

УДК 347.65/68

МИГРАЦИЯ ИНОСТРАННЫХ ТРАСТОВ В США

© 2016 г. **И.Ю. Архангельский***

Статья поступила в редакцию 19.12.2015.

В последние годы в США, Западной Европе, России ведётся борьба с уходом от налогообложения. Её объектом являются офшорные компании, создаваемые как раз для оптимизации издержек ведения бизнеса. Стремясь на волне гонений на офшорные трасты перехватить состоятельных собственников, инвесторов и бенефициантов, многие штаты США стали предоставлять им условия, сопоставимые с заморскими налоговыми гаванями.

Ключевые слова: *персональная юрисдикция, офшорный траст.*

Состоятельные собственники во всем мире стоят перед проблемой выбора юрисдикций, в которых было бы возможно надёжно сохранять имущество, нажитое поколениями, не подвергая его риску взысканий со стороны кредиторов и превратностям чрезмерного обложения местными налогами.

В Европе налоговый режим для иностранных собственников последовательно ужесточается. К настоящему времени 28 членов ЕС согласовали план введения, euro-FATCA европейского аналога вступившего в силу 1 июля 2014 г. закона США о налогообложении иностранных банковских счетов (*Foreign Account Tax Compliance Act*), к которому в 2018 г. планирует присоединиться и Россия. Закон будут соблюдать не только страны – члены ЕС, но и такие европейские налоговые гавани, как острова Мэн, Гернси, Джерси, Сарк, а также Каймановы острова.

В самих США основатели и бенефициары трастов стоят перед трудным выбором: перевод имущества в офшорный траст с одной стороны, способен надёжно защитить его не только от исков частных кредиторов, но и взысканий со стороны Службы внутренних доходов. Подобная защита может быть исключительной, даже в случаях уголовно наказуемых деяний. С другой стороны, в последние годы основатели и бенефициары иностранных трастов подвергаются всё возрастающему налоговому и административному давлению, выдержать которое способен далеко не каждый собственник. Между тем, с начала нынешнего столетия многие штаты США включились в конкуренцию за активы состоятельных собственников, помещаемые в местные трасты. В ряде штатов были созданы условия, сопоставимые по уровню привлекательности с заморскими налоговыми гаванями. На словах выступая в поддержку и euro-FATCA, и FATF, во внешнем мире, федеральные налоговые власти США на

* **АРХАНГЕЛЬСКИЙ Иван Юрьевич** – научный сотрудник ИСКРАН. Российская Федерация, 121069 Москва, Хлебный пер., 2/3 (nikoska@nightmail.ru).

деле стараются заманить иностранные трасты в свои местные налоговые юрисдикции, подобные штатам Делавэр, Аляска и другим.

В данной работе будут рассмотрены перспективы миграции трастов из за-морских территорий на территорию отдельных штатов США.

Перемена юрисдикции и факторы, влияющие на нее

Основатели и бенефициары различных трастов в США, в особенности междуна-родных трастов, могут иметь различные причины и стимулы к перемене применяемого законодательства или подсудности. Подобная проблема часто обозначается как «перемена действующего законодательства» (*change in governing law*). Факторы, влияющие на решение о перемене действующего законодательства, разнообразны и отличаются по силе своего влияния. К таковым следует отнести (а) текущее место регистрации траста и размещения его активов (*current situs*), (б) текущую правовую юрисдикцию и применяемое законодательство, (в) домицилий основателей и бенефициаров, их планы по смене места жительства или иммиграции и т.д. В свою очередь, перемена применяемого за-конодательства может быть вызвана налоговыми соображениями, необходимостью усиления защиты имущества (*asset protection*), структурными характери-стками текущей юрисдикции и особенностями местного законодательства.

Что касается налоговых соображений, то следует принять во внимание, что федеральное налоговое законодательство предусматривает два вида налогов для трастов, зарегистрированных на территории США: федеральный подо-ходный налог и федеральные налоги на передачу собственности (налог на имущество (*estate tax*), налог на дарения (*gift tax*), налог на передачу имуще-ства через поколения (*generation skipping transfer tax*)). Лица, находящиеся под юрисдикцией США (*U.S. persons*), обязаны платить федеральный подоход-ный налог на все доходы ото всех источников, а также федеральный налог на передачу всех видов имущества, вне зависимости от места регистрации и рас-положения передаваемого имущества (*situs*).

Иностранцы, не находящиеся под юрисдикцией США, обязаны платить федеральный подоходный налог на все доходы от источников на территории США, а также федеральный налог на передачу всех видов имущества, распо-ложенного на территории США (*U.S. situs property*). Траст считается находя-щимся под юрисдикцией США с точки зрения федерального налогообложения, если (1) суд на территории США имеет право на первичный надзор за управ-лением трастом и (2) одно или более лиц, находящихся под юрисдикцией США, вправе контролировать все сколько-нибудь значимые решения тра-ста [13].

По Правилам Министерства финансов США (*Treasury Regulations*) «зна-чимым решением» (*substantial decision*) является любое решение, за исключе-нием решений органов государственной власти США, которое может быть принято в соответствии с уставными документами траста или с действующим на данной территории законодательством [27]. Примером «значимого решения» может являться решение о размерах и сроках распределения доходов траста или его основного имущества (*corpus*), о списках бенефициаров, о капиталов-ложениях, о назначении и смещении опекунов [26]. Траст, удовлетворяющий обоим тестам – и на подсудность и на контроль сколько-нибудь значимых ре-

шений, – считается *лицом*, находящимся под юрисдикцией США. Подобное лицо подлежит обложению федеральным налогом на доходы ото всех источников в любых странах мира и федеральным налогом на передачу всех видов имущества [15]. Траст, не удовлетворяющий хотя бы одному из вышеназванных тестов, считается иностранным трастом [14].

