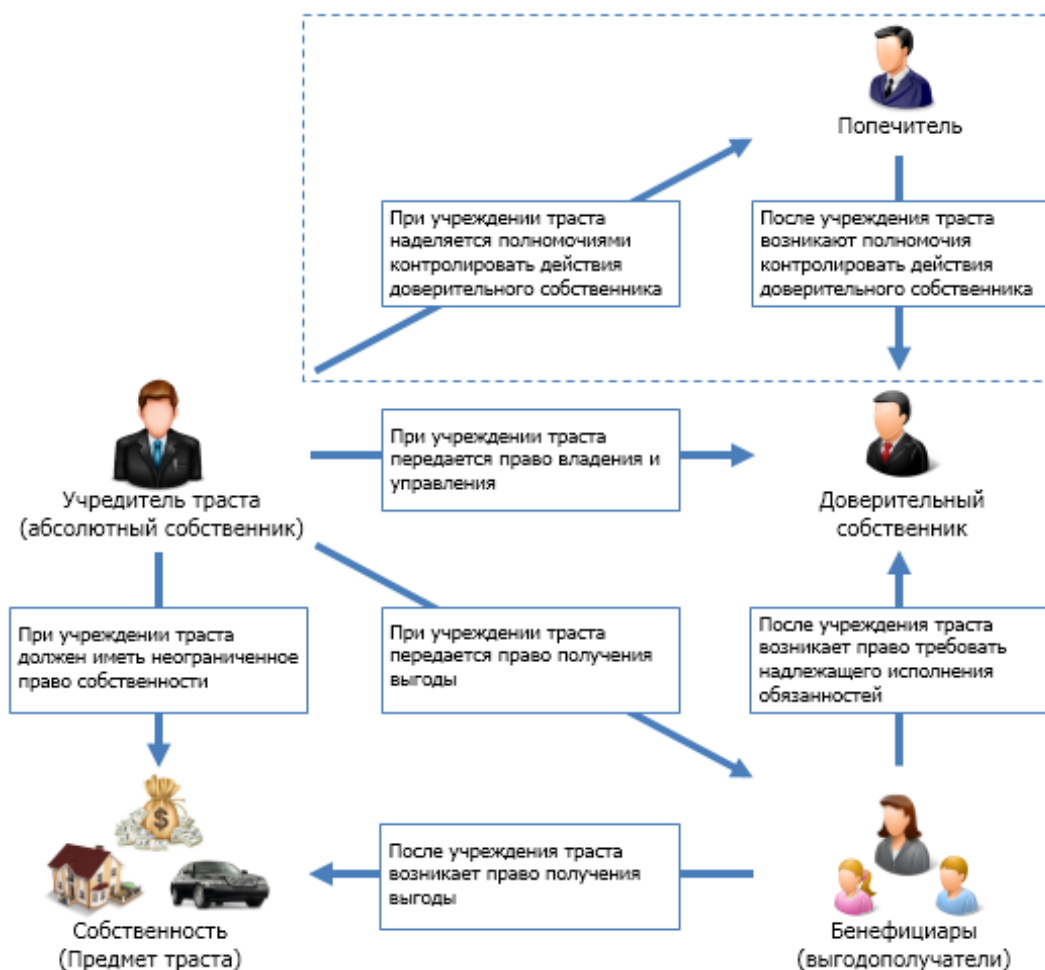
Траст не является юридическим лицом и для его существования регистрация не обязательна. Эта особенность траста тоже повод для недоразумений. Ошибки допускают даже очень опытные юристы, которые выросли в условиях континентального права.

В соответствии с условиями трастового соглашения бенефициар имеет право получать от активов траста доход, а также при выполнении некоторых условий частично или полностью сами активы. Бенефициар имеет право в судебном порядке требовать от доверительного собственника надлежащего исполнения условий траста.

Дополнительно в трастовом соглашении может указываться Попечитель. Изначально эта должность появилась в оффшорах, но затем она перекочевала в традиционные трастовые юрисдикции.

Попечитель имеет право ограничивать некоторые действия доверительного собственника и заменять одного доверительного собственника другим.

Взаимодействие сторон траста иллюстрирует схема.



### **6.1.2 Три определенности**

Для возникновения трастовых отношений требуется наличие некоторых условий. Главные из них, это т.н. три определенности:

#### **I - Определенность намерений**

Учредитель траста должен явным и необратимым образом передать предмет траста во владение доверительному собственнику. Именно определенность и безоговорочность намерений является ключевым критерием существования законного траста и именно на попытках ее оспорить основаны наиболее частые атаки на трасты.

