

Роль протектора в офшорном трасте

Траст – продукт англосаксонской системы права, существующий уже много столетий (минимум с шестнадцатого века). Правомочия и обязанности доверительного собственника в трасте урегулированы как огромным числом судебных прецедентов, так и принятыми в последнее столетие большинством юрисдикций общего права нормативными актами. Понятие протектора траста, напротив, вошло в широкий правовой обиход лишь пару десятков лет назад. Его роль во многом остается спорной, так как соответствующие правоотношения пока не урегулированы однозначно ни нормативными актами, ни прецедентами.¹

Траст и доверительный собственник

Суть траста заключается в том, что одно лицо (доверительный собственник, trustee) владеет имуществом в пользу другого лица или лиц (бенефициаров траста, beneficiaries). Между доверительным собственником и бенефициаром существуют правовые отношения, известные как «фидуциарные обязанности» (fiduciary duties) доверительного собственника по отношению к бенефициару.

Эти обязанности, установленные так называемым «правом справедливости» (equity), а впоследствии зафиксированные и нормативными актами, довольно многочисленны. Пожалуй, важнейшие из них – это обязанность проявлять «заботливость» (duty of care) и «преданность» (duty of loyalty) при управлении имуществом траста. «Заботливость» означает, что доверительный собственник должен прилагать разумные усилия к защите интересов бенефициаров (прежде всего, сохранению и приумножению имущества траста), а «преданность» – что он не должен ставить свои интересы выше интересов бенефициаров траста. Иногда выделяют также обязанность действовать «добросовестно» (in good faith), но чаще эту обязанность рассматривают как частный случай обязанности проявлять «преданность».

Приведенные формулировки могут показаться пустыми декларациями, но это отнюдь не так: их смысл разъяснен сотнями судебных решений. Так, если бенефициар сочтет, что доверительный собственник совершил сделку с имуществом траста по невыгодной цене (или, наоборот, не совершил сделку, когда была возможность выгодно продать имущество), то он может через суд потребовать от доверительного собственника возмещения убытков. Однако для получения компенсации бенефициару придется доказать, что доверительный собственник действовал в нарушении своих обязанностей: например, не проявил должной заботливости, не выяснив рыночной цены имущества, или не проявил преданности, продав имущество своим собственным аффилированным лицам.

Протектор траста

Протектор (protector) – это лицо, которое, в соответствии с условиями траста, имеет полномочия на принятие тех или иных решений, обязательных для исполнения доверительным собственником. В типичном случае протектор назначается учредителем траста, который определяет и конкретный спектр полномочий протектора. Эти полномочия могут быть весьма ограниченными, а могут быть и очень широкими. В частности, полномочия протектора могут включать выдачу санкции на те или иные действия доверительного собственника, в том числе на совершение сделок с

¹ Stewart E. Sterk, *Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty*, 27 *Cardozo Law Review* 2761 (2006) (USA); Philip J. Ruce, *The Trustee and the Trust protector: A Question of Fiduciary Power. Should a Trust Protector be Held to a Fiduciary Standard*, 59 *Drake Law Review* 67 (2010) (USA).

имуществом траста или на распределение доходов или имущества траста бенефициарам; изменение списка бенефициаров; смещение старого и назначение нового доверительного собственника; даже изменение условий самого траста.

Смысл назначения протектора состоит в том, чтобы в определенной степени контролировать доверительного собственника, защищая интересы бенефициаров от его некомпетентных или недобросовестных действий. Протектором может стать, например, один из бенефициаров, или друг семьи учредителя, или доверенный адвокат. Особую актуальность эта задача приобретает после смерти учредителя, когда сам он больше не может присматривать за доверительным собственником.

Понятие протектора – относительно недавнее изобретение. Оно изначально возникло в контексте офшорных трастов, и было введено в правовой оборот не законодателями, а юристами, разрабатывающими трастовые соглашения. Создавая офшорный траст для налоговых целей или для целей защиты активов от потенциальных кредиторов, учредителю необходимо было отдать доверительному собственнику контроль над имуществом. В противном случае цели траста окажутся под вопросом: так, если учредитель сохранил существенную степень контроля над имуществом траста, кредиторы могут потребовать вернуть имущество из траста и рассчитаться по долгам. Однако и безраздельно полагаться на зарубежного доверительного собственника не все учредители были готовы.

