

И.Ю. АРХАНГЕЛЬСКИЙ*

ОФШОРНЫЕ ТРАСТЫ И УПРАВЛЕНИЕ СОБСТВЕННОСТЬЮ В США

Использование офшорных трастов совместно с офшорными управляющими компаниями становится в США, как и в других странах, где есть состоятельные слои общества, всё более распространённым. Причин для использования таких трастов существует множество. С точки зрения граждан или резидентов США, а также лиц, находящихся под юрисдикцией иных стран с высоким уровнем налогообложения, трасты дают возможность налогового планирования и ухода от неоправданно высоких налогов, в частности на дарение и перевод собственности.

Другая важная причина заключается в желании многих обеспеченных людей самостоятельно решать, как сложится судьба их активов после смерти. В большинстве случаев даются специальные распоряжения относительно доходов для ближайших родственников – супругов, несовершеннолетних детей, лиц с ограниченными возможностями. Кроме того, нередко обеспеченные лица дают распоряжения в случае смерти о внесении благотворительных взносов и пожертвований на различные цели. Хотя завещание и может обеспечить исполнение многих желаний завещателя, траст с его юридически подтверждённым при жизни основателя переводом средств в распоряжение опекунов, с чётко определёнными целями и методами управления имуществом, достигает несравненно больших результатов. Создание траста решает проблему «принудительного наследования» (*forced heirship*), что особенно важно, когда имущество находится в странах континентальной Европы с действующим гражданским кодексом, в таких, как Япония, или в странах с действующими законами Шариата. На всех перечисленных территориях трасты не признаются законодательством, и речь может идти только о создании офшорного траста.

Ещё одна причина создания офшорного траста состоит в сохранении непрерывного процесса управления собственностью после смерти владельца. В США, если траст отсутствует, необходимо получать судебное решение о законности любого завещания и вступления в наследство, а если нет завещания, то необходимо решение о полномочиях на управление собственностью. Процесс получения подобного решения является типичным бюрократическим процессом и занимает много времени, влечёт за собой ощутимые материальные издержки и огласку. Если же собственник владел имуществом, находящимся в нескольких юрисдикциях, в каждой из юрисдикций наследникам необходимо пройти судебные слушания и получить решение суда. Если собственник оставил несколько завещаний – по каждому для каждой юрисдикции, то наследникам не придётся проходить слушания, но всё равно надо будет ждать реше-

* АРХАНГЕЛЬСКИЙ Иван Юрьевич – научный сотрудник ИСКРАН. Copyright © 2009.

ния местных судов и оформления дарственных. Все перечисленные проблемы отсутствуют у бенефициаров офшорного траста.

Одной из самых важных причин создания таких трастов является защита от кредиторов имущества основателя. Для граждан и резидентов Соединённых Штатов эта причина если не самая важная после налогового планирования, то вполне сопоставима по своему значению. Судебная система США, как будет показано ниже, в силу своей экстерриториальности учитывает любые формы собственности и предприятий своих граждан, в том числе собственность, находящуюся за пределами страны, к которой граждане даже не имеют прямого доступа. Подтверждением этому служат громкие судебные разбирательства последних лет, когда американские суды выносили решения о колоссальных штрафах в ходе так называемых процессов о преступной халатности (*negligence cases*). Некоторые же офшорные территории, в первую очередь острова Кука, в попытке привлечь инвесторов из США, столь переусердствовали, что приняли антикредиторское охранно-имущественное законодательство, подвергнувшееся критике во всём мире. В результате многие суды как в самих Соединённых Штатах, так и за их пределами, заведомо относят предприятия и структуры, созданные на островах Кука, к чисто мошенническим начинаниям.

Наряду с защитой от внешних кредиторов, офшорные трасты обеспечивают защиту от внутренних кредиторов, т.е. от бенефициаров или их наследников, стремящихся оспорить законность самого траста, получить доступ к его основным средствам и разделить их между собой, тем самым прекратив работу предприятий, созданных основателем траста. Сколь важными в подобной ситуации являются профессионально составленные уставные документы траста, показало судебное разбирательство, имевшее место в Королевском суде о. Джерси в 1991 г.¹, и подобное дело является далеко не единственным.

Есть множество других оснований для создания офшорных трастов, среди которых и стремление обеспечить непрерывность семейного бизнеса, и гибкость управления оставшимся после основателя делом в условиях меняющейся конъюнктуры мирового рынка и законодательства, и сохранение конфиденциальности в процессе владения имуществом.

Офшорные территории и офшорные компании

Существует множество офшорных юрисдикций, предлагающих регистрацию компаний на своей территории. На первый взгляд, остановиться на чём-либо конкретном бывает трудно даже профессиональному консультанту. Для инвесторов из США обычно предлагают юрисдикции, условно разделяемые на пять больших групп.

К первой можно отнести наиболее популярные у американских инвесторов юрисдикции Карибского бассейна. Регистрацию международных бизнес-компаний предлагают на Британских Виргинских островах, на Багамах, Барбадосе, Белизе, Сент-Китсе, Ангилье, Каймановых островах, островах Тёркс и Кайкос. Создание офшорных охранно-имущественных трастов разрешено на Белизе, что делает эту юрисдикцию предметом особого внимания со стороны

¹ *Abdel Rahman v. Chase Bank (C.I.) Trust Company Ltd and Five Others*. Royal CT 1991 JLR 108 и обзор: (<http://www.jerseylaw.je/Judgments/JerseyLawReports/display.aspx?Cases/JLR1991/JLR910103.htm>).

