

УДК 347.65/68

НОВЫЕ ФОРМЫ ДОВЕРИТЕЛЬНОГО УПРАВЛЕНИЯ В США: ХРАНИТЕЛИ ТРАСТОВ

© 2012 г. **И.Ю. Архангельский***
Институт США и Канады РАН, Москва

С середины 1990-х годов в США всё большую роль начинают играть такие виды управляющих, как хранители трастов. Первоначально такие хранители появились в составе управляющих офшорных охранно-имущественных трастов для блокирования решений опекунов об удовлетворении исков к основателям. В конце 1990-х некоторые штаты США приняли законы, разрешавшие создание на своей территории местных охранно-имущественных трастов, сходных с офшорными, причём дозволялось назначать советников или хранителей трастов.

Ключевые слова: советник траста, хранитель траста, охранно-имущественный траст, фидуциарная ответственность, опекун, бенефициар.

С середины 1990-х годов в законодательстве США о трастах всё более значительное место получают такие субъекты доверительного управления, как хранители трастов. Первоначально введённый в практику основателями офшорных охранно-имущественных трастов, институт хранителей в начале 2000-х годов получил дальнейшее развитие. С принятием Примерного свода законов о трастах (*Uniform Trust Code – UTC*) в 2004 г., предоставившего дополнительные полномочия опекунам, некоторые штаты США модифицировали своё законодательство о трастах. Ряд штатов разрешил создание на своей территории охранно-имущественных трастов по образцу офшорных. Этим объясняется тот факт, что хранители понадобились и для местных охранно-имущественных трастов.

Появление нового типа управляющих, какими являются хранители трастов, служит целям защиты переданного в доверительное управление имущества от притязаний кредиторов, а также целям контроля основателей трастов за усилившими свои позиции после 2004 г. опекунами, как при жизни основателей, так и после их смерти. Тем не менее, введение в схему управления хранителей добавляет трастам существенно больше возможностей для долгосрочной работы. Большинство основателей современных трастов, за исключением небольшого класса образовательных и благотворительных, более всего стремятся к посмертному для основателя обеспечению интересов бенефициаров, т.е. именно к долгосрочной работе траста, а это невозможно без гибкой системы управления.

* **АРХАНГЕЛЬСКИЙ Иван Юрьевич** – научный сотрудник ИСКРАН.
E-mail: nikoska@nightmail.ru

Как всегда в процессе управления собственностью, а доверительного в особенности, наряду с достоинствами новых рычагов управления проявляются и их недостатки. Первый блок возникающих управленческих проблем обычно обсуждается в рамках так называемой теории представительства. Данная теория рассматривает различные аспекты доверительного управления активами, в частности взаимоотношения между основателем, опекуном и бенефициаром траста. Наиболее рельефно проблемы взаимоотношений внутри структуры траста выглядят именно на примере местных трастов США. Прежде всего, в теории обсуждаются пути снижения издержек управления трастом, а это важнейший для любого основателя вопрос. Обсуждаются также основные функции хранителя траста как управляющего. Сюда входят не только обязанности надзора за действиями опекунов, но также обязанности по принятию ключевых решений в работе траста, таких как изменение типа траста, его юрисдикции, внесение поправок в уставные документы и полномочия опекунов, иными словами, все те решения, которые способны коренным образом сократить издержки управления. Второй блок возникающих управленческих проблем связан с недостаточной законодательной регламентацией функций хранителей трастов. В этой области число академических работ, написанных теоретиками общего права, значительно превышает число руководств, написанных практиками. С другой стороны, по мере создания трастов с новыми инструментами управления растёт и корпус прецедентных судебных решений в отношении прав и обязанностей хранителей [13], что отчасти компенсирует недостаток законодательной базы.

В работе предпринята попытка коснуться главных теоретических вопросов, таких как нормы поведения хранителей трастов в системе общего права, а также вытекающих из них управленческих прав и обязанностей хранителей. Ниже будет показано, как права и обязанности хранителей на практике воплощаются в работе местных трастов в США и за их пределами.

Происхождение и правовой статус хранителей трастов

Как известно, смысл доверительного управления состоит в том, что некое лицо (доверитель) переводит собственность на имя другого лица или организации (опекуна), давая последним все необходимые указания, каким образом надлежит управлять полученной собственностью в интересах третьего лица (бенефициара).

С начала XXI века в США и других странах, где развито доверительное управление, опекуны постепенно получают всё больше свободы и полномочий в ключевых управленческих решениях. Расширение полномочий прежде всего связано с усложнением структуры передаваемой и управляемой собственности. Глобализация экономической деятельности также значительно усложняет процесс эффективного управления собственностью. Перечисленные причины всё чаще заставляют доверителей обращаться к специализированным организациям, оказывающим услуги доверительного управления.

В середине первого десятилетия XXI века в США и других странах общего права для защиты интересов доверителей, главным образом, основателей и бенефициаров трастов, были приняты новые и усовершенствованы старые за-

коны о трастах. За первой редакцией Примерного свода законов о трастах в США 2004 г. последовала его вторая (2005 г.) редакция [32, §816, 76 U.L.A. 627]. В том же 2004 г. в США принимается Примерный закон о полномочиях опекунов (*Uniform Trustees' Powers Act*), в котором в отчётливом виде прописаны двадцать пять основных полномочий опекуна [33, § 3, 76 U.L.A. 689]. Одни штаты приняли его на своей территории в том же году, другие приняли свои собственные законы, определившие список полномочий опекунов. Опекуны по новым законам наделялись весьма значительными правами. Вместе с тем большие права порождают большой риск, если попадают в руки безответственных или неумелых управляющих. Для страховки от подобных ошибок и был введён в практику новый тип управляющих, называемых хранителями трастов.