Тут следует вскользь упомянуть, что существуют т.н. отзывные трасты, позволяющие учредителю расторгнуть отношения доверительной собственности и вернуть активы траста себе. Для защиты активов эти трасты совершенно бесполезны, поскольку доказать их фиктивность труда не составляет. Далее мы будем рассматриваться только безотзывные трасты.

Итак, передав собственность в траст, учредитель теряет над ней какой бы то ни было контроль. Он даже не имеет права подать на доверительного собственника в суд, если тот исполняет свои обязанности ненадлежащим образом. Такое право есть только у бенефициара.

Это означает, что собственность, которую учредитель, возможно, накапливал годами, в одночасье перейдет кому-то другому и вернуть назад ее уже будет невозможно. Вы представляете, насколько это может быть трудно! На какие только уловки не идут учредители, чтобы оставить за собой право контроля!

Но тут их поджидают неприятности. Если противнику удастся доказать, что учредитель создал только видимость необратимой передачи активов в доверительную собственность, оставив за собой возможность их контролировать, траст будет признан фиктивным, а активы по прежнему будут считаться собственностью учредителя.

Юристы все же придумали несколько механизмов непрямого контроля, которые мы рассмотрим позже. Использовать их следует с большой осторожностью.

## **II - Определенность предмета траста**

Собственность, передаваемая в траст, должна быть отделена от других активов учредителя. Если это деньги, то они должны быть перечислены на отдельный счет под управлением доверительного собственника. Если это ценные бумаги, то они должны быть оформлены на имя доверительного собственника или вручены ему, если это бумаги на предъявителя.

Здесь также следует добавить, что формальности передачи права собственности доверительному собственнику тоже должны быть соблюдены, иначе траст может быть признан несостоявшимся.

У учредителя траста должно быть право отчуждать принадлежащие ему активы.

Какие это могут быть активы:

- денежные средства,
- ценные бумаги,
- корпоративные права, доли в товариществах,
- движимое имущество,
- недвижимость.

Если у траста более одного бенефициара, для каждого из бенефициаров должна быть установлена определенная доля активов траста. Это условие не обязательно для т.н. дискреционного траста, в котором доверительным собственникам предоставлено право самим определять, какую долю активов траста получит каждый из бенефициаров.

## **III - Определенность бенефициара**

Эта определенность базируется на принципе личной ответственности доверительного собственника перед бенефициаром. Т.е. в трасте должно быть лицо, обладающее полномочиями обратиться в суд с требованием принудить доверительного собственника к надлежащему исполнению своих обязанностей. Без такого лица траст существовать не может.

Исключением являются целевые благотворительные трасты, где таким лицом является Генеральный прокурор.

Принцип определенности бенефициара допускает определение бенефициаров траста не поименно, а в виде некоторого общего класса лиц. Например, это могут быть дети, члены семьи, родители, сотрудники фирмы и пр. Главное, чтобы из описания класса бенефициаров в трастовой декларации доверительный собственник мог точно определить

их круг. Если описание класса бенефициаров слишком расплывчато, траст может быть признан фиктивным.

Жесткие требования к определенности бенефициара характерны для ортодоксальных оншорных юрисдикций, например Британии. Оффшорные юрисдикции требования к определенности бенефициара существенно модифицировали. Но об этом мы поговорим позже, когда будем рассматривать оффшорные трасты и их разновидность - трасты для защиты активов.

### **6.1.3 Статус активов траста**

Активы траста имеют совершенно особый статус, благодаря которому посторонним получить к ним доступ очень непросто. Именно благодаря их особому статусу траст эффективен, как механизм защиты активов.

*Во-первых*, с момента создания траста они более не являются собственностью учредителя, и если их передача не имела своей целью обмануть кредиторов, то на них не могут обращаться взыскания связанные с долгами учредителя траста.

*Во-вторых*, они отделены от активов доверительного собственника и на них не могут обращаться взыскания, связанные с его долгами.

*В-третьих*, хотя бенефициар имеет право получать доходы от активов траста, он не может ими распорядиться, т. е. отобрать их у бенефициара очень сложно.

Наибольшая защищенность достигается в отношении активов, которые расположены за пределами юрисдикции, в которой возникла угроза.