С конца 1970-х годов случаи создания или перевода имущества в оффшорные трасты лицами, находящимися под юрисдикцией США, в интересах других лиц, находящихся под юрисдикцией США, были немногочисленны из-за неблагоприятных налоговых последствий подобных операций. Такие операции стали еще более ограничены после того, как Раздел 679 Кодекса о внутренних доходах США ужесточил правила финансирования иностранных трастов лицами, находящимися под юрисдикцией США. Были созданы и другие неудобства для лиц, находящихся под юрисдикцией США и получающих доходы от оффшорных трастов. Были ужесточены принципы соответствия отчетности, возросли издержки управления трастом в иностранной для бенефициаров юрисдикции. Часто это было связано с необходимостью найма советника по инвестициям траста и лиц, обладающих полномочиями управления. Возросли издержки, связанные с нестабильностью политической ситуации на некоторых оффшорных территориях. Несмотря на указанные трудности, многие основатели трастов и советники по инвестициям из США ставили выше всего этого преимущества, предоставляемые иностранными трастами. В первую очередь, дело касалось защиты имущества [2], конфиденциальности [24], отсутствия навязчивой налоговой системы [23]. Имеет большое значение невозможность американских чиновников и бюрократов оказывать давление на иностранного опекуна с целью получения конфиденциальной информации, пользуясь при этом различными уловками и юридическими механизмами, подобными Закону об экстренных международных экономических полномочиях (International Emergency Economic Powers Act) [3]. Вообще говоря, создание иностранными лицами иностранного траста в интересах группы людей, все или часть из которых могут находиться под юрисдикцией США в качестве граждан или налоговых резидентов, является по настоящее время довольно распространенной практикой [25].

Принятие Закона о налогообложении иностранных банковских счетов (FATCA) в качестве компонента Закона о создании предпосылок для увеличения числа рабочих мест (Hiring Incentives to Restore Employment – HIRE) повышает вероятность того, что оффшорные трасты могут быть признаны «иностранными финансовыми организациями», перечисления в адрес которых от источников на территории США ежегодных, как и любых периодических, фиксированных или иным способом определяемых сумм, подлежат обложению федеральным налогом на вывод капитала (federal withholding tax). Подобного рода подоходный налог обычно взимается при выплатах процентов, дивидендов и т.§ в адрес бенефициаров-нерезидентов. С другой стороны, §1471(d)(5) Кодекса о внутренних доходах США, принятый в 2011 г., говорит в пользу того, что семейные трасты, в особенности, содержащие в уставных документах условно-платежную оговорку (spendthrift clause) или распространенную в английском праве клаузулу о потере юридической силы (lapse clause), могут не считаться иностранными финансовыми организациями. Дело в том, что по американскому законодательству семейные трасты не являются лицами, участвующими в бизнесе посредством своих представителей, имеющими переда-

ваемые другим лицам доли капитала [17]. О том же говорит и §641(b) Кодекса о внутренних доходах США редакции 2011 г., прямо определяющий, что иностранный траст считается «иностранным физическим лицом-нерезидентом, никогда не находящимся на территории США» [11].

С принятием FATCA существенно возрастает объем отчётности со стороны лиц, являющихся бенефициарами иностранных трастов. Подобная отчётность зачастую дублирует уже имеющуюся и расширяет круг лиц, которые могут быть обязаны декларировать свое участие. При этом прямого указания на такой расширенный круг лиц в Законе нет [9]. Обычно, физическое лицо, имеющее долю в иностранных финансовых активах, превышающую 50 тыс. долл., если последнее согласовано с Министерством финансов, обязано предоставлять соответствующую по форме информацию [10]. Остаётся неясным, какую отчетность обязаны подавать бенефициары дискреционных трастов. FATCA разъясняет и вводит некоторые допущения, чтобы определить, при каких условиях иностранный траст, в который переводит имущество лицо, находящееся под юрисдикцией США, считать имеющим бенефициара, находящегося под юрисдикцией США [12]. Наконец, Закон требует от любого лица, находящегося под юрисдикцией США и признанного владельцем иностранного траста в соответствии с правилами, установленными в отношении дарительских трастов, представлять финансовую отчётность по новому образцу [8]. За непредставление отчётности по указанному выше образцу налогоплательщика ждут высокие штрафы.

Лица, находящиеся под юрисдикцией США, могут избежать налогового давления, если иностранный траст, в отношении которого они выступают в качестве дарителей или бенефициаров, будет признан местным. Подобное возможно как в результате процедуры декантирования, так и в результате процедуры миграции, о чем будет подробнее сказано ниже. Преобразование траста из иностранного в местный следует проводить с учётом того, что каждый штат США имеет свою собственную шкалу налогообложения имущества репатрируемых трастов. Прежде, чем иностранный траст перейдет под юрисдикцию США, опекуны, хранители (если таковые имеются), бенефициары, включая американских и иностранных, должны убедиться в тех преимуществах, какие способен обеспечить трасту подобный переход.

Трасты для иностранцев в США

Некоторые виды иностранных трастов, среди основателей которых нет лиц, находящихся под юрисдикцией США, вправе получать налоговые льготы, сопоставимые с льготами налоговых гаваней. Для этого иностранный траст должен мигрировать на территорию США в один из штатов, где трасты не облагаются местными налогами и где иностранные бенефициары не понесут никаких ощутимых потерь. Целый ряд наблюдателей отмечает, что в противоположность основателям традиционных оффшорных трастов, зарегистрированных, к примеру, на островах пролива Ла-Манш или Каймановых островах, некоторые иностранцы-основатели все чаще обращают свое внимание на ряд штатов США в качестве потенциально привлекательных мест текущей регистрации и размещения иностранных активов [31].