инвесторов из США². Самыми популярными у американских инвесторов являются, безусловно, Британские Виргинские острова. Стоит отметить, что и некоторые другие юрисдикции Карибского бассейна предлагают равные по качеству услуги с ещё более привлекательным местным законодательством. Здесь, однако, необходимо отметить некоторые существенные особенности международных бизнес-компаний. Прежде всего, юрисдикции, предлагающие регистрацию подобных компаний на своей территории, имеют, как правило, два отдельных блока законодательства – один для компаний, предполагающих осуществлять свои операции на местном уровне, а другой – для компаний, не планирующих вести какой бы то ни было бизнес или вообще вести какие-либо операции на местном уровне. Для первого случая от компаний требуется прозрачность и раскрытие всего спектра информации о предприятии. Для второго предполагается, что власти офшорной территории не интересуется, кто является бенефициаром международной бизнес-компании, каковы цели её создания и характер деятельности, поскольку такая компания не предпринимает никаких действий на данной территории. Обычным юристам на обычном предприятии это могло бы показаться невероятным и невозможным к применению, однако именно такая юридическая практика в отношении компаний существует на офшорных территориях Карибского бассейна. Другой вопрос: как долго эти территории смогут противостоять давлению со стороны их конкурентов и международных организаций, подобных созданной странами-участниками ОЭСР Международной группе финансовых действий по борьбе с отмыванием доходов (ФАТФ)?

Ко второй группе можно отнести довольно молодые юрисдикции, среди которых острова Кука, Западное Самоа, Вануату, Лабуан, Невис и Маврикий. По этим юрисдикциям ещё не сложилось устойчивого мнения мирового бизнеса, за исключением островов Кука, власти которых проводят такую политику, на какую решаются пока лишь немногие офшорные территории. Так, острова Кука первыми приняли закон о правомочности создания охранно-имущественных трастов на своей территории³. Вскоре после этого закон об охранно-имущественных трастах был принят и на острове Невис⁴.

К третьей группе можно отнести европейские юрисдикции, такие как острова Джерси, Гернси и Олдерни, остров Мэн и Гибралтар. Данные юрисдикции не предлагают услуг, сравнимых с услугами территорий Карибского бассейна, Индийского или Тихого океанов. Европейская концепция офшорных зон, впервые выдвинутая на островах Джерси и Гернси, связана, главным образом, с налоговыми соображениями. Хотя концепция меняется от юрисдикции к юрисдикции, все европейские офшорные территории объединяет идея предложить клиенту компании с различными ставками налогообложения. В частности, на островах Олдерни и Гернси предлагается создавать международные компании, а ставку обложения налогом устанавливать путём переговоров с налоговым администратором о. Гернси (*Guernsey Tax Administrator*). Размер ставки колеблется от 0 до 30%. Ставка устанавливается сроком на пять лет. Компании, создаваемые на этих островах, используются по большей части для некоторых видов налогового планирования, связанного с действием международных налоговых соглашений и для ухода от законодательства о контроли-

² Belize Trusts Act of 1992 (<http://www.belize-law.org/lawadmin/PDF%20files/cap202.pdf>).

³ См. International Trusts Act 1984 (http://www.pacilii.org/ck/legis/num_act/ita1984271/).

⁴ См. Nevis International Exempt Trust Ordinance, 1994 (<http://www.nevisfinance.com/LawLibrary.cfm>).

руемых иностранных корпорациях, которое действует по месту нахождения материнских компаний. Существуют и некоторые другие сферы применения европейских офшорных компаний, например, в качестве кэптивных страховых компаний (*captive insurance*), офшорных хранилищ и т.п.

Европейские офшорные юрисдикции с марта 2009 г. более активно сотрудничают со странами континентальной Европы в области обмена налоговой информацией⁵.

К четвёртой группе можно отнести юрисдикции, удобные для регистрации специализированных компаний, таких как страховые, авиационные и судоходные. В категории юрисдикций для создания страховых компаний до недавнего времени по темпам роста кэптивных страховых компаний лидировал европейский о. Гернси. За ним следовали о. Мэн, Бермудские острова, Ирландия. К наиболее востребованным офшорным юрисдикциям для регистрации авиационного и морского транспорта относятся Бермудские острова, Либерия, Панама, острова Мэн, Джерси и Гернси.

К пятой группе можно отнести офшорные юрисдикции, предлагающие создание на своей территории компаний с ответственностью участников в гарантированных ими пределах (*guarantee companies*), а также гибридных компаний. Подобные фирмы создаются для налогового планирования и в качестве альтернативы офшорным трастам. К таким юрисдикциям относятся о. Мэн, большинство юрисдикций Карибского бассейна, а также о. Олдерни, единственный из островов Дуврского пролива, где разрешены к регистрации гибридные корпорации, а также корпорации с гарантированной участниками ответственностью.

При выборе юрисдикции для создания офшорного траста инвесторы из США традиционно тяготеют к бывшим британским колониям, поскольку сама идея траста возникла в Англии и за долгие столетия была создана богатая прецедентная база. Вместе с тем, в английском законодательстве по этому поводу существует ряд неопределённостей, что стало причиной того, что офшорные территории приняли собственные, адаптированные к месту законы о трастах. Указанные законы берут за основу английские нормы права, внося при этом уточнения в отдельные области законодательства, например, разъясняя права основателей трастов, на которых распространяется принудительное наследование по закону их domicilio. В некоторых офшорных зонах законы о таких структурах содержат противоречия, поэтому трасты, созданные в таких юрисдикциях, могут не признаваться таковыми в других. Это особенно актуально для юрисдикций, предусматривающих создание охранно-имущественных структур на своей территории.

Офшорные трасты как инструмент инвестора

Принято думать, что офшорные компании используются исключительно для защиты имущества от кредиторов и чрезмерного налогообложения доходов бизнеса. Чаще всего такие структуры рассматриваются их основателями исключительно в этом контексте, т.е. как средства защиты от чрезмерно репрессивной судебной и налоговой системы, простирающей свои полномочия далеко за пределы США. Между тем, вдумчивые американские собственники используют офшорные трасты для инвестиций на международных рынках.