Появление хранителей, по мнению многих исследователей данного вопроса, стало самым значительным вкладом в практику доверительного управления последних десятилетий, равно как и в законодательство о трастах в США и других странах мира.

Возникновение нового типа управляющих напрямую связано с появлением охранно-имущественных трастов на территории некоторых штатов США. Напомним, что охранно-имущественные трасты относятся к имущественным условно-платёжным трастам (*spendthrift*), созданным непосредственно самими основателями. Охранно-имущественные трасты создаются для защиты имущества основателей от исков кредиторов [29, р. 163, 164]. Поскольку в 1990-е годы в США создание охранно-имущественных трастов считалось несовместимым с интересами большинства общества, в соответствии с базовыми концепциями общего права, то охранно-имущественные трасты создавались лишь в офшорных зонах, имевших льготное налогообложение. Офшорными трастами пользовались самые разные люди, среди которых мошенников и несостоятельных должников было ничтожное меньшинство. В большей степени офшорными охранно-имущественными трастами пользовались люди, чей профессиональный риск судебного преследования был так же высок, как и доходы. В 1990-е годы офшорные трасты создавались высокооплачиваемыми врачами, индивидуальными предпринимателями с неограниченной финансовой ответственностью, спортсменами, выступавшими в рискованных видах спорта, актёрами, получавшими значительные гонорары за свою работу, и т.п. Основатели офшорных охранно-имущественных трастов почти всегда включают в текст уставных документов специальные клаузулы, представляющие собой, по большей части, антипрессинговые оговорки, блокирующие имущество траста, если его основатель оказывается под давлением возникших неблагоприятных обстоятельств (*anti-duress clause*). Часто в уставные документы охранно-имущественных трастов включаются также оговорки о перемене domicilia (*flight clause*). Оговорка о перемене domicilia предписывает иностранному опекуну предпринять возможные усилия по спасению имущества траста перед лицом грозящей национализации, экспроприации или политической нестабильности.

Несмотря на очевидные преимущества офшорных охранно-имущественных трастов, многие американские подданные не решаются переводить свои активы под юрисдикцию налоговой гавани и передавать права собственности и управления незнакомым людям, действующим в незнакомой правовой системе. Поэтому когда в некоторых штатах США были приняты законы, разрешившие создание на их территории местных охранно-имущественных трастов,

некоторая часть офшорных трастов репатриировала своё имущество и поменяла иностранный доминирующий на местный.

К настоящему времени законодательство многих штатов прямо или косвенно разрешает основателям трастов назначать хранителей. Различные штаты в их отношении к хранителям условно делятся на три группы. Законы первой группы явно и недвусмысленно разрешают создание на своей территории охранно-имущественных трастов и признают фигуру хранителя траста в качестве одного из управляющих. Законы штатов второй группы построены на основе федерального Примерного свода законов о трастах. Штаты третьей группы самостоятельно регулируют правила создания и управления трастами на своей территории.

Первым штатом, разрешившим в 1997 г. создание охранно-имущественных трастов на своей территории, стал штат Аляска. Два года спустя похожие положения были приняты в штате Делавэр. Сегодня законодательство одиннадцати штатов США разрешает создавать охранно-имущественные трасты (Аляска [4, §§34.40.110, 13.36.035-13.36.060], Вайоминг [35, §§4-1-505, from 4-10-510 till 4-10-523], Делавэр [7, Title12, §§3570-76], Миссури [17, §§456.5-505], Невада [20, §§166.010-166.170], Нью-Хэмпшир [21, §§564D,1-18], Оклахома [23, title31, §§10-18], Род-Айленд [25, §§18-9.2-1-18-9,2-7], Теннесси [31, §§35-16-101-35-16-112], Южная Дакота [26, §§55-16-1-55-16-17], Юта [34, §§25-6-14]). В шести из указанных штатов (Аляска [2, §13.36.370(a)], Вайоминг [34, §4-10-710a], Делавэр [8, §3313, Supplement 2008], Род-Айленд [24, §18-9.2-2(9)(iii)(B)], Южная Дакота [26, §55-1B-1(2) Supplement 2008], Юта [34, §25-6-14(2)(e)(iv)]). Положения законов в явном виде и недвусмысленно разрешают основателям трастов назначать и смещать советников и хранителей. Сегодня шесть штатов непосредственным образом определяют полномочия хранителей трастов: Делавэр [8, §3570(11), Supplement 2008], Вайоминг [35, §4-10-710(a)], Нью-Хэмпшир [21, §564-D, from 1 to 18], Род-Айленд [25, §§18-9.2-1-18-9-2-7 2003, Supplement 2009], Южная Дакота [26, §55-1B-6, 2004. Supplement 2008], Юта [34, §25-6-14(2)(e)(iv)].

К 2006 г. всего 18 штатов и федеральный округ Колумбия приняли на своей территории Примерный свод законов о трастах (Алабама, Арканзас, Вайоминг, Вирджиния, Канзас, Миссури, Мэн, Небраска, Нью-Хэмпшир, Нью-Мексико, Огайо, Орегон, Пенсильвания, Северная Каролина, Теннесси, Флорида, Южная Каролина, Юта). Раздел 808 (b) Примерного свода законов о трастах позволяет основателям трастов назначать третьих лиц для надзора за опекунами. Закон наделяет третьих лиц правом вносить изменения в характер управления трастом, а также менять порядок распределения средств траста [32, §808(b), 76 U.L.A. 604]. Хотя такое понятие, как «хранитель», прямо в тексте Примерного свода законов не употребляется, в толковании к Разделу 808 говорится о том, что подразделы (b) – (d) позволяют назначать советников и хранителей трастов [32, §808 (comment), 76 U.L.A.604]. Такие штаты, как Аризона [3, §14-1018], Айдахо [12, §15-7-501] и Мичиган [16, §700.7103(n)] непосредственно ввели понятие хранителя в своё законодательство о трастах.