На протяжении ряда лет федеральное налоговое законодательство не давало точного ответа на вопрос, возможно ли, чтобы траст, созданный на тер-

ритории и подпадающий под юрисдикцию США лицом, не находящимся под юрисдикцией США, был подвергнут американскому налогообложению. Было принято считать, что основание траста на территории, подпадающей под юрисдикцию США, несёт в себе риск подвергнуться обложению налогами США, а, следовательно, предпочтительнее создавать траст на традиционных оффшорных территориях, таких, как Джерси или Гернси. Закон о защите мелкого бизнеса 1996 г. изменил ситуацию, определив, что местный траст должен одновременно удовлетворять и тесту на подсудность и тесту на контроль значимых решений. Побудительной причиной для Конгресса США сделать законодательный акцент в сторону дополнительных оснований для признания траста иностранным была попытка уменьшить привлекательность традиционных оффшорных защитно-имущественных трастов. При двусмысленных законах о месте расположения и регистрации передаваемого в траст имущества (*situs*), действовавших в США до 1996 г., указанные оффшорные трасты можно было сконфигурировать как местные, таким образом избегая требований отчетности, применимой к иностранным трастам, финансируемым лицами, находящимися под юрисдикцией США. Кроме того, законодатели, видимо, были убеждены в том, что принятие дополнительных оснований для признания траста иностранным побудит иностранцев нанимать для управления имуществом американские трастовые компании.

С принятием тестов на подсудность и контроль сколько-нибудь значимых решений возросла степень точности при определении местных и иностранных трастов как объектов федерального налогообложения. Федеральное налоговое законодательство стало значительно более предрасположенным к признанию траста иностранным лицом, нежели местным. Подобные условия привели к тому, что стало более понятным, каким образом создавать траст в местной юрисдикции, с тем, чтобы он был признан иностранным с точки зрения федерального налогового законодательства и, следовательно, не подпадал под федеральное налогообложение в США. В случае, если лица, не находящиеся под юрисдикцией США, вправе принимать существенные решения в процессе управления трастом, к каковым могут быть отнесены назначение или смещение опекунов, назначение времени выплаты доходов бенефициарам, то подобный траст будет классифицирован как иностранное лицо. Несоответствие тесту на контроль значимых решений автоматически исключает траст из числа местных, даже если он удовлетворяет тесту на подсудность. Если траст признан иностранным, обложение федеральными налогами и соответствующая налоговая отчетность могут потребоваться только лишь в случае наличия у траста местных источников дохода, расположенной и зарегистрированной на территории США недвижимости, а также наличия бенефициаров, находящихся под юрисдикцией США. Все эти же условия существуют и для трастов, основанных за пределами юрисдикции США.

Помимо налоговых вопросов в управлении трастом важное значение имеет отношение к такой структуре со стороны государственных служб и организаций. В особенности это касается отношения фискальных, контрольных и финансовых служб в различных юрисдикциях. Иностранные основатели американских трастов могут выиграть на факте, что США, как юрисдикция, лишены репутации налоговой гавани. В то же время благоприятный налоговый режим и законодательство для трастов в таких штатах, как Делавэр, Вайоминг и

др., делают эти штаты в глазах иностранных собственников потенциально пригодными на роль налоговых гаваней. В известной степени сказанное можно отнести и к такой юрисдикции, как Англия. Тенденции последних лет по всему миру свидетельствуют о том, что во многих странах с недоверием и предубеждением начинают относиться к традиционным оффшорным юрисдикциям. На компании, зарегистрированные в подобных юрисдикциях, налагаются дополнительные ограничения (вспомним, например, о невозможности для оффшорных компаний участвовать в государственных закупках в Российской Федерации). Часто в последние годы в отношении оффшорных трастов и их основателей применяются новые, более трудоёмкие формы отчетности и обременительного налогообложения. Подобного отношения пока что лишены традиционные льготные материковые налоговые юрисдикции, но в ближайшем будущем подобная судьба может постигнуть и их.

Массового признания какого-либо штата на территории США налоговой гаванью пока не происходит. Впрочем, Национальный Конгресс Бразилии в 2008 г. принял закон, содержащий определение налоговых гаваней. Под определение напрямую попадает, например, штат Делавэр. Закон вступил в силу с 1 января 2009 г. и предусматривает существенное повышение налогообложения компаний, зарегистрированных в налоговых гаванях (20% вместо обычных 15%), а также значительно более сложную финансовую отчетность. Кандидатами в черный список бразильской SFR попадают также штаты Невада и Вайоминг [4].

Фактов запросов иностранных финансовых ведомств относительно трастов, зарегистрированных на территории США, до сегодняшнего дня в скольконибудь существенном количестве не известно. Но если регистрация в некоторых штатах США и не рассматривается напрямую как включение в черный список оффшорных юрисдикций, тем не менее, подобная регистрация налагает, заслуженно или нет, на компанию репутацию организации, уклоняющейся от налогообложения и скрывающейся от кредиторов. Такая репутация влечёт за собой недружественное отношение и подозрение со стороны налоговых и финансовых служб страны-домицилия основателя организации. Примером может служить доклад вице-председателя Ассоциации финансовых услуг Каймановых островов Эдуардо д'Анжело Сильва, в котором он открытым текстом обвинил США в потворстве некоторым из штатов в деле регистрации подставных компаний-оболочек, клиентам которых разрешается анонимное участие. Докладчик назвал штаты Делавэр, Неваду и Вайоминг юрисдикциями, способствующими уклонению от уплаты налогов, отмыванию средств, нажитых преступным путем, и назвал США налоговой гаванью [21].