Понятно, что активы, которые находятся на территории государства, из которого исходит угроза, они защищены гораздо меньше, поскольку суды этой юрисдикции могут принимать решения о судьбе этих активов, не особенно вдаваясь в тонкости их юридического статуса и игнорируя постановление судов других юрисдикций. Это возможно исходя из коллизионных норм и доктрины публичного порядка.

В отношении активов, которые не могут быть перемещены, можно предпринять дополнительные меры защиты (например, передача их в залог нерезиденту-кредитору).

### **6.1.4 Дискреционный траст**

Высокую степень защиты активов дают т.н. дискреционные трасты.

Это трасты, в официальных документах которых бенефициары определены не поименно, а как некий класс лиц и доверительные собственники имеют неограниченное право назначать из этого класса любых конкретных лиц и распределять между ними активы траста в любых пропорциях.

В таком трасте предъявить претензии к бенефициарам невозможно, поскольку они четко не определены.

## **6.2 Целевой траст**

Право справедливости требует, чтобы у траста был идентифицируемый бенефициар или некий ограниченный класс бенефициаров. Определенность бенефициара - одна из трех определенностей, обязательных для существования траста.

Однако в процессе исторического развития института траста оказалось, что иногда учредитель хотел бы завещать свои средства или их часть на развитие искусства, поддержания исторических памятников, ухода за животными и пр.

Для узкого круга таких благотворительных целей в трастовом праве были сделаны некоторые исключения. Основанием для этих исключений стало утверждение, что функцию судебной защиты может исполнять Генеральный Атторней (прокурор).

В законодательстве ортодоксальных трастовых юрисдикций ограничения на использование целевых трастов сохранились и по сей день.

Оффшорные юрисдикции стали развивать целевые трасты в совершенно ином направлении - как инструмент защиты активов.

## **7 Оффшорный траст как инструмент защиты активов**

До сих пор мы обсуждали общие характеристики траста. С некоторыми оговорками они применимы ко всем странам, в юридических системах которых есть институт траста. Теперь обратимся к его разновидности - оффшорному трасту. Иногда его называют "международный траст".

Оффшорным называется траст, на его возникновение и функционирование которого влияют законодательные системы нескольких юрисдикций. Например:

Учредитель (резидент юрисдикции А) учреждает траст, который регулируется законодательством юрисдикции Б.

Траст, который регулируется законодательством юрисдикции А, владеет собственностью на территории юрисдикции Б.

Траст, регулируемый законодательством юрисдикции А, имеет бенефициаров, которые проживают на территории юрисдикции Б.

Наиболее значительное отличие оффшорных трастов от традиционных состоит в том, что в оффшорных юрисдикциях трасты преимущественно регулируются не массой прецедентов и древними нормами права справедливости, а кодифицированным законодательством.

Используя законодательное регулирование, оффшорные юрисдикции постарались адаптировать траст к потребностям современного международного бизнеса.

У оффшорного траста появились свойства, которых не было у его традиционного предшественника:

Специальные меры защиты активов от кредиторов и нежелательных наследников по закону,

Возможность существования трастов с очень широко очерченным классом бенефициаров или вовсе без бенефициара,

Появились дополнительные участники траста для ограничения полномочий доверительных собственников (Попечитель или контроллер).

### **7.1 Функции оффшорного траста**

Основные функции:

Минимизация налогов

Защита активов

Передача активов по наследству.

Несмотря на распространенное мнение, что оффшорные трасты создаются для уклонения от налогов, в действительности их основное применение - защита активов.



Далее я буду рассматривать только эту функцию.

## **7.2 Траст для защиты активов**

Впервые специальные трасты для защиты активов появились в законодательстве о-вов Кука в 1989 г. С тех пор такое законодательство приняли еще 15 юрисдикций.

Особенности траста для защиты активов:

Обычно такой траст создается в юрисдикции, где принято специальное законодательство о трастах для защиты активов. Главная их задача - обслуживать потребности нерезидентов.

Предусмотрен институт Попечителя. Нередко учредитель назначает попечителем себя. Такая схема тоже уязвима, поэтому появилась тенденция назначать на эту должность доверенных профессиональных консультантов.

Очень часто такие трасты имеют форму дискреционного траста. Т.е. бенефициары в трастовом договоре определены как некоторый общий класс лиц. Дискреционный траст позволяет защитить бенефициаров от попыток судов вменить им в собственность долю активов траста, которая им полагается в соответствии с трастовым договором.