⁵ http://www.oecd.org/document/42/0,3343,en_2649_33745_42453610_1_1_1_1,00.html

Распространено мнение, что создание трастов лицами, находящимися под юрисдикцией США, всегда сопряжено, по меньшей мере, с конфиденциальностью. Данное условие хотя и желаемо, но вовсе не необходимо для сохранения имущества собственников от исков местных американских кредиторов. Как было неоднократно отмечено, существование офшорного траста, равно как и пункты его уставных документов легко становятся достоянием судов США в ходе судебного разбирательства. Вообще говоря, офшорные трасты обеспечивают их американским основателям известную степень конфиденциальности в отношении нижеследующего:

- (а) факта существования траста;
- (б) положений его уставных документов;
- (в) величины и природы активов, помещённых в траст;
- (г) места расположения активов траста;
- (д) личности и характера деятельности опекуна и куратора траста;
- (е) личности основателя и бенефициаров траста;
- (ж) природы, названия и роли каких-либо вспомогательных организаций, связанных с трастом;
- (з) финансовой отчётности, банковских выписок по счетам, бухгалтерских и иных документов траста.

В большинстве штатов США приняты законы, запрещающие трастам существовать сколь угодно долго. Обычно местное законодательство разрешает последним функционировать после смерти их основателей до смерти бенефициаров плюс ещё 21 год для бенефициаров, родившихся после смерти основателей, т.е. до их совершеннолетия. На территориях, где принято благоприятное для трастов законодательство, указанный срок продлён на период от 80 до 150 лет, либо ограничения срока нет как такового. Подобное благоприятное законодательство позволяет трастам продолжать свою работу и после смерти основателей в интересах нескольких поколений прямых родственников. Существенно, что столь обременительный в подобных случаях в США налог на имущество и перевод собственности (*transfer taxes*) не взимается.

Инвесторам из США наличие офшорного траста позволяет производить инвестиции на международном рынке. Так, запрещённые к продаже лицам, находящимся под юрисдикцией Соединённых Штатов, еврооблигации, ценные бумаги иностранных взаимных фондов и т.п., легко становятся доступны посредством владения через офшорный траст. В условиях, когда проценты по американским государственным облигациям имеют тенденцию к уменьшению, рынок акций в США испытывает крайнюю нестабильность, а валютные риски растут, подобная диверсификация капиталовложений становится жизненно необходимой для инвесторов. Доступ к таким активам, как, например, средства взаимных фондов Швейцарии, или к депозитам австрийских банков, могут существенно распределить риски капиталовложений для инвесторов из США.

Современная теория портфельных инвестиций (*modern portfolio theory*) заставляет законодателей многих штатов США включать в местные законы о трастах соответствующие положения. Так, в большинстве штатов опекуны по закону призваны следовать так называемому «правилу осторожного человека» (*prudent person rule*). Данное правило, в частности, требует от опекуна личной оценки того, сможет ли данное вложение капитала принести ощутимый доход и в то же время не поставить под удар основные средства траста. Но принято и другое правило – «правило осторожного вкладчика» (*prudent investor rule*). Последнее

требует от опекуна прямо противоположной стратегии. Он обязан принимать во внимание всю совокупность активов траста, а не отдельные их составляющие и действовать исходя из общей стратегии. Таким образом, целью «осторожного вкладчика» становится приведение в соответствие риска портфеля капиталовложений и общей доходности с основными задачами траста, как они сформулированы основателями, т.е. вкладчик принимает во внимание все последствия тех или иных решений. Исходя из сказанного становится видно, что «правило осторожного человека» выражает образ действий, направленных на сбережение основных средств траста, а «правило осторожного вкладчика» – образ действий, направленных на приращение основных средств траста. «Правило осторожного человека» не позволяет опекуну передавать свои полномочия третьим лицам, например, управляющим инвестициями. «Правило осторожного вкладчика» позволяет под свою ответственность передавать полномочия опекуна управляющим. Как таковое, «правило осторожного человека» не дает возможности производить капиталовложения, руководствуясь современной теорией портфельных инвестиций. Учреждение офшорного траста позволяет его опекуну передавать полномочия, исходя из «правил осторожного вкладчика», тем самым давая возможность в своих действиях руководствоваться указанной теорией.

Учреждение трастов инвесторами оправдано и тем, что значительно упрощается отчетность. Покупка иностранных ценных бумаг может производиться непосредственно у эмитента или иностранного взаимного фонда, что значительно сокращает комиссионные расходы и требования к отчетности. В США иностранные ценные бумаги, приобретаемые либо непосредственно резидентами, либо от имени резидентов, лично или через взаимные фонды, должны регистрироваться в соответствии с Положением S (*Regulation S*) Комиссии по ценным бумагам и биржам. Данный вид отчетности представляет собой исключительно трудоёмкую и дорогую процедуру для банков, брокерских фирм и прочих финансовых организаций, расположенных в самих США и за их пределами. Офшорный траст, который с правовой точки зрения представляет собой иностранное лицо, освобождён от отчёта о покупках иностранных ценных бумаг как непосредственно лицами, находящимися под юрисдикцией США, так и по поручению подобных лиц.

Офшорные трасты, помимо иных возможностей, представляют собой удобные промежуточные структуры для лиц, планирующих изменить страну проживания или гражданство. В таких случаях офшорные трасты способны облегчить проблемы, связанные с валютным контролем, а также с ограничениями на покупку и владение некоторыми видами активов, такими как золото в слитках.

Для практической инвестиционной деятельности чаще всего создаются международные бизнес-корпорации (МБК). Такая корпорация создаётся опекуном офшорного траста в качестве механизма покупки иностранных ценных бумаг и других активов, которые в дальнейшем планируется перевести в эту структуру в качестве его имущества. Обычно доли капитала МБК принадлежат офшорному трасту в качестве одного из его активов. Корпорации бывают особенно востребованы в тех случаях, когда имущество траста управляется финансовой организацией, расположенной в стране с действующим гражданским правом, как, например, в Швейцарии, не признающей подобные образования на своей территории. МБК, принадлежащая иностранной компании, имеет существенные преимущества, в том числе в стране регистрации. Если в

состав имущества оффшорного траста входят доли капитала компаний, расположенных за рубежом, например, в Великобритании, то после смерти основателя траста английский налог на наследство (*inheritance tax*)⁶ может быть взыскан на территории Великобритании. Если же МБК образована опекуном для владения ценными бумагами зарубежных компаний, в данном случае находящихся за пределами Великобритании, то по смерти основателя траста никаких выплат английских налогов не производится.

