

Привет всем кредиторам из Южной Дакоты

Автор: Валерий Тутыхин

Адрес статьи: <http://vvtlaw.com/articles/privet-vsem-kreditoram-iz-yuzhnoj-dakoty/>



Не надо быть пророком, чтобы предсказать очередной вал банкротств и долговых споров из-за последствий вирусного кризиса, причем в самое ближайшее время. Для нас, конечно, кому война, кому мать родна, wie die Russen sagen, хотя в целом ситуация страшная.

Охота за личными активами бенефициаров обанкротившихся бизнесов

для привлечения их к субсидиарной ответственности – неизбежное следствие повсеместного нарушения обязательств. Правовые столкновения на эту тему напоминают гонку вооружений. Юристы придумывают все новые и новые способы защитить активы от кредиторов, а кредиторы – самые инновационные иски для того, чтобы эту защиту взломать.

В нашем бизнесе мне приходится воевать то с одной, то с другой стороны баррикад долговых споров, поэтому пишу об этом феномене без эмоциональной окраски. В защите активов от кредиторов иногда не больше аморальности, чем в агрессивном взыскании долга. И в той и в другой работе есть место профессионализму, когда качественно обеспеченный результат доставляет удовольствие.

Этот пост посвящаю инструментам защиты активов. Давно об этом ничего не писал.

Самой эффективной защитой активов испокон веков была секретность. Купил квартиру в Нью-Йорке на местную LLC, записал ее на офшор с Маршалловых островов под управлением адвоката из Цюриха, и банкротство уже не кажется таким страшным. Хрен найдешь. Даже если детективы и вычислят факт личного использования недвижимости, офшорную цепочку потом ломать и ломать.

Теперь всё очень сильно изменилось. Обмен налоговой информацией, открытость реестров, внесение бенефициаров в государственные базы данных – все это делает упрятывание имущества за множественные корпоративные слои ненадежной стратегией. Самые закрытые банановые республики стали отвечать на запросы даже при отсутствии соглашений о взаимной правовой помощи. В одном кейсе, где мы работали на нападающей стороне, регистрационный агент на BVI в ответ на запрос не просто предоставил сведения, а от страха переслал полное

отскроенокопированное клиентское досье – с мейлами, инструкциями, копиями паспортов и выписками из банка. И такие подарки не уникальны.

Что делать защищающейся стороне, если секретность больше не может надежно защитить имущество?

Совершенно очевидно, что стали востребованы решения, которые работают даже при наличии у кредитора информации об активе. Решения с государственно гарантированной защитой. Когда до имущества нельзя дотянуться не из-за отсутствия информации, а потому что сам закон устанавливает непреодолимый барьер для взыскания.

К недовольству кредиторов и агентств по взысканию долгов, мировая практика выработала даже не магазин, а целый шоппинг молл юридических решений, позволяющих на законных основаниях сохранить свои активы в досягаемости, несмотря на наличие требований кредиторов или даже запуск банкротных процедур. Бороться с этими решениями можно, но нужно запастись терпением и хорошей финансовой поддержкой.

Генезис “защиты активов”

За возникновение богатой индустрии по продаже юридических решений, позволяющих защитить свое имущество от кредиторов, следует благодарить Америку.

Помните апокрифический пример с миллионным иском к Макдональдсу от какой-то дуры, которая пролила на колени горячий кофе? Вот-вот.

Начиная с 1980х годов в ответ на вал фривольных исков о компенсации ущерба (*liability litigation*), жертвы которых рисковали потерять все свои накопления из-за одного судебного вердикта, юристы стали активно

придумывать инструменты для противодействия взысканию.

Именно американские адвокаты придумали термин asset protection и стали разрабатывать креативные механизмы для того, чтобы не нарушая уголовного права оставить кредиторов с носом практически в любой ситуации.

За 30-40 лет практика выработала сотни схем, позволяющих изолировать любое имущество от требований кредиторов, тем не менее сохранив возможность им пользоваться и даже распоряжаться.

При этом упор в построении схем делается не на абсолютную защиту (в конце концов многие схемы при должном усердии можно разбить в суде), а на вынуждение кредитора согласиться с выгодными условиями погашения долга. Дисконт, рассрочки, и так далее. Как только кредитор сталкивается с защитной схемой, он прикидывает затраты на её взлом. Во многих случаях оказывается дешевле (и надежнее) сесть с должником за стол переговоров и о чем-то договориться.