При создании иностранцами трастов на территории США возможно лишь некоторое число возможных налоговых недостатков. Прежде всего, США находятся под более вероятной угрозой изменения налогового режима, нежели традиционно безналоговая юрисдикция. Так, на Каймановых островах местное законодательство позволяет опекунам получить от Управляющего губернатора (*Governor-in-Cabinet*) свидетельство об освобождении от любого налогообложения в этой стране на пятьдесят лет с момента регистрации траста даже в случае изменения финансовой политики местного правительства. Основатели местного траста должны при этом направить письменное заявление и зарегистрировать свое предприятие у государственного регистратора трастов (*Registrar of Trusts*). Помимо сказанного, основатели трастов должны пони-

мать, что переход под определённую юрисдикцию с её законами означает нечто большее, чем только лишь переход под местное налоговое законодательство. Например, регистрация траста на территории США с большой долей вероятности распространит юрисдикцию местных судов на фидуциаров траста в том, что касается вопросов управления, а, значит, и на бенефициаров траста, сообразно долям их участия в имуществе траста. Согласно §202(a) Примерного Кодекса о трастах (*Unified Trust Code*) редакции 2005 г., "суды основного места функционирования траста имеют право выносить судебные постановления в отношении траста, которые являются обязательными как для опекунов, так и для бенефициаров". Поэтому иностранцам, желающим перевести траст на территорию США, нужно учитывать вероятность применения законов США в отношении траста и вынесения соответствующих судебных решений. Если траст когда-либо станет предметом судебной тяжбы, велика вероятность того, что подобная тяжба будет проходить на территории США, а фидуциары и бенефициары должны будут руководствоваться местными законами.

Вместе с тем, миграция траста не обязательно должна быть окончательной. Юрисдикции, обеспечивающие инвесторам гибкие условия работы и управления имуществом, обычно предоставляют предприятиям возможности дальнейшей миграции в случае, если данная юрисдикция по каким-либо причинам окажется недружественной в налоговом или судебном отношении.

Ещё одним фактом в поддержку возможного решения руководства иностранного траста о миграции на территорию США может послужить вступившие в силу 28 марта 2011 г. обновленные поправки к «Разъяснениям Закона о банковской тайне» (*Bank Secrecy Act*). Данные поправки отменяют определение федерального подоходного налога в том, что касается квалификации местного или иностранного траста [5]. Вместо этого определения принимается правило, согласно которому траст считается местным, исходя из того, есть ли у него обязательство подавать декларацию об открытии счетов за границей по форме TD F90-22.1 (в редакции марта 2011 г.), при условии, что такой траст основан, зарегистрирован, организован в соответствии с федеральными законами США или законами какого-либо из штатов [6]. Навязывание декларации о банковских счетах за границей (*foreign bank account report – FBAR*) для трастов, которые являются иностранными с точки зрения местного налогообложения, может существенно снизить привлекательность США как юрисдикции, с территории которой возможно управлять иностранными трастами, не имеющими бенефициарами подданных США [28].

Необходимо также коснуться темы условно-платежных (*spendthrift*) трастов в США. Как известно, создавая трасты на оффшорных территориях, состоятельные основатели, занятые высокодоходной, но рискованной деятельностью, часто рассчитывают на защиту своих активов от исков кредиторов. Классические защитно-имущественные трасты (*asset protection trusts*) начали появляться именно на оффшорных территориях, таких, как острова Кука, Бермуды, остров Гернси и др. С точки зрения защиты от кредиторов, не только подданные США, но и подданные других государств могут быть заинтересованы в создании защитно-имущественных трастов. Многие оффшорные территории интересны именно защитой интересов основателей или бенефициаров, которые считаются или могут начать считаться должниками. Если защита бенефициаров-должников не считается чем-то особенным с точки зрения законодательства

многих стран, то с защитой основателей-должников дело обстоит намного сложнее. На протяжении столетий по нормам общего права считалось недопустимым защищать основателей трастов от кредиторов. Поэтому во многих юрисдикциях законодательная защита основателей трастов от кредиторов запрещена.

С другой стороны, повышенный уровень защиты имущества должника всегда компенсируется пониженным уровнем свободы распоряжения подобным имуществом. В случае основателя траста это выливается в отсутствие у него сколько-нибудь значительных рычагов управления трастом. Отсутствие рычагов управления имеет большое значение и для бенефициаров защитно-имущественного траста. Если бенефициар не в силах изменить форму, объём, место и сроки выплаты доходов траста, то кредиторам, по крайней мере кредиторам, находящимся под юрисдикцией США, едва ли есть смысл пытаться завладеть имуществом траста, если только имущество не было переведено в траст основателем в результате притворного перевода (*fraudulent transfer*), что еще требует соответствующего доказательства.