Однако для американского основателя иностранного траста, владеющего долями капитала МБК либо в качестве имущества траста, либо непосредственно в качестве собственности физического лица, находящегося под юрисдикцией США, могут иметь место негативные последствия в части уплаты подоходного налога:

(1) капитальные убытки МБК (*capital losses*) не подлежат налоговым вычетам до тех пор, пока корпорация не будет ликвидирована;

(2) МБК обязана исчислять весь объём прироста капитала в качестве стандартного дохода предприятия, что влечёт за собой изменение ставки с обычных 20%, как на прирост, до 39,6%, как на его вывоз;

(3) возможно двойное обложение выплат находящемуся под юрисдикцией США бенефициару иностранного траста (или прямому владельцу МБК): сначала в качестве выплат дивидендов иностранным лицом из источников на территории США, например, от долей капитала местных американских компаний, а затем в качестве обычного дохода местного налогоплательщика;

(4) налоговая база доли участия в МБК к моменту смерти находящегося под юрисдикцией США акционера МБК не возрастает до уровня её справедливой рыночной стоимости, если подобная МБК не участвует в торговом или ином бизнесе на территории Соединённых Штатов, а занимается, например, пассивными инвестициями. Обычно, если находящийся под юрисдикцией США налогоплательщик платит 100 долл. за долю капитала в закрытой компании, каковая доля на момент смерти другого акционера стоит уже 1000 долл., то налоговая база вновь приобретшего уже исчисляется, исходя из расчёта 1000 долл. за акцию⁷. Таким образом, находясь в составе участников МБК, американский налогоплательщик может лишиться значительных налоговых вычетов при дальнейшем распоряжении имуществом и последующей уплате подоходного налога.

Для устранения названных причин увеличения подоходного налога для плательщика из США, некоторые специалисты-практики рекомендуют опекунам оффшорных трастов создавать не МБК, а иностранные компании с ограниченной ответственностью. Но за пределами Соединённых Штатов, как правило, налоги на наследство не взимаются только с иностранных корпораций, зарегистрированных за пределами тех стран, в которых зарегистрированы компании-эмитенты ценных бумаг или иных активов и которыми владеют названные иностранные корпорации. Таким образом, создание иностранных компаний с ограниченной ответственностью способно лишь отчасти решить проблемы с налогами на перевод имущества, действующими в США.

В большинстве случаев лицам, находящимся под юрисдикцией Соединённых Штатов, при подготовке налоговой отчётности правилами Казначейства

⁶ Аналог налогов на наследство (*death taxes*) в США.

⁷ U.S. Code Title 26 Section 1014 и комментарии:

http://www.law.cornell.edu/uscode/26/usc_sec_26_00001014---000-.html

США разрешён к применению метод «последовательной проверки показателей» (*check-the-box method*). Он применяется, в частности, и к налоговой Форме 8865 Службы внутренних доходов с тем, чтобы местное или иностранное юридическое лицо самостоятельно выбрало для себя форму организации: корпорации, партнёрства или частного лица (в случае компании с ограниченной ответственностью с одним участником). Особенность состоит в том, что правилами Службы внутренних доходов определён список юридических лиц, созданный в соответствии с законами о корпорациях ряда стран, которые Службой внутренних доходов в целях налогообложения априори признаются корпорациями. Следовательно, если МБК создана в стране, попадающей в указанный список, в целях налогообложения она будет признана в США корпорацией, а метод «последовательной проверки показателей» станет неприменим.

Из сказанного следует, что во избежание излишнего налогообложения, МБК должна создаваться в таких зарубежных юрисдикциях, которые бы не позволяли налоговым органам Соединённых Штатов считать её корпорацией в целях налогообложения. К таким юрисдикциям, в частности, относятся Бермудские и Каймановы острова, острова Мэн, Джерси, Невис, Сент-Винсент и Гренадины, Багамские острова, острова Тёркс и Кайкос. Таким образом, МБК регистрируется в качестве корпорации в организационно-правовых целях, но для отчётности в Службу внутренних доходов США посылается налоговая Форма 8865, в которой названная выше корпорация фигурирует в качестве партнёрства или частного лица. Частное лицо (*disregarded entity*) по налоговым правилам США является промежуточным лицом (*flow-through entity*), что влечёт за собой налогообложение доходов владельца предприятия, но не самого предприятия. В результате, юридическое лицо считается корпорацией с точки зрения охраны его имущества, и промежуточным лицом, с точки зрения налогообложения. Следствием сказанного является то, что с правовой (но не налоговой) точки зрения, МБК избегает иностранных налогов на наследство. С налоговой точки зрения корпорация считается частным лицом и, таким образом, избегает тех негативных последствий по уплате подоходного налога, какие отмечены в п.п. 1–4.

Для практической инвестиционной деятельности офшорного траста большое значение имеет структура управления, в которую включена МБК. Активы (денежные средства, акции, облигации и др.), передаваемые в траст, должны использоваться в соответствии с условиями уставных документов, либо согласно прямым инструкциям опекуна. Часто основатели офшорных трастов используют формально не обязательные и не являющиеся неотъемлемой частью уставных документов меморандумы пожеланий (*memorandums of wishes*). Подобные пожелания могут служить опекуну инструкциями в процессе капиталовложений. Меморандум пожеланий основателя может содержать соотношения вложенных трастом средств, например, соотношения между приобретаемыми акциями, облигациями, обязательствами взаимных фондов и т.п. В нём может быть указан максимальный процент средств, потраченных на приобретение ценных бумаг, включая соотношение количества бумаг, приобретённых на фондовом рынке США и рынках иных стран. Меморандум пожеланий основателя может содержать пункт о желательном назначении одного или более менеджеров для управления средствами траста, а также одного или более независимых иностранных хранителей (*custodian*) имущества траста. В таком документе может определяться основная цель

капиталовложений траста, будь то извлечение текущего дохода или долгосрочное капиталовложение.