Вообще, только 14 штатов сегодня закрепили понятие хранителя траста в своём законодательстве. Другие признают хранителей косвенным образом, приняв Примерный свод законов о трастах. Оставшиеся штаты никак не определили своё отношение, обойдя эту форму управления полным молчанием.

В этих штатах ничего не известно об обязанностях и полномочиях хранителей. Таким образом, суды там не могут ни признавать, ни отрицать юридическую силу решений и действий хранителей. Единственным прецедентным решением суда о законности статуса хранителя траста можно считать решение промежуточного апелляционного суда штата Миссури в 2009 г. в отношении безотзывного траста Роберта Маклина (*Robert McLean Irrevocable Trust v. Patrick Davis*). Бенефициары подали иск против хранителя, обвинив его в бездействии, когда опекуны, по мнению истцов, разоряли имущество траста. В этом деле судья вынес определение о том, что хранитель был назначен основателем в условиях, когда местное законодательство никак не определяло ни статуса, ни обязанностей, ни самого понятия хранителя траста. Суд также отметил, что «не может приветствовать использование методов и процедур управления, кроме тех, что проверены временем и признаны действующим законом» [1].

Таким образом, большая часть штатов США доныне хранит молчание в отношении статуса хранителей трастов. Законодатели в этих штатах не хотят перепахивать всё законодательное поле ради установления на нём одинокой фигуры хранителя. Однако суды в большинстве штатов, принимая к рассмотрению дела о трастах, в уставных документах которых фигурируют хранители, не спешат осуждать использование нового типа управляющих. Если практикующие юристы с завидным упорством используют хранителей при написании уставных документов трастов, судам остаётся смириться с этой тенденцией. В результате суды скорее склонны соглашаться с теми правами и обязанностями хранителей, какие прописаны в уставных документах трастов.

Важным вопросом является область применения нового типа управляющих, какими являются хранители трастов. Очевидно, наибольшую пользу хранители способны принести, когда сфера их ответственности ограничена немногочисленным и конкретным перечнем задач. Между тем основатели вольны предоставить хранителям и широкие полномочия, и широкую зону ответственности. Например, хранителям может быть вменён надзор за опекунами семейных трастов (*family trusts*), особенно в тех случаях, когда назначенные опекуны не являются профессионалами в управлении. Основатели нередко наделяют хранителей правом вносить изменения в уставные документы траста. Особенно актуальны подобные права в меняющихся экономических условиях работы таких трастов, как фамильные (*dynasty trusts*), специальные (*special purpose trusts*), добавочные (*supplemental needs trusts*). Основатели часто используют хранителей при создании почётных трастов по уходу за животными (*honorary trusts for animals*). В тех случаях, когда компетенции хранителей чётко указаны в уставных документах трастов, основатели могут наделять хранителей правом изменять цели и условия работы благотворительных трастов. Иногда основатели используют хранителей для надзора за корпоративными фидуциарами, наделёнными высокими (дискреционными) полномочиями.

В современных условиях, когда опекунами трастов всё чаще выступают финансовые институты, такие как банки или специализированные трастовые компании, переходящие из рук в руки вследствие слияний и поглощений, назначение хранителя вносит в управление трастом элемент стабильности, предсказуемости и преемственности. Однако, как было отмечено в начале статьи, клиенты и практикующие специалисты должны относиться к появлению хранителя в структуре управления трастом с достаточной степенью осмотритель-

ности. Главная проблема кроется в вероятности увеличения расходов на представительство при управлении трастом. Расходами на представительство (*agency costs*) в доверительном управлении принято называть:

- (1) издержки по надзору за ведением дел траста со стороны основателя (*monitoring expenditures*);
- (2) издержки по страхованию и вознаграждению работы агента (*bonding expenditures*);
- (3) остаточные убытки как следствие конфликта интересов основателя (доверителя) и агентов.

Когда интересы основателя и бенефициаров полностью совпадают, расходы на представительство могут быть незначительны. При наличии разногласий и несовпадении целей основателя и бенефициаров расходы могут многократно возрасти. В этом случае включение хранителя в устоявшуюся и апробированную законом структуру управления трастом способно превратить опекуна в фактического агента хранителя траста, а не в агента основателя или бенефициаров. Ситуация может усугубиться, если основатель наделяет хранителя дискреционными* полномочиями в управлении трастом.

Другой опасностью включения хранителя в структуру управления трастом является размывание зоны ответственности традиционных управляющих. Например, опекун может не быть столь внимательным и ответственным, принимая инвестиционные решения или решения о выплате доходов траста, если априори будет рассчитывать на последующую проверку и утверждение со стороны хранителя. Хранитель же может слишком сильно полагаться на авторитет опекуна в своих определениях целесообразности, не прибегая к независимой экспертизе.

Наконец, при выборе кандидатуры хранителя вновь возникает проблема, где взять компетентного, честного, надёжного управляющего, преданного интересам семьи и династии. Если существует серьёзная проблема с кандидатурами на должность опекуна, то не в меньшей степени существует и проблема с кандидатурами при выборе хранителя траста.

Основные полномочия хранителей трастов

Основатель траста ничем не ограничен при наделении полномочиями хранителя. Чаще всего основатели наделяют хранителей (а) правом консультировать опекунов, (б) правом проверять работу опекунов, (в) правом направлять или отменять выплату доходов траста или дивидендов с основного капитала, (г) правом посредничать в разрешении споров между бенефициарами либо между бенефициарами и опекунами, (д) правом изменять пункты уставных документов в ответ на изменение внешних условий работы траста.

Нередко основатели трастов назначают опекунам консультантов или советников для финансовых консультаций. Иногда назначаются соопекуны, отвечающие за различные участки работы. Основатели могут назначать хранителей, чтобы оказывать помощь опекунам в области капиталовложений или в распределении доходов траста. В том случае, если опекун имеет институциональный статус, например, является финансовым учреждением, таким как банк или тра-

* Дискреционно – по своему усмотрению. – Ред.