В документах траста обычно присутствуют специальные оговорки, запрещающие доверительным собственникам распределять активы бенефициарам, которые находятся под давлением или их кредиторам.

Прямой запрет на отчуждение права бенефициара на долю в активах траста. Например, в трастовом договоре может прямо указываться, что кредиторы бенефициара не могут претендовать на его долю в активах траста в покрытие его долга.

## **7.3 Характерные особенности законодательства о трастах для защиты активов**

### **7.3.1 Непризнание решений иностранных судов**

Оффшорные юрисдикции в своем законодательстве пытаются оградить трасты от вмешательства судов других юрисдикций. Законодательство всех благоприятных юрисдикций предусматривает, что судебные разбирательства в отношении траста должны происходить исключительно в юрисдикции, определяющей деятельность траста.

Заметьте, я не говорю "юрисдикции, в которой траст был создан", поскольку многие оффшорные трастовые юрисдикции допускают миграцию трастов, т.н. Кубинская поправка.

Желание оффшорных юрисдикций понятно, но вопрос выбора права, в рамках которого будет решаться тот или иной спорный вопрос траста не всегда однозначен и решается исходя из обстоятельств конкретного дела.

Существенное влияние на судебные разбирательства с участием т.н. иностранного элемента имеют коллизионные нормы. Это нормы, которые определяют законодательство, какого государства применимо к тем или иным сделкам.

Основные украинские коллизионные нормы приведены в Законе "О международном частном праве".

### **7.3.2 Отмена правила против вечных распоряжений**

В традиционных оншорных юрисдикциях сроки существования трастов ограничены. За исключением благотворительного траста трасты не могут существовать вечно.

Это правило служило основанием для многих атак на трасты и оффшорные юрисдикции его изменили. В некоторых странах продолжительность траста увеличили до 100 и более лет, а в некоторых временные ограничения отменили вовсе.

### **7.3.3 Сужение понятия мошеннической передача активов в траст**

Все оффшорные юрисдикции признают доктрину мошеннической передачи активов с целью обмана кредиторов. Однако они постарались значительно сузить и конкретизировать область ее применения.

Претензии принимаются только от существующих кредиторов. Т.е. если долговое обязательство возникло после создания траста, претензии не рассматриваются.

Обязанность доказывать наличие умысла перекладывается на кредитора.

Срок, в течение которого принимаются претензии кредиторов, ограничен.

Претензии наследников по закону не принимаются.

### **7.3.4 Запрет вознаграждения по результату для адвокатов**

Ряд юрисдикций запретили адвокатам получать вознаграждение в виде процента от суммы, выигранной претензии. Таким образом, у адвоката уменьшается мотивация, во что бы то ни стало выиграть дело.

### **7.3.5 Требование внести залог на всю стоимость судебных издержек и издержек ответчика**

Это условие может оказаться непреодолимым барьером для многих желающих добраться до активов траста.

## **7.4 Целевой траст**

Целевой неблаготворительный траст - одно из наиболее революционных изобретений оффшорной индустрии. Его основное применение - защита активов.

Определение: Это траст, созданный для конкретных, разумных, выполнимых целей, которые не противоречат нормам публичного порядка.

Важное отличие оффшорного целевого траста от своего оншорного родственника в том, что цели могут быть и неблаготворительными.

Использование целевых трастов для защиты активов в основном сводится к владению корпоративными правами компаний.

Примеры использования:

1. Владение акциями компании.
2. Организация схем финансирования. Например, корпоративные права на дочернюю компанию можно передать целевому трасту на то время, пока не выплачена ссуда по кредиту. Так обеспечивается большая защищенность кредитора.
3. Защита активов группы компаний. Целевой траст позволяет отделить одно или несколько дочерних предприятий и таким образом избавить их от рисков группы в целом.
4. Владение акциями частной трастовой компании

## **8 Методы непрямого контроля активов траста**

Конечно, учредителя может возмущать необходимость отказаться от контроля над своей собственностью, но одновременно ее контролировать и не контролировать невозможно, поэтому тут необходим разумный компромисс.

Допустим, учредитель решается передать активы дискреционному трасту под управлением профессиональных доверительных собственников.

Какие у него могут быть механизмы непрямого контроля активов траста?