Опекун и менеджер по инвестициям заключают между собой письменное соглашение. В нём указываются общие и частные цели вложения средств траста, а также методы размещения средств между акциями, облигациями и другими активами. В некоторых случаях считается целесообразным установить независимость между хранителем и менеджером по инвестициям. Считается важным подписать письменный контракт между опекуном и хранителем траста. Кроме всего прочего, между хранителем и менеджером по инвестициям подписывается протокол о взаимопонимании или иное подобное соглашение. Хранитель имущества траста наделяется техническими возможностями проведения сделок в соответствии с указаниями менеджера по инвестициям, а также возможностями перевода основных средств или доходов траста в адрес опекуна для дальнейшего распределения среди бенефициаров.

Если менеджер по инвестициям и хранитель траста являют собой одно и то же лицо, предпринимаются специальные меры предотвращения конфликта интересов. Так, конфликт интересов порождается там, где менеджер по инвестициям использует свою собственную фирму и свои расценки за проведение сделок, оформление и т.д.

В случаях, когда хранитель имущества траста независим от менеджера по инвестициям, последний уведомляется о расценках по заключению, оформлению сделок и прочих расходах, какие хранитель считает целесообразным оплатить.

В тех ситуациях, когда МБК с точки зрения уплаты подоходного налога признаётся корпорацией или компанией с ограниченной ответственностью (в том числе частным лицом), требования к отчётности будут зависеть от того, кто является собственником подобного предприятия. Указанных требований к отчётности можно избежать, если МБК будет считаться исключительно поверенным лицом (*nominee*). Корпорация может быть признана поверенным лицом лишь в тех случаях, когда характер взаимодействия между опекуном и МБК по поводу работы последней удовлетворяет условиям, описанным, например, в деле Боллингера⁸. Из материалов дела следует, что МБК не исполняла никаких функций и не несла иных полномочий, кроме как поверенного в делах опекуна лица, являясь его агентом в вопросах владения средствами траста, причем средства и вкладывались и ими управляли лишь по прямому указанию опекуна.

Несмотря на то, что описанная выше схема даёт возможность избежать налоговой отчётности и выплаты подоходного налога, трудности другого характера могут возникнуть в связи с работой МБК. Даже если корпорация будет признана поверенным лицом опекуна, вклады имущества траста в ценные бумаги иностранных государств могут заставить налоговые ведомства этих государств после смерти основателя траста оспорить какое бы то ни было реальное значение МБК в вопросах собственности. В этом случае опекун офшорного траста может быть признан непосредственным владельцем иностранных ценных бумаг, что повлечёт взыскание налогов на наследство со стороны упомянутых налоговых ведомств.

⁸ *Commissioner of Internal Revenue v. Jesse C. Bollinger*, 485 U.S. 340, 346, 108 S.Ct. 1173, 1177, 99 L.Ed.2d 357 (1988) и комментарии (<http://openjurist.org/485/us/340/commissioner-of-internal-revenue-v-c-bollinger>).

Офшорные трасты в США: выбор опекунов и патронов

Для того чтобы налоговое планирование, а также сохранение имущества в трастах было эффективным, в США используют проверенные годами методы подбора опекунов. Для офшорных трастов надёжные опекуны имеют несомненно большее значение, чем для местных, поскольку им приходится защищать своих бенефициаров в ситуациях со многими неизвестными и мало предсказуемыми обстоятельствами. Качество услуг управления, предоставляемых разными офшорными территориями, сильно отличается. Частные лица и организации, предоставляющие услуги опекунов зачастую предлагают выполненные на прекрасном полиграфическом уровне рекламные материалы, за которыми нет ни соответствующего опыта, ни надёжности. В подобных ситуациях принято полагаться на профессионалов с репутацией или знакомых, которые на себе испытали качество услуг управления и готовы дать свои рекомендации друзьям и знакомым.

В качестве опекунов офшорных трастов в США рассматривают следующие категории лиц:

- (1) дочерние компании крупных международных банков;
- (2) дочерние компании частных банков;
- (3) независимые трасты-корпорации;
- (4) трасты-корпорации, управляемые как дочерние компании аудиторских или юридических фирм.

Весьма распространённым является случай, при котором крупные международные консалтинговые и аудиторские компании прикрепляют своих клиентов к собственным дочерним трастовым подразделениям. Но есть и другие специалисты, которые смотрят на вещи шире. Выбор крупной или маленькой управляющей компании определяется, по их мнению, в зависимости от вида предоставляемых услуг, потребностей клиентов и размеров издержек, которые они готовы нести. Многие небольшие компании, предоставляющие услуги доверительного управления собственностью, способны предоставить клиентам такой уровень персонифицированного сервиса, какой филиалы или отделения крупных трастовых фирм не предоставляют никогда. Некоторые клиенты из США полагают при этом, что трастовая компания, каким-либо образом связанная с крупной американской финансовой организацией, способна обеспечить уровень надёжности, недоступный для небольшой независимой компании. Подобные опасения легко преодолеваются там, где управление трастом разделяется на два сегмента: собственно администрирование траста и управление инвестициями. Например, траст может быть организован в офшорной зоне и использовать услуги небольшой трастовой компании с назначением институционального управляющего инвестициями и/или банка-хранителя средств траста. Отдельные клиенты предпочитают иметь двух или более соопекунов (*co-trustees*), находящихся в разных офшорных центрах.

Разумеется, филиалы крупных банков внушают чувство финансовой защищённости и удобства, однако всем известная природа бюрократии делает управление в этих организациях более формальным и менее внимательным к конкретным пожеланиям заказчиков. Некоторые банки, а именно так называемые частные банки, известны высоким качеством персональных услуг, в то

время как многие крупные отличаются неповоротливостью и несговорчивостью, что делает даже простейшие транзакции слишком дорогими и несвоевременными.