стовая компания, он в большинстве случаев сам имеет в своём штате финансовых консультантов. Если же опекун не является институциональным инвестором или специализированной трастовой компанией, трасту может понадобиться хранитель, обладающий необходимым опытом и знаниями.

Хранитель может консультировать опекуна по вопросам распределения доходов траста среди бенефициаров. Так, в семейном трасте хранитель, назначенный из состава членов семьи, обычно прекрасно осведомлён о финансовом положении всех бенефициаров и может давать требуемые консультации институциональному опекуну, например, банку или трастовой компании о том, кому из бенефициаров нужно направить выплаты из доходов траста в первую очередь. В случае образовательного, вспомогательного или специального трастов хранитель консультирует опекуна о том, следует ли выделять тому или иному бенефициару средства траста и в каком количестве. Корпоративным фидуциарам^{*} зачастую не с руки по собственному усмотрению перечислять тому или иному бенефициару конкретные суммы дивидендов. Подобным фидуциарам удобнее получать указания от третьей, независимой и незаинтересованной стороны, какой бы мог быть советник или хранитель траста. В некоторых штатах США опекуны обязаны информировать отдельные категории бенефициаров о наиболее важных действиях управляющих и связанных с этими действиями последствиях в положении бенефициаров [10, р. 1608]. В подобных случаях основатель траста через уставные документы возлагает обязанность информировать бенефициаров на советника или хранителя траста, а последний отдаёт соответствующее распоряжение опекунам.

Если у основателя есть опасения, что опекун недостаточно искушён в финансовом управлении либо со временем утрачивает способность непредвзято оценивать меняющиеся обстоятельства работы траста, основателю следует позаботиться о назначении хранителя и наделить его полномочиями надзора за действиями опекуна. Конечно, институциональные опекуны способны сами получать необходимые консультации, когда им это необходимо. Проблема в том, что подобные опекуны не всегда внимательно и своевременно запрашивают необходимые консультации. В тех случаях, когда имущество траста уникально, как, например, неповторимый вид бизнеса, исключительная недвижимость или уникальная коллекция произведений искусства, основателю может показаться необходимым назначить хранителя, являющегося экспертом в указанных областях. В тех случаях, когда основатель обеспокоен способностью опекуна принимать мудрые решения относительно капиталовложений, он нередко назначает хранителя с правом утверждать или налагать вето на инвестиции опекуна.

Одним из ключевых полномочий, какими наделяют хранителей, является право замены опекуна, соопекуна, преемников опекунов. Хранители также могут утверждать вновь назначенных опекунов. Чаще прочих случаев, подобные полномочия предоставляются хранителям иностранных охранно-имущественных трастов. Указанные полномочия необходимы хранителю, чтобы противостоять попыткам судов США воздействовать на американских опекунов иностранного траста в целях репатриации имущества траста под юрисдикцию США. Вместе с тем похожие полномочия нередко предоставляются храните-

^{*} Фидуциар – лицо, добросовестно действующее в интересах другого лица. – *Ред.*

лям местных трастов в США. Обладая такого уровня полномочиями, хранитель всегда в состоянии заменить нерадивых опекунов. Кроме того, основатель может наделить хранителя правом заменять опекунов во внесудебном порядке, если производимые опекунами капиталовложения или политика распределения доходов противоречат целям траста, изложенным в уставных документах. Основатели нередко наделяют хранителя правом замены опекунов, если последние переносят место работы или регистрации траста в такую юрисдикцию, которая требует назначения одного или нескольких опекунов из числа подданных или резидентов данной юрисдикции. Если хранитель по образованию юрист или бухгалтер, основатель нередко наделяет его полномочиями проверять и утверждать балансовые отчёты и прочие финансовые документы траста. Это обеспечивает профессиональный надзор за действиями опекуна и способствует защите интересов бенефициаров от небрежности или халатности опекунов.

Другое важное полномочие, каким наделяют хранителя, это право требования, утверждения или право вето в отношении действий или бездействия опекуна, по своему усмотрению (дискреционно) распределяющего доходы траста среди бенефициаров. Несмотря на то, что, по обыкновению, вопросы распределения доходов траста принято оставлять в ведении опекунов, на практике бывают случаи, когда корпоративные фидуциары (банки или трастовые компании) настолько увлекаются самим процессом управления активами, что забывают о главной цели любого траста – служить интересам бенефициаров. При подобных обстоятельствах один из членов семьи, сам не являющийся бенефициаром, может выступить в роли хранителя. Обладая правами хранителя и достаточными полномочиями, такой член семьи может надзирать за распределением средств траста.

Основатель может также наделить хранителя правом изменять важные положения уставных документов, включая положения, затрагивающие права бенефициаров. Так, например, основатель предоставляет хранителю право добавлять новых или исключать существующих бенефициаров. Данная традиция берёт своё начало от офшорных охранно-имущественных трастов, где исключение из списка бенефициаров служит защитой от исков кредиторов. Практика исключения и добавления весьма полезна в семейных трастах, когда приходится принимать важные управленческие решения в случае тяжёлого заболевания, недееспособности, либо непредвиденных финансовых потрясений, связанных с кем-либо из бенефициаров, о чём основатель на момент создания семейного траста мог не подозревать.