### **8.1 Письмо-волеизъявление**

Это письмо, в котором учредитель рекомендует доверительным собственникам кого им следует назначить бенефициарами, и в каких пропорциях распределить между ними активы траста. Учредитель также может указать, чьи пожелания он рекомендует доверительным собственникам выполнять после его смерти.

Хотя это письмо не является обязательным, можете быть уверены, что профессиональные доверительные собственники его обязательно исполнят. Их порядочность - основа оффшорного трастового бизнеса.

Снизить риски, присущие этому методу можно, назначив нескольких доверительных собственников.

Ограничить свободу доверительных собственников можно, более конкретно определяя класс бенефициаров в трастовом договоре.

Этот механизм контроля применим, если учредитель полностью доверяет доверительным собственникам.

### **8.2 Попечитель / Контроллер**

Законодатели в оффшорных юрисдикциях понимают, что услуги доверительного управления предоставляют профессиональные компании, обслуживающие многих клиентов. Их клиенты живут в других странах и особых причин доверять друг другу, нет. Поэтому в трастовом законодательстве предусмотрены более непосредственные механизмы контроля. Один из них, это институт Попечителя. В целевом трасте эта должность называется Контроллер (Enforcer).

По закону попечителю могут предоставляться обширные полномочия контролировать действия доверительных собственников.

Напрашивается очевидная мысль. Давайте назначим учредителя попечителем, и все останутся довольны. Но здесь следует соблюдать умеренность. Например, если полномочия у попечителя будут слишком большие, возникнет риск, что у него могут потребовать репатриировать активы или передать их кредиторам.

Чтобы такой риск уменьшить, в качестве попечителя можно назначить нерезидента. Если доверенного нерезидента нет, учредитель назначает попечителем себя, но полномочия попечителя ограничивает только правом вето в отношении некоторых важных действий доверительных собственников. Кроме того, у попечителя может быть право менять доверительных собственников, а это вполне достаточная защита от их нежелательных действий.

Попечителей может быть несколько. Можно создать целый комитет попечителей. Попечителем может быть и специальная компания, которую контролирует учредитель траста или члены его семьи.

### **8.3 Частная трастовая компания**

Это компания, имеющая полномочия действовать как доверительный собственник траста, но не предоставляющая такие услуги широкой публике. Во многих юрисдикциях такие компании не лицензируются.

Такой механизм контроля более понятен для учредителей трастов из юрисдикций континентального права, как мы с вами. Кроме того, он может оказаться и более экономичным, поскольку профессиональные доверительные собственники нередко требуют оплаты в виде процента от стоимости активов в управлении.

Учредитель или члены семьи могут быть владельцами такой компании, а ее директора могут быть номинальными.

В такой схеме есть и свои риски. Если компанию признают собственностью учредителя, то это может повлечь такие же последствия, как если бы он был доверительным собственником траста. Эту проблему можно решить, передав ее акции целевому трасту.

Методы контроля, доступные учредителю, имеют свои ограничения. Хотя правильное конструирование траста не позволит доверительному собственнику поступить с активами траста, как ему заблагорассудится, учредитель не должен относиться к этим активам, как к своим собственным. Такое отношение – прямой путь к проблемам.

## **9 Проблемы трастов для защиты активов**

### **9.1 Фиктивный траст**

Наиболее частые атаки на трасты для защиты активов связаны с попытками признать их фиктивным или притворным.

Суть траста – безотзывная передача активов доверительным собственникам. Причем передача должна произойти не только формально, но и, по сути. В противном случае траст может быть признан фиктивным.

Правильный трастовый договор, отражающий явное намерение учредителя передать активы доверительному собственнику, это необходимое, но не достаточное условие существования траста. Достаточное условие, это отсутствие контроля со стороны учредителя над деятельностью доверительного собственника.

Признаки, по которым траст может быть признан фиктивным:

- Высокая степень контроля со стороны учредителя;
- Учредитель и бенефициар одно и то же лицо;
- Учредитель может увольнять и назначать доверительных собственников;
- Учредитель назначается попечителем траста;
- Цель траста исключительно уклонение от налогов;
- Цель траста – обман кредиторов;
- Передача трасту всей или большей части собственности учредителя;
- Траст является отзывным.

### **9.2 Обман кредиторов**

Во всех странах существуют законы, запрещающие отчуждение активов с целью обмана кредиторов. В Великобритании и других странах с британским типом права в основе этих

законов лежит Статут Елизаветы 1571 г. Эти законы направлены на непризнание сделок, единственная или главная цель, которых сделать активы недоступными для кредиторов.