Общее право, которым руководствуются все территории, находящиеся под юрисдикцией США, вплоть до последних лет не допускало возможности создания основателем условно-платёжного траста в собственных интересах [20, 30]. Именно эту проблему общего права впервые разрешили такие оффшорные территории, как острова Кука и некоторые другие [16]. Так, после принятия на островах Кука «Закона о международных трастах 1984 г.», в эту и некоторые другие юрисдикции стали в большом объеме приходить иностранные инвестиции, оформленные в виде защитно-имущественных трастов. К моменту принятия на островах Кука в 1989 г. поправок к «Закону о международных трастах», по меньшей мере 16 других оффшорных юрисдикций приняли на своей территории похожие законы о защитно-имущественных трастах. Помимо законодательного разрешения на регистрацию самосозданных условно-платёжных трастов, в этих юрисдикциях были значительно ужесточены правила, по которым кредиторам разрешалось признавать перевод имущества в траст притворным переводом. В частности, укорачивался срок, в течение которого было возможным подавать иск о притворности перевода имущества, запрещалось признавать судебные решения других юрисдикций, выдвигалось требование проводить судебное разбирательство только на территории данного оффшорного государства с привлечением исключительно местных адвокатов, прокуроров и судей. Принимались и более сложные методы защиты имущества условно-платежных трастов. В результате подобных мер, многие кредиторы отказывались возбуждать судебные иски в иностранных юрисдикциях и в условиях неизвестного, а подчас и прямо враждебного им законодательства. Итогом подобного положения вещей на оффшорных территориях стали участвовавшие случаи стремления кредиторов предложить ответчику приемлемые для него пути к компромиссу.

Прежде всего, под влиянием вышеописанного оффшорного законодательства о защитно-имущественных трастах, ряд штатов США приняли на своей территории законы, разрешающие создавать условно-платежные трасты, являющиеся американскими аналогами оффшорных защитно-имущественных трастов. В этих штатах впервые на законодательном уровне стало возможным регистрировать самосозданные условно-платежные трасты, функционировавшие в интересах основателей. К таким штатам, кроме Аляски и Делавэра,

раньше других принявших подобные законы, в наши дни можно отнести штаты Вайоминг, Гавайи, Монтану, Неваду, Оклахому, Род-Айленд, Северный Гемпшир, Тенесси, Южную Дакоту, Юту. Конечно, условно-платёжные трасты, созданные в перечисленных штатах, никогда не смогут предложить такой же уровень защиты имущества, как оффшорные трасты, созданные основателями и работающие на бенефициаров, находящихся под юрисдикцией США. Но для таких основателей и бенефициаров другие факторы могут склонить весы в пользу американских условно-платёжных трастов. Эти факторы уже указаны выше (отсутствие трудоёмких форм отчётности, обременительного налогообложения и др.) Можно ещё добавить, что штрафы для подданных США за непредставление отчётности об имеющихся у них иностранных трастах и других иностранных компаниях, счетах, открытых за границей, в последние годы многократно увеличены и носят, по сути, конфискационный характер. Такие штрафы дополняются уголовным преследованием за уклонение от подачи деклараций о подобной зарубежной собственности подданных США.

Пути и цели миграции трастов в США

Существуют три основных пути миграции траста или его активов из одной юрисдикции в другую с изменением действующего в отношении траста законодательства.

1. Отставка прежнего опекуна и назначение нового в новой юрисдикции, под которую планирует переходить траст.

2. Декантирование (*decanting*) активов прежнего траста по распоряжению опекуна или другим методом перевода на счёт другого, независимого траста в новой искомой юрисдикции. Инициатива перехода под новую юрисдикцию может исходить как от действующего руководства траста, так и от его хранителя или семейного консультативного комитета.

3. Прекращение деятельности траста и создание нового траста его бенефициарами.

Наилучшим путем изменения места текущей регистрации иностранного траста и размещения его активов (*situs*) может считаться путь, учитывающий особенности уставных документов траста и природу его активов. Важно также учитывать цели основателей и бенефициаров и действовавшее до миграции местное законодательство.

Каждый из указанных выше путей миграции влечёт некоторые проблемы, в разной степени разрешимые для участников траста и по-разному влияющие на реструктуризацию имущества траста и налоговые последствия перехода под новую юрисдикцию. Например, миграция иностранного траста под юрисдикцию США создаёт больше уверенности в том, что реструктуризация имущества не приведёт к ускорению признания нераспределенных доходов иностранного траста подлежащими обложению федеральным подоходным налогом, чего нельзя сказать в случае декантирования.

Нередко самым лучшим путём для миграции и перехода под новую юрисдикцию является путь, явным образом прописанный в уставных документах траста. Если же уставные документы траста не содержат указаний на разрешённые методы миграции, опекуну может потребоваться согласие суда. Во многих странах подобное согласие зависит от требований, заключённых в ус

тавных документах, и от тех явных целей, которые прослеживаются в распоряжениях основателя, либо в том, что касается пользы бенефициаров.

В США, как и в большинстве стран, в случае отсутствия указания в уставных документах на вопросы, связанные с построением структуры траста или вопросы управления, последние решаются в соответствии с местным законодательством. В данном случае применяются законы изначального места регистрации и размещения активов траста [18]. Вопросы продолжительности действия уставных документов регулируются законодательством изначального места регистрации траста до тех пор, пока траст имеет существенную связь (*substantial relationship*) с первоначальной юрисдикцией, причём законы подобной первоначальной юрисдикции не вступают в вопиющее противоречие с основными нормами общественной политики той юрисдикции, с которой у траста в настоящее время имеется наиболее тесная связь [19].