Другая важная особенность управления трастом – это желание основателя наделить хранителя правом увеличивать или уменьшать долю того или иного бенефициара в имуществе траста. В связи с этим хранитель наделяется полномочием предоставлять, прекращать или изменять право бенефициара на передачу наследуемого им имущества траста (*power of appointment*). Вдобавок основатель может предоставить хранителю право утверждать или накладывать вето на передачу имущества траста по доверенности или по завещанию. Таким образом, хранитель влияет на право бенефициара передавать имущество траста своим наследникам или правопреемникам. Последнее особенно важно, когда существует опасение, что получатель генеральной доверенности на распоряжение наследуемым имуществом не сумеет осмотрительно распоряд-

даться своим правом на передачу имущества траста. Это является предметом основной заботы основателя в тех случаях, когда правопреемник находится в преклонном возрасте или подвержен каким-либо нежелательным влияниям. Несмотря на то, что риск существенно уменьшается, если правопреемнику передаётся не генеральная, а специальная доверенность на распределение части наследуемого имущества, основатели предпочитают предоставлять хранителю право запретить таким получателям, как приёмные родители или дед (бабка), распределять наследуемое имущество траста в пользу несовершеннолетних детей или внуков.

Наконец, основатель даёт хранителю полномочия при определённых обстоятельствах распустить траст ранее оговоренного в уставных документах срока. В судебной практике США имеется так называемое «дело Клафлина». В ходе дела судом было принято правило, названное впоследствии «правилом Клафлина» (*Claflin rule*), которое препятствует бенефициарам завещательного траста досрочно прекращать его действие, пока основные цели и задачи траста не будут достигнуты. Правило действует, по крайней мере, в отношении досрочного прекращения тех трастов, основатели которых на момент предполагаемого роспуска уже скончались. Однако обстоятельства, не предусмотренные основателем, могут вынудить к досрочному прекращению действия траста. Таким образом, одним из способов обхода «правила Клафлина» в целях досрочного прекращения траста, например, ввиду того, что издержки управления грозят истощить оставшееся имущество, является наделение хранителя полномочиями досрочного прекращения и распределения оставшегося имущества между бенефициарами.

Следующая полезная функция хранителя – разрешение различных споров. Иногда основатели предпочитают наделять хранителей правом толковать положения уставных документов траста по запросу опекунов или бенефициаров [27, р. 2813-2815]. В отсутствие подобных полномочий стороны вынуждены обращаться в суд за истолкованием каких-либо двусмысленностей уставных документов. Такие судебные решения слишком дороги и могут быть достигнуты без посредничества судей, если у траста имеется хранитель, облечённый правом толковать положения устава, либо сам являющийся юристом.

Немаловажным обстоятельством в работе траста может оказаться изменение законодательной базы, регулирующей какие-либо аспекты управления трастом. Могут также меняться и семейные обстоятельства бенефициаров. Вследствие названных причин основатели трастов обычно стремятся сделать условия завещания или уставные документы безотзывных прижизненных трастов как можно более гибкими. В особенности это важно тогда, когда траст создаётся на долгие годы. В традиционных трастах гибкость достигается путём наделения опекунов дискреционными полномочиями в вопросах распределения доходов и основного имущества траста. Иногда, помимо названных, добавляются полномочия видоизменять положения уставных документов, следуя за новейшими изменениями в законодательстве и для сокращения налогов и издержек управления.

В последнее время при организации безотзывных трастов в уставные документы стали включать статью о декантировании (*decanting*), т.е. о «переливе» одного траста в другой [11, р. 219]. Включение статьи о декантировании позволяет опекуну распределять весь или часть дохода траста, либо всё или

часть основного имущества траста в распоряжение другого траста, при условии, что у другого траста те же самые бенефициары. Некоторые штаты США даже приняли соответствующие поправки к законодательству на своей территории, разрешив декантирование на уровне закона. Соответствующие поправки в законодательство были приняты в штатах Аляска [2, §13.36.157], Аризона [4, §14-10819], Делавэр [8, §3528], Невада [19, §163], Нью-Хэмпшир [21, § 564-B-4-418], Нью-Йорк [22, §10-6.6(b)], Северная Каролина [18, §36C-8-816], Теннесси [30, §§35-15-816(b)(27)], Флорида [9, §736.04117], Южная Дакота [26, §55-2-15]. Вместе с тем, аналогичных результатов можно достичь, не применяя декантирования и не передавая полностью все полномочия опекуну. Для этого основатель может предусмотреть в уставных документах необходимость согласия хранителя на декантирование либо наделить этим правом исключительно хранителя, но не опекуна. Некоторые штаты приняли на своей территории поправки к законодательству о трастах, разрешающие основателям наделелять хранителей правом при определённых условиях менять положения уставных документов, регулирующие принципы распределения доходов траста [26, §55-1B-6(3); 35, §4-10-710(a)(xi)]. Кроме того, в случае организации семейного, фамильного или специального трастов основатель может наделить хранителя полномочием вносить поправки или изменять уставные документы траста для лучшей его адаптации к возможным будущим изменениям в законодательстве, запрещающем организацию бессрочных трастов. К такому законодательству относятся законы об охранно-имущественных, наследственных, декантированных и прочих трастах, а также возможные новые законодательные положения по вопросам порядка распределения доходов и управления трастами. Всё большее число штатов США принимает поправки к действующему законодательству, позволяющие основателям трастов осуществлять дополнительный контроль над активами трастов в долгосрочной перспективе [28, p. 617-620].

Наконец, хранители могут иметь полномочия, позволяющие им снизить налоговую нагрузку на траст. Для этого основатель должен наделить хранителя правом менять место регистрации траста, тем самым открывая возможность переносить траст из штатов с повышенным налогообложением в штаты с пониженным налогообложением. Надо отметить, что опекуны трастов, в особенности местные, могут и не иметь подобного желания либо прав на перемену места регистрации траста.