Суть защитных решений

Отдать имущество другому человеку лишь бы оно не досталось кредитору – это не защита активов. “Защитой”, строго говоря, называется такое оформление имущества, при котором должник сохраняет возможность пользоваться его благами и даже им распоряжаться, несмотря на наличие неурегулированных долговых требований.

Самый простой пример – траст. Актив безотзывно отдается в семейный траст, собственность вроде как перешла на другое лицо (трастовую компанию), а бенефициарный интерес остался в семье. В большинстве стран *бенефициарный интерес* нельзя отнять по суду – это не “право” и не “имущество”. Особенно в странах, не понимающих конструкций

английского права.

Инструменты корпоративного права

У вас есть пакет ценных бумаг или доля в семейном предприятии? Как только на горизонте маячит кредитор с крупным иском, вы вносите свой актив в компанию с ограниченной ответственностью, но получаете в обмен не голосующие, а привилегированные доли. Голосующие отдаете не подверженному исковому риску лицу. Формально вы приобрели актив равной стоимости, так что речи о разбазаривании или сокрытии не идет. Экономическая причина? Реструктуризация для оптимизации управления или типа того.

Кредитор выигрывает суд, описывает имущество и понимает, что привилегированные доли не имеют ценности: через них достать сам актив невозможно, а выплату дивидендов может придержать голосующий партнер. В результате кредитору приходится идти с должником на мировую на условиях должника.

Это один из десятков примеров того, как asset protection достигается через корпоративные инструменты внутри самой юрисдикции нахождения активов.

Представьте теперь, насколько можно усилить защиту, переместив схему в страну, чье законодательство специально тюнинговалось для борьбы с кредиторами.

Офшорные схемы

Пока весь мир успешно давит офшоры за минимизацию налогов, за кадром политики остался другой весьма успешный офшорный бизнес –

защита активов.

Офшорные банановые республики – независимые государства, поэтому строго говоря они вправе принимать такие акты законодательства, которые сами сочтут нужными. В части налоговых норм они еще вынуждены ориентироваться на ЕС и ОЭСР, но вот нюансы корпоративного и трастового права целиком остаются на их усмотрение.

С 1990х годов некоторые страны сделали своим национальным бизнесом предоставление беспрецедентной защиты активов. Их законодательство писали те же самые американские юристы, которые запустили эту индустрию в США. В офшорах они “оторвались по полной”, внося в законы такие положения, о которых под американской юрисдикцией и не приходилось мечтать.

Сверх-короткие сроки давности для обжалования передачи имущества. Запреты на раскрытие информации. Абсолютизация трастов; признание действующими даже таких трастовых конструкций, которые в США и других странах с гарантией были бы признаны ничтожными как явно притворные.

Топ-10 юрисдикций,
не дружественных для кредиторов
(по наличию специального законодательства
для защиты активов от взыскания)

- 1 Острова Кука
- 2 Невис
- 3 Белиз
- 4 Лихтенштейн
- 5 США (Южная Дакота, Вайоминг, Невада)
- 6 Багамские острова

7 Британские Виргинские острова

8 Каймановы острова

9 Джерси

10 Остров Мэн

(c) John Tiner & Partners, 2020

Лихтенштейн

Лихтенштейн – вроде и офшор, вроде и не офшор, непонятно. Но он однозначно является страной, где защита активов от кредиторов является национальной индустрией.

С 1920х годов там совершенствуется законодательство, расставляющее максимум рогаток на пути взыскания долгов с зарегистрированных в этом княжестве структур.

Чего стоит знаменитый лихтенштейнский траст. Секретность, отсутствие легких путей обжаловать передачу туда имущества. Необходимость долго судиться в лихтенштейнских судах, чтобы разбить даже самые очевидные мошеннические схемы увода активов.

А есть еще анштальты, штитунги и прочие диковинные звери. Это фактические аналоги траста, когда актив меняет собственника, но при этом может не менять бенефициара.

Южная Дакота

Американский штат с населением чуть более 800,000 жителей известен

профессионалам в сфере asset protection как трастовый рай. “Известен профессионалам” – это, конечно, overstatement: мы сами о его трастовой индустрии узнали всего лет 10 назад, когда надо было структурировать крупный портфель американских бумаг с высшей степенью защиты, но клиент при этом наотрез отказывался использовать офшорные трасты.