Частные банки изначально ориентированы на предоставление персональных услуг в условиях окружающей конкуренции. Дополнительные трастовые операции, проводимые этими банками, также соответствуют уровню качества и стоимости, существующему на рынке. Дополнительные услуги опеки, которые оказывают частные банки, являются естественным продолжением их основной деятельности. Такие услуги дают банкам возможность привлекать частные средства для управления инвестициями, в чём подобные банки считаются особенно компетентными. Если в качестве опекунской компании избирается филиал частного банка, то имущество траста обычно управляется инвестиционными подразделениями означенного банка.

Независимые опекунские компании также широко представлены на рынке услуг управления, и их качество варьируется не менее широко. Молодые фирмы обычно более агрессивны и конкурентоспособны, в особенности по узкому спектру услуг, где стоимость является главным показателем. Многие из независимых управляющих трастами компаний являются порождением более крупных компаний. Они создаются бывшими менеджерами больших фирм, имеющими опыт в данной сфере, желающими на независимой основе предоставлять персонифицированный сервис своим клиентам, не отвлекаясь на другие обязанности. В офшорных зонах довольно сильно распространена практика, при которой юридические и аудиторские фирмы имеют в числе своих дочерних предприятий компании по управлению трастами. Подобная практика не считается здесь ведущей к конфликту интересов. Сами операции проводятся достаточно быстро, что продиктовано самой сутью отношений с заказчиком. Уровень стабильности и доверия обычно соответствует ожиданиям клиентов. Поскольку управляющие компании и так предоставляют клиенту достаточно большой объём различных услуг, дополнительная услуга в форме повседневного управления трастом зачастую означает не более, чем ведение бухгалтерских книг и составление отчётности.

Некоторые офшорные территории законодательным образом регулируют деятельность профессиональных опекунских компаний, в то время как другие никак не регламентируют подобную деятельность. В целом не ясно, какой из двух подходов является предпочтительным. В тех зонах, где деятельность опекунских компаний регулируется, необходимо получать лицензию, сходную с той, что необходима для осуществления банковских операций. Однако надо принимать во внимание то обстоятельство, что проследить за деятельностью профессиональных опекунов достаточно сложно. Большинство операций, проводимых опекунскими компаниями, имеют приватный характер и не включают элементов отчётности, с которыми можно было бы ознакомиться третьим лицам. Конечно, всегда имеются пожелания, чтобы средства для проверки деятельности опекунов были достаточно удобны и для клиентов. Но финансовые проверки далеко не всегда способны вскрыть злоупотребления, а полномасштабный аудит большей частью невозможен. Кроме того, расходы на периодический аудит и текущие проверки, будучи добавлены к административным расходам, составляют серьёзные величины и, как правило, отвергаются заказчиками.

До настоящего времени ничего не известно о какой бы то ни было форме общего страхования деятельности опекунских компаний и нет никаких признаков того, что страхование подобных рисков станет обязательным в сфере офшорного управления. Самое удивительное, что, несмотря на отсутствие подобных защитных мер, по всему миру система саморегулирования работает достаточно чётко, и число неприятных случаев и скандалов в сфере офшорного управления собственностью сокращается.

В огромном большинстве случаев репутация профессиональных офшорных опекунских компаний или индивидуальных опекунов для потенциальных дарителей или бенефициаров трастов является закрытой книгой. Поэтому совершенно естественным для основателей (дарителей) трастов является их нежелание делиться нажитым с первым встречным. Но и для этой проблемы имеется приемлемое решение, каковым является организация частной опекунской компании (*private trustee company* – *PTC*). РТС представляет собой корпорацию, действующую в качестве опекуна конкретного траста, либо объединённой группы связанных между собой трастов. В состав указанной корпорации могут входить профессиональные управленцы, имеющие статус поверенных служащих и директоров, но не опекунов траста. Основатель траста или члены его семьи могут быть назначены советниками с правом поддержки или влияния на принятие самых разных решений, проводимых директорами РТС. Организационная структура компании может быть усилена путём создания дополнительного специального траста (*purpose trust*), входящего в состав акционеров РТС. Функцией специального траста является владение акциями частной опекунской компании. Специальный траст обеспечивает основателю или членам его семьи возможность контроля деятельности основного траста, его структуры и состава бенефициаров, а также служащих компании. Дополнительное преимущество подобной структуры заключается в создании повышенного уровня конфиденциальности при проведении трастом различных операций.

Все без исключения профессиональные опекунские компании, а индивидуальные опекуны тем более, не желают нести личную ответственность за результаты своей деятельности. В этой ситуации основателю траста стоит задуматься о выборе патрона (*trust protector*).

В США патронами принято назначать профессиональных консультантов – семейных адвокатов, аудиторов или же членов семьи, друзей семьи. Обычная роль патрона состоит в контактах с опекунами, с тем чтобы воля основателя траста выполнялась со всей возможной точностью. Патрон выполняет также обязанности третейского судьи в спорах между опекунами и бенефициарами, проверяя порядок управления трастом, высказывая мнение о необходимости перехода офшорного траста под иную юрисдикцию и принимая решения о назначении новых опекунов. Важно, что роль патрона не исполнительная, а консультативная. Если же патрон наделен такими полномочиями, что вправе управлять опекунами или их решениями в части распределения доходов траста или его имущества, то это может послужить основанием иска о признании траста недействительным. Истец сможет руководствоваться при этом принципами, изложенными в деле Абдель Рахмана, либо патрон будет признан квазиопекуном⁹.

⁹ *Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.)*, Op. cit.

Вообще же права и обязанности патрона определяются условиями его назначения. Чаще всего в обязанности патрона входит поступать со всей ответственностью и держать работу траста под контролем. Исходя из этого патрон должен следить за качеством работы профессиональной опекунской компании, а в случае недостаточной квалификации последней, требовать её замены другой. Если патрон является компанией или специалистом-профессионалом, работающим по найму, это может существенно увеличить расходы по управлению трастом.

Судебная система США и дело Андерсонов

Налоговая и другие службы США ведут активную кампанию против использования офшорных трастов налогоплательщиками. Одним из веских аргументов в этой кампании считается так называемое дело Андерсонов¹⁰. Для понимания методов налогового планирования с применением офшорных охранно-имущественных трастов, а также для информации о реалиях судебной системы США, необходимо подробнее осветить суть их дела.