Выбор и ответственность хранителей в США

Как отмечалось, выбор хранителя траста всегда представляет немалую проблему для основателя. В отличие от опекунов, которые могут быть как институциональными, так и индивидуальными, хранители почти всегда представляют собой те или иные персоналии. Поскольку в большинстве случаев такой человек получает в свои руки дискреционные полномочия, определяющие не только порядок работы, но часто и сами условия существования траста, неизбежно возникает проблема выбора хранителя. Практикующие специалисты предлагают основателям трастов различные варианты кандидатур хранителей, очертив для начала круг лиц, из числа которых выбирать хранителей не рекомендуется. К подобным лицам относятся супруги, бенефициары

создаваемого траста, в особенности несовершеннолетние дети, внуки, чьи-либо кредиторы, а более всего – кредиторы основателя. Консалтинговые фирмы, разумеется, предлагают своих независимых специалистов из числа налоговых адвокатов, консультантов по имущественному планированию, юристов (кроме тех, кто составлял уставные документы траста), финансовых консультантов и бухгалтеров. Основное внимание при этом уделяется профессиональной компетентности хранителя, его знанию действующего законодательства, в том числе местного законодательства о трастах, а также тому, насколько ясно будущий хранитель понимает цели и основателя.

Никак не обсуждаются личные и моральные качества претендентов. Между тем основатели семейных, фамильных, наследственных и сходных с ними трастов предпочитают назначать хранителей из числа компетентных или, по меньшей мере, заслуживающих доверие родственников.

Обычно имена хранителей указываются уже при составлении уставных документов траста. Хранитель, в отличие от опекуна, не принимает участия в повседневной жизни траста, а находится в режиме ожидания вплоть до того момента, когда его вмешательство станет насущной необходимостью. По указанной причине некоторые практикующие специалисты рекомендуют не указывать в уставных документах траста имена хранителей, а предусматривать их назначение в момент возникшей необходимости. Подобный метод получил название будущего назначения (*springing appointment*). Остаётся заметить, что, в основном, это имеет смысл для основателя, пока он жив.

Что касается вопросов ответственности хранителей трастов, то в среде практикующих специалистов и теоретиков общего права нет взаимного согласия.

Практики не вдаются в вопросы теории общего права и общественной пользы нового института управленцев, какими становятся хранители трастов. С точки зрения составления уставных документов, практики обычно рекомендуют основателям не включать в уставные документы никаких положений, позволяющих хранителям оградить себя от ответственности за наступление возможных негативных налоговых последствий для траста, явившихся следствием неумелых действий хранителя. Рекомендуется также не включать положений, позволяющих хранителям избежать ответственности за незаконные или общественно неприемлемые пути и средства достижения уставных целей траста. Практики замечают, что ни хранитель, ни члены его семьи не должны быть лицами, материально заинтересованными в работе траста как такового. Основателям рекомендуется на уровне уставных документов запрещать хранителям производить или утверждать действия, способные лишить траст каких-либо льгот, например, получения супружеского налогового вычета (*marital deduction*), льгот по налогу на имущество (*estate tax exemption*), льгот для благотворителей или льгот для участников различных пенсионных программ (*qualified retirement plan*). Не дожидаясь, пока закон, суд или иные инстанции определяют меру ответственности хранителя за те или иные действия или бездействие, практикующие юристы предлагают основателям влиять на решения хранителей путём направления им письменных меморандумов о намерениях. Для юридически грамотной формулировки меморандума основатель может обратиться к юристу, адвокату, предварительно посоветовавшись с родственниками или друзьями. Меморандум о намерениях (*memorandum of intent*) обычно не является для хранителя обязательным к исполнению, иначе нару-

шается независимость траста от его основателя, но по сути может быть использован как инструмент влияния основателя на управление трастом. Подобные меморандумы считаются особенно полезными при работе специальных трастов по уходу за нетрудоспособными родственниками.

В среде академических исследователей и правоведов вокруг ответственности хранителей трастов сломано немало копий. Споры продолжаются и по сей день. Наиболее противоречивый вопрос теории общего права заключается в том, чтобы определить, являются ли хранители трастов фидуциарами и несут ли они вследствие этого фидуциарную ответственность, подобно опекунам [6]. Как известно, фидуциар – это лицо, которое «выражает согласие действовать в интересах другого, обязуясь при этом вести себя добросовестно, верно, доверительно и справедливо» [5, р. 658]. Фидуциар обязан проявлять преданность лицу, в отношении которого он взялся нести фидуциарную ответственность и всегда действовать в интересах этого лица. Подобные отношения по определению возникают между адвокатом и его клиентом, доктором и пациентом, попечителем и опекаемым и т.п. Любые теоретические дискуссии о фидуциарной ответственности хранителя траста в системе общего права всегда имеют точкой отсчёта несколько основополагающих вопросов. Один из главных состоит в том, является ли хранитель траста фидуциаром или, в отличие от опекуна, всего лишь носителем доверенности на распределение полученного от основателя имущества? Другой вопрос: действует ли хранитель как фидуциар при исполнении одних полномочий, но не как фидуциар при исполнении других? Какие стандарты поведения (добросовестность, верность, доверительность, справедливость) должны применяться к действиям хранителя? Когда хранитель траста действует как фидуциар, перед кем конкретно он несёт фидуциарную ответственность и, следовательно, кто вправе судить его за ненадлежащее исполнение своих обязанностей? Наконец, какую компенсацию могут получить истцы за недобросовестные действия хранителя траста? Для ответа на все эти вопросы сегодняшняя законодательная база в США предоставляет слишком мало оснований.