Для обеспечения некоторой степени контроля над действиями доверительного собственника и был придуман пост протектора траста. В принципе эту позицию может занимать и сам учредитель, но в этом случае кредиторы опять же могут усомниться в реальности отчуждения имущества. Кроме того, тогда остается открытым вопрос контроля после смерти учредителя. Поэтому протектором обычно становится кто-то другой: один из бенефициаров траста или независимое третье лицо.

В принципе, участие третьих лиц в некоторых делах траста – идея не новая. Вообще траст – очень гибкий инструмент, так что ограничений на полет фантазии составителей документов траста не так много. Давным-давно, минимум с девятнадцатого века, существует практика наделения определенного лица (appointor) полномочиями смены доверительного собственника в трасте.² С середины двадцатого века довольно широко практикуется назначение инвестиционных советников (advisor) для более эффективного управления имуществом траста.³ Новшеством же стало объединение целого ряда контрольных и даже управленческих функций в руках одного лица (протектора), отличного от доверительного собственника, что потенциально означает существенное перераспределение прав и обязанностей в традиционной конструкции траста.

Впоследствии понятие протектора нашло отражение и в нормативных актах различных юрисдикций. По-видимому, впервые оно было введено в законодательство Островов Кука в 1989 году.⁴ Впоследствии термин вошел и в законодательство других офшорных зон, таких как Белиз, Бермуды, Невис, Британские Виргинские острова, Каймановы острова. В конце 1990-х годов понятие появилось и в законодательстве некоторых штатов США (первым таким штатом стала Южная Дакота в 1997 году).⁵ В ряде юрисдикций термин «протектор» не используется, но законодательство упоминает о возможности назначения лиц, дающих указания доверительному собственнику и т.п., то есть, по сути, являющихся протекторами в рассматриваемом нами смысле слова. Что касается родоначальницы трастового права Англии, там в широкий юридический

² *In re Skeats Settlement* [1889] 42 Ch. 522 (UK).

³ *Trust Advisers*, 78 *Harvard Law Review* 1230 (1965).

⁴ *International Trusts (Amendment) Act 1989* (Cook Islands).

⁵ *South Dakota Codified Laws* § 55-1B-6 (2010).

обиход термин «протектор» так и не вошел, хотя и эпизодически встречается в судебных решениях и даже в некоторых нормативных актах.

Ответственность протектора

Даже если в той или иной юрисдикции неизвестно понятие протектора, этот термин в принципе можно использовать в трастовом документе, при условии, что в том же документе четко определен смысл слова, то есть полномочия протектора. Нет особенных сомнений в том, что в случае спора суд признает право учредителя траста по своему желанию наделять то или иное лицо контрольными полномочиями.

Основная же правовая проблема, связанная с протектором, - это мера ответственности протектора за сохранность имущества траста и в целом за дела траста. Первый вопрос, который обычно задает себе учредитель траста, не будет ли украдено или бесцельно растрачено его имущество? И что будет, если доверительный собственник или протектор, под контроль которых переданы активы, поведут себя не так, как предполагал учредитель?

Как уже упоминалось, доверительный собственник несет материальную ответственность за выполнение своих фидуциарных обязанностей. Но вот верно ли то же самое в отношении протектора? Существуют ли вообще фидуциарные обязанности протектора перед бенефициарами траста? Иначе говоря, если протектор не исполняет своих контрольных функций или исполняет их неправильно (по мнению бенефициаров), можно ли взыскать с протектора убытки?

Увы, однозначного ответа на этот вопрос нет. Определенно можно сказать лишь то, что ответ в каждом конкретном случае определяется условиями самого траста, законодательством юрисдикции, праву которой подчинен траст, и соответствующими судебными прецедентами.

Рассуждая логически, протектор не является доверительным собственником, его роль в трасте существенно иная. Соответственно, механический перенос фидуциарных обязанностей доверительного собственника на протектора представляется необоснованным. С другой стороны, даже если нет особого закона, описывающего обязанности протектора, считать, что он совершенно свободен от каких-либо обязанностей перед бенефициарами, было бы странно. Ведь в типичной ситуации учредитель назначает протектора именно для того, чтобы он заботился об интересах бенефициаров.