В июле 1995 г. супруги Андерсоны создали иностранный охранно-имущественный траст на островах Кука¹¹. Опекуном был назначен довольно популярный в США поставщик услуг доверительного управления¹², офисы которого находятся там же, на островах Кука. Примечательно, что Андерсоны выразили желание быть соопекунами и патронами созданного ими траста, что в дальнейшем привело их к серьёзным проблемам. Траст был создан в качестве безотзывного, и к моменту его основания Андерсоны были платёжеспособны и не имели сколько-нибудь серьёзных претензий от кредиторов. Таким образом, оснований для возбуждения исков о притворном переводе средств в собственность траста не имелось.

Андерсоны занимались телемаркетингом в окрестностях г. Сан-Диего. В апреле 1997 г., через два года после основания ими траста на островах Кука, Андерсоны взялись продвигать на рынок продукцию компании «Стерлинг групп», в частности водонаполняемые гантели. Чуть позже супруги зарегистрировали новую фирму¹³, которую использовали для продаж более интегрированной продукции (средосодержащих блоков), в состав которой включались водонаполняемые гантели компании «Стерлинг групп». Продажи интегрированной продукции были весьма успешными. Объём продаж составил 13 млн. долл., из которых прибыль Андерсонов составила около 6 млн. долл. Большая часть этих доходов была переведена в вышеназванный траст на острова Кука.

К несчастью для Андерсонов, компания «Стерлинг групп» не достигла успехов в продаже водонаполняемых гантелей и сходной с ними революционной продукции, а производство её стало невыгодным. Как следствие, обесценились и средосодержащие блоки, которыми торговали Андерсоны. Договор о партнёрстве был расторгнут.

В апреле 1998 г., через год после подписания Андерсонами договора о маркетинге с компанией «Стерлинг групп» и через три года после создания охранно-имущественного траста, усилиями бывших партнёров из компании «Стер-

¹⁰ *Federal Trade Commission v. Affordable Media, LLC, and Denyse Linda Alyce Anderson; Michael K. Anderson*. No. 98-16378 [179 E3d p. 1228 (9th Cir. 06/15/1999)].

¹¹ 179 E3d, p 1232.

¹² AsiaCiti Trust LTD.

¹³ Financial Growth Consultants LLC.

линг групп» Федеральная торговая комиссия (ФТК) США возбудила против Андерсонов иск об обмане потребителей. Согласно предварительному постановлению суда, Андерсонам впредь воспрещалось торговать средосодержащими блоками. ФТК настаивала также на репатриации средств, заработанных Андерсонами от продажи блоков, с островов Кука назад на территорию США¹⁴.

Дело было передано на рассмотрение судье окружного суда США, который сразу же выпустил постановление о взятии с Андерсонов подписки о невыезде, а после предварительного слушания вынес постановление. В нём, помимо прочего, содержалось требование к Андерсонам вернуть все средства траста на территорию Соединённых Штатов¹⁵.

Андерсоны немедленно по факсу известили своего опекуна о постановлении суда и о требовании репатриации средств траста. Фирма-опекун, проанализировав уставные документы траста, ответила Андерсонам, что налицо ситуация, подпадающая под раздел уставных документов, защищающий средства траста в условиях, когда его основатели попали «под давление» (*under duress*). Факс Андерсонов свидетельствовал сам за себя, поэтому фирма-опекун отказала в репатриации средств траста. Более того, ссылаясь на другой пункт раздела о «давлении», фирма-опекун исключила Андерсонов из числа соопекунов траста. Имевшие место события не удовлетворили судью, и 4 июня 1998 г. судья вынес Андерсонам обвинение в неподчинении суду, дал им две недели на снятие обвинения путём репатриации средств в США, а в случае неисполнения требования суда, постановил заключить обвиняемых под стражу. Андерсоны подали апелляцию в Девятый окружной апелляционный суд о «защите по невозможности»¹⁶.

Характерно, что Девятый окружной суд не оспаривал общий правовой принцип, согласно которому «невозможность стороны исполнить решение суда в гражданском процессе равносильно защите от обвинения»¹⁷. Напротив, апелляционный суд сосредоточился на возможном исключении из общего правила, когда сторона, утверждающая о невозможности исполнения, сама первая создаёт обстоятельства, при которых исполнение постановления суда делается невозможным. По мнению апелляционного суда, «по всей видимости, невозможность для Андерсонов исполнить постановление суда о репатриации средств траста есть ожидаемый результат их собственных действий, т.е. невозможность исполнения и отказ иностранного опекуна от исполнения решения суда есть, по всей видимости, именно та цель, с которой Андерсоны создавали траст»¹⁸.

Таким образом, апелляция Андерсонов была оставлена без внимания, они были заключены под стражу и провели в тюрьме шесть месяцев. Что касается действий офшорного опекуна, то в полном соответствии с ситуацией, он не только исключил Андерсонов из состава опекунов, но и впоследствии лишил их статуса патронов, таким образом, возможность влияния на решение траста о возвращении его средств на территорию США, по крайней мере де-юре, была основателями утрачена. Однако этот факт уже не помог ничего изменить в решениях американских судей.

¹⁴ Id. p. 1232.

¹⁵ 179 E3d p. 1232, n.2

¹⁶ Id. p. 1239. Андерсоны также заявляли в своей апелляции, что не были признаны виновными, следовательно, предварительное постановление об их задержании не может иметь силы.

¹⁷ Цит. по: *United States v. Rylander*, 460 U.S. 752, 757, 103 S. Ct. 1548, 75 L., Ed. 2d 521 (1983).

¹⁸ 179 E3d p. 1239.

* * *

Офшорные охранно-имущественные трасты становятся всё более популярными, их легитимность как инструментов сохранения собственности, включаемых в процесс распоряжения имуществом в США, перевод всего или части имущества в «безопасные гавани» способствует его сохранению, при этом указанные действия не носят секретного характера, не происходит и укрывательства налогооблагаемых активов. Зачастую именно полная открытость гарантирует максимальную защиту собственности.