Хранители трастов: *pro et contra*

Введение хранителей в управляющие структуры может значительно повысить эффективность работы трастов. Хотя наличие хранителей способно сократить одни издержки управления, главным образом, остаточные убытки (см. выше), и породить новые расходы на представительство интересов сторон. Важно учесть конечный результат экономии издержек, а с появлением хранителя сделать это становится всё сложнее и сложнее. Например, непонятно, кому в первую очередь подотчётен хранитель – основателю траста или бенефициарам. В существующем на сегодня законодательстве о трастах в США и других странах [15, Chapter 331, Article 24A] также нет чёткого определения, кому подчиняется опекун. Добавление к обычной управленческой триаде основатель – опекун – бенефициар ещё одной стороны в виде хранителя сильно усложняет конфигурацию. Когда цели и методы основателя и бенефициаров совпадают, это не вносит большого беспорядка в работу траста. Однако основатель не всегда стремится достичь целей, желанных для бенефициаров. Так, например, случилось в ставшем в своём роде классическим деле о трасте

Джозефа Пулитцера, завещавшего своим трём сыновьям издательскую компанию (*Press Publishing Company*), помещённую в траст. Ни при каких условиях опекунам не разрешалось продавать акции компании, однако после ряда убыточных лет опекуны продали акции, что и было признано правомерным по решению суда [13]. Таким образом, уставные документы траста могут содержать чётко выраженный запрет на продажу какого-либо актива. Однако случается так, что после смерти основателя ситуация на рынке меняется и упомянутый актив обесценивается настолько, что уже не способен служить тем целям, для которых приобретался. В таких случаях в интересах бенефициаров как можно скорее ликвидировать подобный актив. Предположим, опекун решает не продавать указанный актив. При наличии хранителя траста, облечённого полномочиями утверждать или разрешать продажу имущества траста, каким могло бы быть решение хранителя? Обязан ли хранитель предпринять срочные меры ввиду того, что действия опекуна в конечном счёте вредят интересам бенефициаров? Некоторые исследователи считают, что хранитель не должен препятствовать опекуну, как оперативному управляющему [14, p. 1105-1106], даже если у него есть все основания полагать, что основатель траста был бы против продажи обесценивающегося актива. С одной стороны, воля основателя должна выполняться неукоснительно – в этом и состоит цель траста. С другой – защита интересов бенефициаров есть также коренная цель помещения имущества в траст.

Чтобы однозначно решать, какая цель превалирует при создании траста, необходимо вновь решать проблему иерархии подчинения, которая, как сказано выше, не может быть окончательно решена на основе действующего на сегодня законодательства.

Из того, что известно практикам, можно сделать вывод, что бенефициары в большинстве действующих трастов не являются начальниками над хранителями трастов и не могут выступать в этом качестве. Более того, ответственность хранителей не является прямой и подлежащей рассмотрению в суде, подобно ответственности корпоративных управляющих перед акционерами. Будь ответственность хранителей трастов столь явной, неизбежно увеличились бы расходы по надзору за действиями хранителей. Но в трасте, где есть хранитель, и без того возрастают расходы на представительство интересов бенефициаров, о чём, несомненно, знает любой основатель траста. Следует ли из этого делать вывод, что бенефициары должны во всём полагаться на компетентность хранителя? Среди современных практиков существует мнение, что при составлении уставных документов траста за бенефициарами должно быть закреплено право принуждения хранителя к действию в защиту их интересов. Часто подобная ситуация возникает, когда одна группа бенефициаров убеждена, что опекун, в ущерб интересам первой группы, действует в интересах другой. В таких случаях консультанты рекомендуют наделять бенефициаров правом обращения к хранителю для определения объективности и непредвзятости в действиях опекуна. Факт подобных обращений хранитель должен держать в тайне во избежание конфликтов бенефициаров и опекунов, которые могут иметь прямые контакты в настоящем или будущем. Впрочем, имеются и противники подобных прав бенефициаров. Некоторые специалисты считают, что наделение бенефициаров подобными правами нарушает принцип свободы выбора. Такой свободой наделяются управляющие всех трастов и,

прежде всего, опекуны. Вспомним, что независимость опекунов от основателей и бенефициаров лежит в основе доверительного управления собственностью.

Введение хранителя в структуру управления трастом не только осложняет взаимодействие между участниками. Появление хранителя, помимо увеличения издержек управления, способно исказить природу взаимоотношений основателя траста и его опекуна. Помимо воли основателя, хранитель может превратиться в административного начальника над опекуном и над бенефициарами. Риск подобного перерождения особенно велик в тех трастах, где хранители наделены полномочиями увольнять и утверждать опекунов. В таких трастах роль опекуна может быть мало-помалу сведена до роли простого агента, посредника между хранителем и бенефициарами. Подобного развития событий не пожелал бы ни один основатель, тем более, что при жизни он и сам способен попасть в зависимость от хранителя.

Необходимо отметить следующую закономерность. Чем больше основатель траста даёт полномочий хранителю, тем больше одни издержки управления (опекун) подменяются другими (хранитель и надзор за ним). Вероятно, наилучший баланс состоит в том, чтобы наделять хранителя только несколькими, строго ограниченными и чётко оговорёнными полномочиями. Хотя часть расходов на представительство удаётся при этом сократить, но трудности подсчёта издержек управления трастом увеличиваются.

Наконец, о фидуциарной ответственности. Многие исследователи сходятся на том, что для хранителей трастов должен быть выработан кодекс поведения и ответственности. Однако наделение хранителей той же фидуциарной ответственностью, какую несут по закону опекуны, было бы неуместным. Хранители трастов по своей цели не являются соопекунами, у них могут быть крайне ограниченные полномочия, а закон вообще умалчивает о том, могут ли они нести фидуциарную ответственность в принципе. Другое дело, когда уставные документы траста наделяют хранителя правом оперативного управления, а не только лишь правом вето. Например, там, где хранителю предоставлены полномочия непосредственно производить вложения капитала, распределять доходы, назначать и смещать опекунов, там функции хранителя сходны с функциями соопекуна. По логике вещей, хранитель, осуществляющий подобные полномочия, и в суде должен быть подвергнут фидуциарной ответственности, какую несут опекуны.