В Южной Дакоте действует больше трастовых компаний, чем в любом другом штате. Объем частного капитала под управлением местных трастов превышает 350 миллиардов долларов. Это абсолютный рекорд и явная аномалия для штата с почти самым малочисленным населением в стране.

Всё это потому, что креативные юристы еще 40 лет назад предложили местным властям принять законодательство, гарантирующее трастам уникальные защитные особенности. Вокруг этого инновационного законодательства выросла целая индустрия, которая сейчас в значительной мере кормит бюджет штата.

К слову, помимо Южной Дакоты аналогичное трастовое законодательство появилось в Вайоминге, Неваде и в нескольких других штатах.

Не даром США называют самым крутым офшором в мире. Дакотские трасты защищают имущество от кредиторских атак, при этом позволяя семье должника (и в некоторых случаях ему самому) этим имуществом неограниченно пользоваться. Гарантии прописаны в законодательстве – прямо как в банановых республиках, которые стали известными благодаря защитным трастам.

Только в отличие от банановых республик, США не считает нужным делиться информацией с другими странами в автоматическом режиме. На эту страну не распространяется система CRS. Плюс трастовое право дает гарантированную законом секретность. Никаких реестров бенефициаров и прочей европейской ерунды. Во многих случаях перечень бенефициаров не известен никому, кроме банка, фактически распределяющему доход из

траста.

Подобно банановым офшорам, траст в Южной Дакоте можно структурировать совершенно без налогов. И это в США – стране, которая печально известна своей агрессивной налоговой службой.

Добавим к этому самые надежные в мире местные банки, прямой доступ на самый интересный рынок ценных бумаг и в самые перспективные венчурные и private equity фонды. Становится понятно, почему туда валом валят состоятельные инвесторы, а левацким антиофшорным активистам только и остается что публиковать об этом едкие статейки в бессильной злобе.

Взлом схем защиты

Ломается, в принципе, почти любая схема защиты активов. Но истина в деталях: многие из этих схем ломаются исключительно долго и дорого. К этому моменту у кредитора могут кончиться деньги на процесс взыскания, и он либо остается ни с чем, либо вступает в переговоры с должником об урегулировании претензий.

В любом случае первым этапом любой атаки на активы является установление их состава и юридической схемы оформления. Здесь нужна детективная работа, судебная работа и хорошая аналитика. Наша практика показывает, что особо изощренные схемы защиты активов применяет все же меньше 1% должников, так что в основном приходится сталкиваться с более простыми и потому более “ломкими” вариантами.

Что касается Америки, то хочу похвалиться (сам не похвалишься, никто не похвалит), что наше партнерское бюро в Нью-Джерси за последние годы успешно выиграло целую серию дел о раскрытии информации, находящейся в США, в обеспечение судебных исков в других странах (так

называемые, процессы по §1782). После слома начального сопротивления ответчика в рамках такого дела судья дает атакующей стороне право провести частный допрос любого имеющего нужные сведения лица на территории США. Отказ отвечать – уголовная ответственность за неуважение к суду. Уклончивые ответы – то же самое. Плюс можно вытащить всю платежную оборотку из банков, корреспондентских банков, записи реестров, отчеты брокерских фирм, и так далее.

В офшорах аналогичные дела укладываются в формат *Norwich Pharmacal* (по прецедентному британскому делу). Их выигрывать дольше и сложнее, но вполне по силам при желании.

Фактически взыскивать уже выведенные активы, конечно, сложнее. Один из главных инструментов – доказывание того, что их вывод имел основную цель обмана кредиторов (*fraudulent conveyance*). Есть много прецедентов (в том числе несколько с нашим участием), когда бремя вернуть актив из защитной структуры суд возлагал на самого ответчика (типа, “не верю, чтобы вы отдали актив мутной трастовой компании на банановом острове, не сохранив какого-то способа забрать его обратно”). Если ответчик упорствует в том, что вернуть актив он не может – уголовная ответственность за неуважение к суду (*contempt of court*). Единственный, но очень существенный минус таких судебных дел – всё получается долго и относительно дорого.

Поэтому опять вернусь к тому, что и работа по защите активов, и работа по взлому такой защиты – это больше про усиление переговорной позиции, нежели про достижение абсолютной победы. Увлекательнейшая специализация, гарантирующая хлеб насущный в условиях кризиса.

Валерий Тутыхин

Авторский материал с сайта vvtlaw.com

Написать сообщение автору можно по адресу vt@tiner.ch