Юрисдикции, в которых ратифицирована и формально действует «Гагская Конвенция по регулированию законодательства о трастах и их признанию» (*Hague Convention Governing the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*) предоставляет основателям практически неограниченную возможность свободного выбора юрисдикции для своих трастов, независимо от связей со страной происхождения основателя. Надо отметить, что с момента принятия Гагской Конвенции в 1985 г., лишь некоторые юрисдикции присоединились к ней. Недовольство положениями Гагской Конвенции со стороны многих штатов США, стремящихся привлечь трастовые компании и средства трастов на свою территорию, как и недовольство многих оффшорных государств, проистекает, прежде всего, из-за того, какими правилами регулируется в Конвенции применение иностранного законодательства в отношении трастов. Например, Статья 15 Конвенции (в редакции 1 июля 1985 г.) позволяет исполнять на чужой территории решения иностранных судов. В частности подобные решения подлежат исполнению, если речь идет о нижеследующих вопросах: (1) о защите малолетних и недееспособных сторон; (2) о персональных и имущественных последствиях заключения брака; (3) о правах наследования и завещания неотъемлемых долей имущества супругов и родственников; (4) о переводе имущественных прав и долей имущества; (5) о защите кредиторов в случае неплатежеспособности заемщиков; (6) о защите третьих сторон при иных обстоятельствах, если стороны являются добросовестными приобретателями и действуют в рамках закона. Нужно принимать во внимание, что исторически общим правом не предусмотрено принудительное наследование, вследствие чего те юрисдикции, где действует англо-американское право, обладают для многих инвесторов и основателей трастов преимуществом по сравнению с прочими юрисдикциями. На территориях с действующим общим правом права наследования могут регулироваться местным законодательством, что зачастую является определяющим фактором для основателей, имеющих иной домицилий.

Что касается основателей, находящихся под юрисдикцией США, то для них Гагская Конвенция не представляет интереса, поскольку «Примерный Кодекс о трастах США» (*Uniform Trust Code – UTC*) даёт им даже больше возможностей. Примерный Кодекс о трастах был принят в большинстве штатов США и послужил общей основой для современного американского законодательства о трастах. Примерный Кодекс также предоставляет основателям практически неограниченную возможность свободного выбора юрисдикции для

траста, при этом вмешательство судебных решений, вынесенных за пределами США, в отношении специальных случаев, перечисленных выше в Гаагской Конвенции, не предусмотрено [29].

Уставные документы некоторых трастов могут содержать распоряжения относительно того, на какую юрисдикцию должна быть изменена текущая юрисдикция траста, по законам которой управляется траст. Но довольно часто не разъясняются обстоятельства, при которых должна производиться смена юрисдикции и миграция траста. Однозначное требование того, чтобы траст всегда управлялся в конкретной юрисдикции, может вылиться в серьезную проблему и для опекунов, и для бенефициаров. Если основатель не предполагал, что законы страны первоначальной регистрации могут войти в противоречие с законами страны текущей работы траста, то подобная недальновидность может привести к тому, что управление трастам в одной юрисдикции по законам другой юрисдикции может оказаться непозволительно трудным и дорогим. Проблема может превратиться в неразрешимую, если речь идет о безотзывном трасте.

Правильный выбор юрисдикции для международной миграции траста может быть решающим, если целью миграции служит продление срока действия траста до уровня бессрочного или сопоставимого с ним. Как известно, нормы классического общего права не разрешают помещать имущество в бессрочный траст, а все доли подобного имущества должны распределяться между участниками не позднее, чем через 21 год после смерти лиц, для которых эти доли создавались. Вместе с тем, этот классический принцип уже начал размываться с тех пор, как владельцами долей в трасте начали выступать корпорации и другие юридические лица. Частый уход таких лиц от классических правил через различные коммерческие схемы и сделки уже является поводом для серьезного опасения основателя траста о дальнейшей судьбе помещенного в траст имущества. Богатство династии может быть позже размыто взаимным участием бесконечного числа юридических структур в числе бенефициаров от имущества. Пытаясь привлечь на свою территорию имущество трастов и фирмы, им управляющие, многие юрисдикции освободили некоторые виды долей имущества от «Правил против бессрочных трастов». Так, в штате Вайоминг, траст может действовать в течение 1000 лет после смерти первых бенефициаров. Фактически это означает создание бессрочного траста, так как за пределами подобного периода все равно невозможно никакое планирование. Другие юрисдикции, включая штаты США, устанавливают более скромные временные рамки.

Вместе с тем, следует помнить, что траст, к которому возможно применение «Правил против бессрочных трастов», будет считаться юридически ничтожным, если принципы его организации будут выходить за рамки местных ограничений в законодательстве. Например, в том же Вайоминге иностранец вправе создать местный 1000-летний траст; но если имущество, помещенное в такой траст, не является имуществом из источников на территории штата Вайоминг, это может породить конфликт с законами других штатов, федеральными законами или законами иных иностранных юрисдикций. В особенности сложным будет случай помещения в такой траст имущества из источников за пределами США. Однако в том, что касается такого вида имущества траста, как недвижимость, существует общее правило, согласно которому недвижимость, переданная в местный траст, не может подвергаться ограничениям по срокам пребывания в трасте, если местное законодательство не преду-

смачивает никаких ограничений или правил против бессрчных трастов. При этом недвижимость траста должна находиться на территории данного штата или в местной юрисдикции. В таком случае законы изначальной юрисдикции, в которой создавался траст, не будут действовать в указанном штате или в местной юрисдикции. Но и тут существуют варианты обойти, в случае необходимости, местные законы. В частности, местный траст может находиться в собственности у иностранной или иной корпорации, зарегистрированной за пределами данного штата или данной юрисдикции. В этом случае местный траст будет управляться по законам изначальной или иностранной юрисдикции, в которой зарегистрирована корпорация.