В отсутствие правовых указаний суд, очевидно, будет руководствоваться прежде всего своим здравым смыслом вкпе с положениями трастового соглашения, в котором учредитель, собственно, и должен описать, как ему видятся права и обязанности протектора данного траста. Многие зависит и от фактических обстоятельств дела.

Так, если протектором является основной бенефициар траста, например, вдова учредителя, то вполне возможно, что учредитель подразумевал, что протектор принимает решение (например, о добавлении новых бенефициаров) по собственному свободному усмотрению, не будучи связан какими-либо фидуциарными обязательствами по отношению к другим бенефициарам. Если суд определит, что именно в этом состоял замысел учредителя, вряд ли суд будет противиться этому замыслу и возлагать на протектора обязанности, не предусмотренные учредителем.

С другой стороны, если, например, роль протектора выполняет семейный адвокат, то, скорее всего, учредитель предполагал возложить на него вполне реальные обязанности по контролю, которым протектор должен уделять определенное внимание и время, за что, как можно предположить, и получает соответствующее вознаграждение. В этом случае суд также наверняка

поддержит замысел учредителя, при необходимости взыскав убытки с протектора за неисполнение его функций.

Разумеется, есть и множество промежуточных ситуаций, которые будут разрешаться судом в зависимости от конкретных обстоятельств дела, и, разумеется, норм права данной страны.

Что касается формулировок нормативных актов, практика различных юрисдикций в этом смысле довольно разнообразна.

Так, законодательство о международных трастах Островов Кука явно устанавливает, что если иное не предусмотрено трастовым документом, то протектор траста, в отличие от доверительного собственника или иного лица, имеющего фидуциарные обязанности, не несет ответственности перед кем-либо за свои действия или бездействие в качестве протектора.⁶ Таким образом, презюмируется, что у протектора нет фидуциарных обязанностей, но эта ситуация может быть изменена учредителем путем внесения соответствующих положений в трастовое соглашение.

На Невисе ситуация с международными трастами обратная: если иное не предусмотрено условиями траста, протектор имеет фидуциарные обязанности по отношению к бенефициарам траста.⁷ То есть презюмируется, что у протектора фидуциарные обязанности есть, но учредитель может установить обратное. В ряде американских штатов законодательство также устанавливает презумпцию наличия у «лица, имеющего полномочия давать указания» фидуциарных обязанностей,⁸ но во многих других штатах вопрос законодательно не решен.

На Британских Виргинских островах закон устанавливает, что если иное не предусмотрено трастовым документом, то протектор не отвечает перед бенефициарами за добросовестное (bona fide) исполнение своих функций.⁹ Таким образом, по умолчанию фидуциарные обязанности у протектора есть, но они весьма ограничены: он несет ответственность только за недобросовестные действия, например за умышленное отчуждение активов своим аффилированным лицам по заниженной цене. Если же протектор честно совершил глупость, привлечь к ответственности его за это нельзя. Эта ситуация также может быть изменена учредителем путем правильного составления трастового соглашения.

Несмотря на различия в формулировках, общее в них то, что устанавливаемые упомянутыми законами правила являются диспозитивными, то есть учредитель может сам определить меру ответственности протектора путем внесения соответствующих положений в трастовое соглашение.

Помимо жестких правовых формулировок трастового соглашения, у учредителя есть возможность обозначить свои намерения путем направления «списка пожеланий» (letter of wishes) доверительному собственнику и (или) протектору. Не являясь формально обязательными к исполнению, такие «списки пожеланий» тем не менее имеют и правовое значение, поскольку они могут быть учтены судом при принятии решения о том, нарушены ли доверительным собственником или протектором их фидуциарные обязанности. Так, если по трастовому соглашению на протектора возложены функции назначения «по своему свободному усмотрению» новых бенефициаров, но в «списке пожеланий» протектору разъяснено, кого именно учредитель хотел бы видеть новыми бенефициарами, то за явное нарушение этих пожеланий, несмотря на их неформальный характер, протектор в принципе может быть привлечен к ответственности первоначальными бенефициарами, пострадавшими от «размытия» их доли.

⁶ International Trusts Act 1984 (as amended), art. 20(4) (Cook Islands).

⁷ International Exempt Trust Ordinance 1994 (as amended), art. 9(5) (Nevis).