Как мы убедились, офшорные охранно-имущественные трасты чаще всего создаются под юрисдикциями бывших или существующих британских колоний, каковые исторически были странами общего права. Для жителей США наибольшей популярностью пользуются страны Карибского бассейна, такие как Багамы, Британские Виргинские и Каймановы острова, острова Тёркс и Кайкос, Сент-Винсент и Гренадины, Сент-Люсия, Ангилья, Невис, Барбадос. В бассейне Атлантики – Бермудские острова. В других частях мира для создания охранно-имущественных трастов американские налогоплательщики используют острова Кука, Лабуан, входящий в Малайскую Федерацию, Сейше-лы, Маврикий, остров Ниуэ. Используются и такие традиционные юрисдикции, как Кипр и Лихтенштейн. Последний, хотя и не является государством общего права, имеет начиная с 20-х годов прошлого века корпус законодательства о трастах (*Anstalt и Stiftung*)¹⁹. Расположенный в центре Западной Европы, Лихтенштейн привлекает транснациональных инвесторов своей стабильностью. Законодательство Панамы также содержит закон о трастах, нередко используемый собственниками из США. Другие офшорные юрисдикции, подобные островам Дуврского пролива (Нормандские острова, о. Мэн), хотя и используются для международных трастов, тем не менее, не имеют недавно принятого и специального охранно-имущественного законодательства, регулирующего работу трастов.

Главным признаком офшорного законодательства об охранно-имущественных трастах служит его оборонительная направленность. Смысл обороны состоит в наличии основных статей, защищающих интересы заёмщика, как то: непризнание судебных решений, вынесенных против заёмщика в других юрисдикциях, короткие сроки исковой давности по делам против заёмщиков. Так, законодательство Гибралтара охраняет активы, переданные в местный траст, с первого дня передачи, при условии, что основатель, после внесения имущества, был платёжеспособен. Большинство офшорных территорий имеет малые сроки исковой давности и для существующих кредиторов. Обычно эти сроки составляют от двух до шести лет. Бывшая британская колония, центральноамериканское государство Белиз, например, вообще отменило изданный королевой Елизаветой для всех стран общего права закон 1571 (*Statute of Elizabeth 1571*) о притворных переводах имущества в траст, и в настоящий момент собственность, помещённая в местный траст, охраняется здесь с первого дня.

Другим признаком офшорного законодательства об охранно-имущественных трастах является ограничение некоторых прав основателя. Основатель траста не должен сохранять контроль над трастом или долей имущества в трасте, если подобный контроль способен открыть кредиторам основателя доступ к имуществу траста. С тем чтобы ослабить связь траста с юрисдикцией,

¹⁹ См., например, www.recht.li/sys/1926004.html или комментарии к редакции 1999 г. на www.pgr.li

под которой находятся суды в США, имущество траста и его управляющие должны находиться за пределами Соединённых Штатов. Основатель траста не должен быть его опекуном или патроном (*protector*). Там, где основатель хотел бы сохранить за собой долю имущества в качестве доли бенефициара, он должен обладать полным правом по своему усмотрению распоряжаться выплатами траста, а также назначать или исключать бенефициаров. Иногда используется запрет на выплаты бенефициарам или временный мораторий, пока иск кредиторов не будет разрешён. Нередки случаи, когда долей бенефициара в иностранном охранно-имущественном трасте владеет местное ограниченное членами семьи партнёрство или компания с ограниченной ответственностью. Подобный порядок управления собственностью может использоваться для упрощения оплаты накладных расходов траста, в том числе расходов по содержанию имущества. Экономия становится особенно заметной в тех случаях, когда в адрес основателя-бенефициара не производится никаких выплат.

При планировании структуры полномочий в иностранном охранно-имущественном трасте, основатель не должен сохранять за собой контроля над работой траста. Если же основатель подобный контроль сохраняет, он может потерять право на «защиту по невозможности» (*defense of impossibility*) – основной вид защиты имущества, переведённого в офшорный траст с территории США.

Немногие широко обсуждаемые судебные дела с участием офшорных трастов, весьма показательны с точки зрения проверки надёжности защиты имущества бенефициаров, находящихся под юрисдикцией Соединённых Штатов. Подобные судебные дела в равной степени показывают и слабые места офшорных трастов, как инструментов защиты от судебной системы США. Широко обсуждаемое дело Андерсонов показало, что основатели могут встретиться со значительными проблемами в тех случаях, когда уставные документы офшорного траста составлены непрофессионально, а его работа не отлажена должным образом. С другой стороны, в указанном деле суд, по всей видимости, необоснованно проигнорировал уже сложившийся и устоявшийся прецедент по делам подобного рода. Несмотря на неблагоприятное стечение обстоятельств в деле Андерсонов, не следует забывать, что истцы по делу не получили никаких средств. Такой же точно итог имело и дело Лоуренса²⁰. В нём ответчик был привлечён к суду по банкротству, однако кредиторам, опять-таки, не было ничего выплачено. В другом широко обсуждавшемся деле²¹ ответчик для отвода судебного ордера о репатриации имущества был вынужден «добровольно» объявить банкротство, таким образом, на первоначальном этапе выиграв дело. Правда, государственное обвинение решило затем обвинить его в банкротстве путём мошенничества (*bankruptcy fraud*).

Описанные случаи, как и немногие громкие дела, говорят о необходимости профессиональной подготовки уставных документов охранно-имущественного траста, равно как и о том, что добровольное банкротство не является надёжным инструментом защиты собственности, переданной в траст.

²⁰ In re Stephan Jay Lawrence. Debtor, 227 B.R. 907 (Bkrcty.S.D.Fla. 09/23/1998) и комментарии (<http://www.assetprotectionbook.com/Lawrence.htm>).

²¹ См.: SEC v. Robert E. Brennan, 230 F.3d 65 (2nd Cir. 10/26/2000) и комментарии (<http://www.assetprotectionbook.com/brennan.htm>).