Миграция ранее созданного траста в новую юрисдикцию с целью ухода от «Правил против бессрчных трастов» представляется малоперспективной, поскольку оно трактуется практически всеми юрисдикциями не как способ управления трастом, а как критерий юридической силы траста. Так, например, Аннотированный кодекс законов штата Делавэр говорит по этому поводу: «Время действия траста и время раздачи долей имущества траста не могут меняться на том лишь основании, что место, из которого происходит управление трастом, изменилось с какой-либо иной юрисдикции на данный Штат»[7]. Другое дело путь декантирования. Декантирование, как перелив старого имущества траста в новую управленческую оболочку, способно вернуть применение местных правил о бессрчных трастах к ранее существовавшему иностранному трасту. Многие штаты США, как, например, Южная Дакота, отменившие на своей территории «Правило против бессрчных трастов», не спешат разрешать иностранным трастам, мигрирующим на их территорию путем декантирования, избегать «Правил», если оно действовало в первоначальной юрисдикции мигрирующего траста [22].

Наконец, необходимо упомянуть еще один путь, открытый трасту для миграции под новую юрисдикцию. В уставные документы траста может быть включена оговорка об автоматической миграции (*automatic migration clause*). Эта оговорка, известная как оговорка о побеге (*flee*), о Кубе (*Cuba*), о форс-мажоре, долгое время была атрибутом оффшорных защитно-имущественных трастов. Оговорка обеспечивает незамедлительный перевод имущества траста под другую юрисдикцию, если траст становится объектом атаки кредиторов или ему грозит национализация. Оговорка об автоматической миграции обычно предусматривает как смену действующего в отношении траста законодательства, так и смену подсудности. Оговорка часто применяется иностранными трастами как средство защиты от экономической, политической, военной нестабильности. Вместе с тем, подобная оговорка способна спровоцировать неоправданный перевод имущества под другую юрисдикцию. Известен случай, когда после убийства губернатора Бермудских островов в марте 1973 г., автоматически сработали оговорки против политической нестабильности во множестве трастов, зарегистрированных к тому времени на этой оффшорной территории. Хотя никакой политической, экономической или иной нестабильности не последовало, множество трастов совершенно напрасно потеряли место текущей регистрации на Бермудских островах. После этого случая оговорка об автоматической миграции в уставных документах оффшорных трастов стала использоваться довольно редко, ведь большинство оффшорных территорий

сами по себе весьма стабильны и, как правило, не требуют срочного перевода имущества траста под иную юрисдикцию.

В некоторых штатах США, между тем, принято и действует законодательство, разрешающее применение автоматической миграции местными трастами. Например, в штате Вайоминг действует закон, заимствованный из штата Делавэр, разрешающий автоматическую миграцию местных трастов через отставку их опекунов, если «суд предпримет шаги к тому, чтобы не применять законы штата Вайоминг для определения законности создания, построения или управления трастом, либо законности его условно-платёжной оговорки» [32]. С момента вступления в силу оговорки, опекун более не имеет права распоряжаться имуществом траста, кроме права передать управление трастом следующему опекуну. Если следующий опекун находится в офшорной юрисдикции, траст мигрирует в такую юрисдикцию, тем самым уклоняясь от решений судов штата Вайоминг. Особенно важным это может быть в случае, если суд штата Вайоминг вынужден вынести решение о непризнании самосозданного условно-платёжного траста.

Необходимо отметить, что условие автоматической миграции может представлять собой сложность с точки зрения практического применения. За исключением набора точно определяемых ситуаций, не допускающих субъективного толкования, трудно предсказать, с какого момента миграция траста становится необходимой. Например, экспроприация имущества со стороны местных властей может не сводиться к одному очевидному акту. Потенциально конфискационный закон может вводиться в действие постепенно, в несколько этапов. В этом случае основателю траста трудно определить, с какого именно момента нужно начинать миграцию и в ответ на какое действие. Отдать ли право принятия решения опекуну в случае одних событий или отдать решение на суд хранителя траста в случае других. Хранитель же может быть в сомнении, не действует ли он слишком поспешно.

Независимые национальные государства, на территории которых зарегистрированы трасты и размещено их имущество, могут участвовать в ползучей конфискации посредством обесценения национальной валюты, повышения налогов и внесения поправок в местное законодательство о трастах. Разработчик уставных документов траста должен, с одной стороны избегать внезапного запуска процедуры необоснованной миграции, с другой – не тормозить начала процедуры, с тем чтобы не очнуться, когда уже слишком поздно спасать имущество. Учесть и то, и другое – непростая задача.

Заключение

Миграция трастов в последнее время приобрела совершенно исключительное значение и для России. Связано это, в первую очередь, с проблемой возврата ранее выведенных из России капиталов, столь необходимых для ускорения развития промышленности. Сырьевая модель развития экономики России терпит крах, правительство вынуждено повернуться лицом к промышленности для сохранения роли страны в мировой экономике и поддержания ранее достигнутого уровня благосостояния населения.