Статут Елизаветы предоставил кредиторам обширные возможности требовать возврат активов, переданных в траст. Последующие столетия эти возможности только расширили.

Такое расширение, например, выражается в признании прав будущих кредиторов на активы, которые были переданы трасту, до того, как у должника возникли обязательства.

В оффшорных юрисдикциях тенденция иная. Там законодатели стараются возможности кредиторов ограничить. Большинство оффшорных юрисдикций не признают требования, которые возникли после передачи активов в траст.

Конечно, явная попытка спасти активы, если процедура банкротства уже началась, провалится и в любом оффшоре. Поэтому, планировать защиту нужно заранее.

Вот некоторые характерные ситуации, которые суды рассматривают как возможные признаки мошеннических намерений учредителя:

1. Против учредителя уже возбуждено дело о банкротстве.
2. Учредитель траста и бенефициар одно лицо и при этом в трастовом документе присутствует оговорка, предусматривающая гарантии против расточительности бенефициара.
3. Тайная и поспешная передача активов в траст.
4. Учредитель передает трасту все или очень значительную часть своих активов. Особенно если он после такой передачи становится банкротом.

### **9.3 Обязательное наследование по закону**

Некоторые категории наследников имеют право на обязательную долю в наследстве. В Гражданском кодексе Украины это несовершеннолетние дети, совершеннолетние нетрудоспособные дети, нетрудоспособные супруги и родители. Им в обязательном порядке причитается половина доли наследства, которая бы причиталась им по закону. Учредитель траста может не хотеть, чтобы часть его активов перешла к кому-то из этой категории лиц. Оффшорные юрисдикции и здесь постарались пойти навстречу клиенту. Для этого в законах о трастах предусмотрены следующие положения:

- Учредителю предоставляется право передавать активы в траст, даже если это ему запрещают делать законы страны проживания.
- Законодательно закрепляется, что право, применимое к трасту это исключительно право оффшорной юрисдикции.
- Траст не может быть признан несостоявшимся, только потому, что в юрисдикции истца существуют нормы обязательного наследования по закону.
- Решения иностранных судов по делам обязательного наследования по закону не признаются.

### **9.4 Конфликт с доктриной публичного порядка**

Доктрина о публичном порядке - действующее в ряде стран правило, согласно которому иностранный закон, к которому отсылает коллизионная норма, может быть не применен и основанные на нем права могут быть не признаны судами или иными органами данного государства, если такое применение закона или признание права противоречило бы публичному порядку данного государства. Понятие публичного порядка отличается в судебной практике многих стран крайней неопределенностью.

Суды используют эту доктрину для ограничения, а иногда и полного отрицания иностранного права, и прежде всего права страны другой социально-экономической системы. Поэтому доктрина публичного порядка превратилась в один из типичных "каучуковых параграфов".

Избежать проблем такого рода можно, если не строить схемы слишком явно направленные на игнорирование законов страны проживания или страны, где находятся активы траста.

Например, многие оффшорные юрисдикции допускают, чтобы учредитель траста становился явным и единственным бенефициаром траста, доверительным собственником и попечителем одновременно.

Одно время такие трасты были очень популярны. Они все еще популярны у резидентов стран бывшего СССР, но из-за все более частых на них атак их число сокращается.

## **10 Выбор оффшорной юрисдикции для создания ТЗА**

Теоретически защита активов, это одна из функций любого траста.

В мире около 60 юрисдикций, которые наследовали британское право, являющееся основой трастов. Законодательство о трастах также приняли несколько юрисдикций гражданского права (Напр. Панама и Лихтенштейн).

Однако, если защита активов, это главный приоритет, то трасты в оффшорных юрисдикциях для этих целей подходят гораздо лучше.