⁸ Uniform Trust Code § 808(d) (модельный закон, послуживший основой законодательства 22 штатов).

⁹ Trustee Act 1961 (as amended), art. 86(3) (BVI).

Даже если закон или трастовое соглашение устанавливает принципиальное наличие у протектора фидуциарных обязанностей, конкретный объем этих обязанностей не всегда очевиден. При необходимости суд будет определять меру ответственности протектора в зависимости от конкретных формулировок трастового документа с учетом явно высказанных или предполагаемых намерений учредителя, а также нормативных актов и прецедентов данной юрисдикции. Следует учитывать, однако, что в большинстве юрисдикций прецедентная база по рассматриваемому вопросу пока невелика, что делает результат судебного дела слабо предсказуемым.

Ответственность доверительного собственника

Заметим, что наличие протектора траста порождает определенные правовые особенности и в части фидуциарных обязанностей доверительного собственника.

Каким образом влияют полномочия протектора на объем ответственности доверительного собственника? Всегда ли доверительный собственник обязан следовать указаниям протектора? Предположим, доверительный собственник считает, что выполнение указания протектора принесет ущерб имуществу траста и, соответственно, интересам бенефициаров. Следует ли выполнять указание или надо оспорить его в суде? Несет ли доверительный собственник ответственность в случае выполнения такого указания (или наоборот, в случае невыполнения)?

Однозначных ответов на эти вопросы также нет. Все определяется спецификой трастового документа, а также местных законов и прецедентов (но и они часто не дают однозначного ответа). Мы не будем пытаться разрешить здесь этот вопрос, ограничившись лишь указанием на существование проблемы, которую необходимо иметь в виду. Ведь если доверительный собственник не несет ответственности за действия, поскольку действовал по указанию протектора, а протектор не несет ответственности за свои указания, поскольку так написано в трастовом соглашении, то и спросить за пропажу активов будет не с кого.

Практические соображения

Итак, при создании офшорных трастов нередко назначается протектор траста, роль которого состоит в контроле над действиями доверительного собственника (доверительным собственником в офшорном трасте обычно является регулируемая трастовая компания в данной офшорной юрисдикции).

Возникает вопрос: если протектор контролирует доверительного собственника, то кто же контролирует протектора? Как правило, никто: трастовое соглашение не предусматривает контроля над протектором со стороны каких-либо лиц (за исключением, быть может, самого учредителя, который в течение своей жизни обычно может сместить протектора). Действительно, выстраивание целой пирамиды контрольных органов может сделать траст вообще неработоспособным, требуя на любое действие бесконечных бюрократических согласований.

Однако опасения учредителя по поводу сохранности имущества траста могут относиться не только к доверительному собственнику, но и к самому протектору. Отметим, что если доверительный собственник – регулируемая организация (пусть даже в офшорной зоне), то опасность злоупотреблений с ее стороны относительно невелика. В то же время протектором часто становится просто друг или знакомый учредителя, в отношении которых далеко не всегда очевидно, как они поведут себя после, допустим, смерти учредителя.

В связи с этим учредителю стоит заранее задуматься об ответственности протектора в случае нарушения им интересов бенефициаров, то есть о возможности взыскания с протектора убытков через суд. Мера этой ответственности определяется законами данной юрисдикции (с которыми

стоит заранее ознакомиться), а также условиями трастового соглашения (составление которого стоит поручить грамотным специалистам).

Стоит позаботиться и о составлении неформальных «списков пожеланий» доверительному собственнику и (или) протектору, с тем, чтобы у них было более четкое представление об их обязанностях. Этот же документ, несмотря на его неформальность, может иметь значение и в суде.

Впрочем, надо осознавать ограниченность юридических мер против злоупотреблений. Даже если суд офшорной юрисдикции признает, что протектор нарушил свои обязанности и должен возместить убытки бенефициарам, то возможность взыскания денег с протектора, проживающего в другой стране (например, в России), неочевидна.

Соответственно, к выбору протектора и наделению его конкретными полномочиями следует подходить со всей возможной ответственностью. Ведь после своей смерти учредитель не сможет исправить трастовое соглашение – а протектор, не исключено, сможет.

Материал подготовлен компанией Roche & Duffay
тел. (495) 790-2660; 926-2990