Амнистия капиталов – одна из форм привлечения в страну так необходимых ей инвестиций. На это направлен принятый не так давно «Закон о контро-

лируемых иностранных компаниях» (376-ФЗ). По смыслу, Закон не допускает оптимизации налогов российских граждан при выводе капитала за рубеж, если граждане большую часть времени живут в России и имеют здесь центр жизненных интересов (семью, основной бизнес, работу, недвижимость и т.д.) В таком случае такие граждане приравниваются к другим налогоплательщикам. Амнистия капиталов для России важна именно в ближайшие годы. Из 500 крупнейших российских компаний 261 принадлежит фирмам в иностранных юрисдикциях. Например, согласно ЕГРЮЛ, 67% компании «Мечел» контролируется кипрскими компаниями Calridge Ltd, Bellasis Ltd, Cyberwood Ltd, Actiondeal Ltd, Armolink Ltd, бенефициаром которых является предприниматель Игорь Зюзин. За первую половину 2015 г. выручка «Мечела» составила 2,3 млрд. долл. По статистике Федеральной налоговой службы, в 2014 г. российские компании заплатили своим зарубежным материнским фирмам свыше 1 трлн. руб. дивидендов. С основной части этих сумм (732 млрд.) был заплачен налог в 5%. По ставке от 5 до 10% облагались дивиденды в 117 млрд. руб., под ставку выше 10% попали дивиденды на сумму 101,5 млрд. руб. Больше половины указанной суммы получили кипрские компании (481,7 млрд. руб.), на втором месте – Королевство Нидерландов (194,5 млрд. руб.), на третьем – Германия (93,5 млрд. руб.) [1]. Если будет доказано, что конечными получателями указанных средств являются российские граждане, то только за счет повышения ставки налога на выплату дивидендов за рубеж, доходы федерального бюджета России увеличились бы на 50-70 млрд. руб. Учитывая, что с 2017 г. налоговые службы крупнейших стран, участвующих в евро-FATCA, включая Россию, будут информировать друг друга о бенефициарах компаний, анонимное участие в иностранном трасте может стать проблематичным.

На встрече президента РФ Владимира Путина с кабинетом министров 25 марта 2015 г., министр финансов Антон Силуанов предложил ввести в российское законодательство такое юридическое понятие, как безотзывный траст. Принятие этой формы управления имуществом из системы общего права в российскую правовую систему могло бы совершить революцию в деле миграции капиталов на территорию Российской Федерации. Опыт миграции иностранных трастов на территорию США был бы при таком развитии событий весьма ценен.

Список литературы

1. Компании, использующие офшоры, обложили дополнительным налогом. // Известия, 14.02.2015.
2. Adkisson, J. Why do Creditors Win in Most of the Reported Asset Protection Cases?, Forbes, Aug 25, 2011.
3. An Act with Respect to the Powers of the President in Time of War or National Emergency, Statute 91, p. 1625, U.S. Govt. Print. Off., 1977.
4. Brazil Blacklists Delaware as Tax Heaven. Nevada, Wyoming next?, Government & Politics, September 20, 2008. <http://thesovereigninvestor.com/government-politics/brazil-blacklists-delaware-as-tax-haven-nevada-wyoming-next/>
5. Code of Federal Regulations §1010, 2011.
6. Code of Federal Regulations §1010. 350(b)(3), 2011.
7. Delaware Code Annotated, Title 12, §3332(a), 2011.
8. I.R.C. §§6048(b), 6677(a), 2010.
9. I.R.C. §6038D, 2011.
10. I.R.C. §6038D(a), 2011.

11. I.R.C. §641(b), 2011.
12. I.R.C. §679, 1998.
13. I.R.C. §7701(a)(30)(E), 2011.
14. I.R.C. §7701(a)(31)(B), 2011.
15. I.R.C. §7701, 2011.
16. International Trusts Act of 1984, §13C (Cook Islands).
17. Public Law 111-147. 111th Congress. Mar 18, 2010.
18. Restatement Second of Conflict of Laws §§268, 272, 1971.
19. Restatement Second of Conflict of Laws §§269, 270, 1971.
20. Restatement Third of Trusts §58(2), 2003.
21. Silva P., D'Angelo E., Should the United States Curb the Use of Caribbean Tax Havens? Inter-American Dialogue's, June 10, 2009.
22. South Dakota Codified Laws §55-2-20, 2011.
23. Sterk, E. Stewart, Asset Protection Trusts, Cornell Law Review, vol. 85, p.p. 1035, 1048, 1049, 2000.
24. Tax Justice Network, New OECD Report on Automatic Information Exchange: Will Developing Countries be Left Out?, Feb. 13, 2014.
25. Thunder in Paradise, University of Miami Inter-American Law Review, vol. 40, p.p. 169, 171, 172, 2008.
26. Treasury Regulations §301.7701-7(d), 2011.
27. Treasury Regulations §301.7701-7(d)(ii), 2011.
28. U.S.C. §5314(a), 2011.
29. Uniform Trust Code §107, 2000.
30. Uniform Trust Code, §502, 2000.
31. Whitaker, G. W. , The U.S. May be Good Trust Jurisdiction for Foreign Persons, Estate Planning, vol. 33, p. 36, February 2006.
32. Wyoming Statutes Annotated §4-10-522, 2011.

Migration of Foreign Trusts to the USA

(USA ❖ Canada Journal, 2016, No.5 , p.88-102).

Received: 19.12.2015.

ARKHANGELSKY Ivan Yur'evich, Institute for the U.S. and Canadian Studies, Russian Academy of Sciences, 2/3 *Khlebny per.*, Moscow, 121069, Russian Federation (nikoska@nightmail.ru)

Last years the fight against tax evasion reached its peak in the USA, the Western Europe, Russia. At the forefront of this struggle are offshore companies that are being created for "optimizing" the business. Trying on this wave of persecution against offshore trusts to intercept wealthy owners, investors and beneficiaries, many American States began to provide them with conditions that are comparable to overseas tax havens.

Keywords: *personal jurisdiction, domicile, domestic trust, foreign trust, situs, rule against perpetuities, spendthrift trust, asset protection trust, fraudulent transfer, decanting.*

About the author:

ARKHANGELSKY Ivan Yur'evich, researcher.