Оффшорные юрисдикции тоже не похожи друг на друга. Приведу несколько простых критериев для выбора наиболее подходящей:

1. Законодательство юрисдикции не должно признавать постановлений иностранных судов в отношении активов, переданных трасту, который корректно создан в соответствии с ее законодательством. Исключения допускаются только в отношении активов, полученных в результате преступной деятельности или мошенничества.
2. Юрисдикция должна быть политически и экономически стабильной. Поэтому Нигерия и Зимбабве не подходят. Белиз, у которого законодательство о ТЗА пожалуй лучшее в мире, тоже вызывает сомнения из-за политического кризиса 2005 г. и угрожающе большого дефицита госбюджета.
3. Юрисдикция должна иметь простое и понятное определение понятия «мошеннической передачи активов». Претензии будущих неизвестных кредиторов рассматриваться не должны. Желательно, чтобы были ограничения по срокам подачи претензий в отношении активов траста.
4. Хотя трастов «имени самого себя» лучше избегать вовсе, иногда это бывает необходимо. В таких случаях нужно убедиться, что они легитимны в выбранной юрисдикции.
5. Обращайте внимание на допустимые сроки существования трастов. Во многих юрисдикциях они ограничены, хотя и очень большие. В некоторых юрисдикциях ограничений нет.
6. В юрисдикции не должно быть налогов на доходы траста, учрежденного нерезидентом, из источников за пределами юрисдикции.
7. Законодательство и трастовый договор должны допускать смену юрисдикции.

## Наиболее интересные юрисдикции для учреждения ТЗА:

О-ва Кука: Траксты для защиты активов. До 2004 г. существовал полный безусловный запрет на предоставление информации о трастах. Под давлением развитых стран его пришлось несколько смягчить. Информация предоставляется по решению местных судов, но традиции конфиденциальности остались.

Британские Виргинские о-ва: Целевые трасты (VISTA). Очень удобны для владения акциями торговых компаний. Основная направленность – ограничить функции доверительного собственника и предоставить больше полномочий директорам компании. Т.е. формально такая компания не принадлежит никому, и в то же время полностью контролируется директором.

Багамы: Траксты для защиты активов и целевые трасты. Кредиторская задолженность должна существовать на момент передачи активов в траст. Претензия должна быть подана не позднее 2 лет после передачи активов. Передача активов в траст может быть отменена только на сумму, признанного судом Багам требования кредитора. Траст не может быть признан фиктивным, если он отзывный или если учредитель стал бенефициаром.

Каймановы о-ва: Целевые трасты STAR.

## **11 Практические аспекты использования трастов для защиты активов в Украине и странах СНГ**

Есть две причины, по которым прямое использование трастов для защиты активов в Украине и других постсоветских государствах нежелательно и практически невозможно.

Во-первых у нас слово траст все еще прочно ассоциируется с МММ, Кий-трастом и прочими масштабными мошенничествами.

Во-вторых настоящие трасты чужды нашей системе законодательства. Загляните в наш Гражданский Кодекс и вы увидите, что у нас передача активов в доверительную собственность означает совсем не то, что имеется ввиду в рамках британского права.

Поэтому, чтобы избежать недоразумений и конфликтов, между активами и трастом желательно поместить промежуточную компанию.

Нередко активы, расположенные на территории Украины принадлежат украинским физическим или юридическим лицам. Чтобы повысить их защищенность их можно передать нерезиденту, который принадлежит трасту.

Здесь следует соблюдать очевидные предосторожности. Сделка по всем признакам должна соответствовать условиям сделки между несвязанными лицами. Иначе возрастает опасность признания ее фиктивной или притворной, а стало быть, ничтожной.

## **12 Подводя итоги**

Использование трастов украинскими предпринимателями только набирает обороты. К счастью, благодаря нашей некоторой отсталости в области законодательства, мы можем прогнозировать, что будет происходить в будущем, наблюдая тенденции в области защиты активов в более развитых странах.

Безусловно, тенденции, о которых я говорил в начале доклада, будут продолжаться и строить долгосрочную стратегию защиты активов следует с их учетом, т.е. отдавая предпочтение абсолютно легальным схемам защиты активов.

### **Литература:**

1. The International Trust, Jordans, Ed. John Glasson, 2002
2. Trusts and Related Tax Issues in Offshore Financial Law, Rose-Marie Antoine, Oxford University Press, 2005
3. Confidentiality in Offshore Financial Law, Rose-Marie Antoine, Oxford University Press, 2002
4. Purpose Trusts, Paul Baxendale-Walker, Butterworths, 1999
5. Trends in Contemporary Trust Law, A.J. Oakley, Oxford University Press, 1996
6. Willoughby's Misplaced Trust (2<sup>nd</sup> ed), James Wadham, Gostick Hall Publications, 2002
7. Trust & Trustees. World Trust Survey, Gostick Hall Publications, 2005.