Исходя из сказанного, возникает также вопрос, может ли опекун быть освобожден от фидуциарной ответственности, если его действия были произведены с согласия и одобрения хранителя? По-видимому, такая ситуация неприемлема. Согласие хранителя не является юридически обязывающим, если только иное не установлено в уставных документах. Согласие хранителя при ныне действующих законах о трастах не может быть и основанием для судебного решения. Для основателя траста так же, как для его бенефициаров, возможность опекуна спрятаться за спину хранителя была бы стимулом к недобрым и безответственным действиям. Возможность ухода опекуна от фидуциарной ответственности разрушила бы все те основы, на которых стоит система общего права. Именно на этих основах трасты обрели свою притягательность и долговечность. Не случайно многие исследователи вопросов деятельности хранителей трастов сходятся во мнении, что функция хранителя,

несмотря на своё удобство, обязана быть вторичной, совещательной по отношению к главной управленческой функции опекуна.

* * *

Казалось бы, права и обязанности фидуциаров не являются животрепещущей темой для российской экономической системы. Однако это весьма поверхностный взгляд. Во всём мире объём услуг доверительного управления собственностью только нарастает. Не является исключением из этого правила и Россия. В России доверительное управление развивается пока ещё слишком однобоко и представлено, главным образом, паевыми инвестиционными фондами. Индивидуальные фидуциарные (трастовые) услуги, оказываемые российскими коммерческими банками, имеют мало общего с трастами, существующими в системе общего права, прежде всего потому, что клиенты российских банков в подавляющем большинстве случаев не передают прав собственности на управляемое имущество, а подписывают временный договор на оказание услуг управления. Основным интересом для банков служат, главным образом, комиссионные, что делает эти услуги малоотличимыми от деятельности паевых инвестиционных фондов. Заметных компаний, оказывающих трастовые услуги для нескольких поколений, а тем более управляющих предприятиями в различных отраслях экономики, пока ещё не создано. Однако по мере нарастания конкуренции на рынке услуг управления, число российских небанковских компаний, предоставляющих настоящие трастовые услуги, будет нарастать. За деятельностью компаний, предоставляющих услуги доверительного управления собственностью, внимательно наблюдают государственный и негосударственные пенсионные фонды. Хотя в странах гражданского кодекса трудно ожидать развития таких форм доверительного управления, как благотворительные и пенсионные трасты, постоянный дефицит государственного пенсионного фонда может заставить правительство пойти на принятие новых форм доверительного управления.

Список литературы.

1. 283 S. W. 3d 786, Missouri Court of Appeals, 2009
(<http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=In%20MOCO%2020090127241.xml&docbase=CSLWAR3-2007-CURR>).
2. Alaska Statutes, 2008.
3. Arizona Revised Statutes. Annotated. Supplement 2008.
4. Arizona Revised Statutes Annotated. 2005.
5. Black's Law Dictionary, 8th Edition, 2004.
6. *Bruce Philip J.* The Trustee and the Trust Protector: A Question of Fiduciary Power // Drake Law Review. 2010. Vol. 59. P. 67.
7. Delaware Qualified Disposition in Trust Act, Delaware Code Annotated, , 2007, Supplement 2008.
8. Delaware Code Annotated. 2007, Title 12.
9. Florida Statutes Annotated. §736.04117, West, Supplement 2010.
10. *Gallanis T.P.* The Trustee's Duty to Inform // North Carolina Law Review. 2007. Vol. 3. P. 1595.

11. *Halperin A. et al.* Decanting Discretionary Trusts: State Law and Tax Considerations // 29 Tax Management, Estates, Gifts & Trusts Journal. 2004.
12. Idaho Code Annotated., 2009.
13. In: *Re Pulitzer's Estate*, 139 Misc. 575, 259 New York State 87 (New York Surrey Court, 1931).
14. *Langbein John H.* Mandatory Rules in the Law of Trusts, 98 NW // Utah Law Review. 2004.
15. Laws of Malta, Trusts and Trustees Act.
16. Michigan Compiled Laws Annotated §700.7103(n) (действует с апреля 2010 г.).
17. Missouri Annotated Statutes. §456.5-505, West 2007.
18. North Carolina General Statutes. §36C-8-816, 2009.
19. Nevada Revised Statutes. 782, §163, 2009.
20. Nevada Spendthrift Trust Act, Nevada Revised Statutes. §§166.010-166.170, LexisNexis 2009.
21. New Hampshire Revised Statutes Annotated. §564-B-4-418, LexisNexis Supplement 2009.
22. New York Estates Powers & Trusts Law, §10-6.6(b), McKinney, 2002, Supplement 2010.
23. Oklahoma Family Wealth Preservation Trust Act, Oklahoma Statutes Annotated. Title 31, §§10-18, West Supplement 2009.
24. Rhode Island General Laws §18-9.2-2(9)(iii)(B), 2003, Supplement 2009.
25. Rhode Island Qualified Dispositions in Trust Act, Rhode Island General Laws §§18-9.2-1 до 18-9.2-7, 2003, Supplement 2009.
26. South Dakota Codified Laws §55-1B-1(2), 2004, Supplement 2008.
27. *Stake Jeffrey E.* A Brief Comment on Trust Protectors // Cardozo Law Review. 2006.
28. *Tate Joshua C.* Perpetual Trusts and the Settlor's Intent // 53 U. Kan. Law Review. 2005.
29. *Taylor Ritchie W.* Domestic Asset Protection Trusts: The Estate Planning tool of the Decade or a Charlatan? // 13 BYU Journal of Public Law. 1998.
30. Tennessee Code Annotated. 2007.
31. Tennessee Investment Services Act of 2007, Tennessee Code Annotated. 2007, Supplement 2009.
32. Uniform Trust Code. 2006, Supplement 2009.
33. Uniform Trustees' Powers Act. 2006. Supplement 2009.
34. Utah Code Annotated. 2007.
35. Wyoming Statutes Annotated. 2009.