

Ежемесячный журнал. № 3 (97) март 2022
ISSN 2500-2643

Вестник экономического правосудия Российской Федерации

Р.Р. Репин, А.А. Госс
Залог недвижимости
и *lex commissoria*

С.Л. Будылин
Может ли смарт-контракт
быть недействительным?

Е.И. Домшенко (Червец)
Личные фонды: возможности
и риски обособления имущества

Н.Б. Кашников
Обратное требование поручителя:
регресс, суброгация (часть 2)



**Евгения Игоревна Домшенко (Червец)**

адвокат, партнер Коллегии адвокатов «Регионсервис», консультант Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, магистр юриспруденции (РШЧП), *LLM*

Личные фонды: возможности и риски обособления имущества

DOI 10.37239/2500-2643-2022-17-3-115-136

Правовая конструкция личного — прижизненного и наследственного — фонда является качественно новой для российского правопорядка. Вместе с тем она предлагает инструментарий, наиболее близкий к англосаксонскому трасту и частному фонду, известному ряду континентальных правопорядков стран германской группы. Для оценивания сходств и различий целесообразно использовать функциональный подход к сравнению данных конструкций. Предметом настоящей статьи является изучение функций личных фондов. Правовой режим имущества фонда будет сопоставлен с режимом имущества в рамках других правовых конструкций, предполагающих обособление имущества. Для этого будет рассмотрено регулирование личного фонда в соответствии с Федеральным законом от 1 июля 2021 года № 287-ФЗ, а также эффективность обособления имущества посредством такой правовой конструкции.

Ключевые слова: личный фонд, траст, доверительное управление

Введение

«Смысл этого института в том, чтобы право собственности могли осуществлять лица, определяемые не на административной, а на гражданско-правовой основе, чтобы они были заинтересованы в эффективном осуществлении правомочий собственника и несли ответственность перед ним за свою ненадлежащую деятельность. Это — принципиальное новшество в законодательстве. При этом оказывается, что наряду с правомочиями собственника необходимо четко выделить еще и более широкую категорию — управление собственностью...»¹ Так писал В.А. Дозорцев применительно к институту доверительного управления имуществом — ответу российского законодателя на потребность молодой российской экономики в способах обособления имущества в целях его управления. Поиск эффективных инструментов для сохранения, управления и передачи активов продолжается, а слова проф. Дозорцева сегодня актуальны и применительно к новой конструкции российского права — личным фондам.

Новелла предлагает инструментарий, наиболее близкий к англосаксонскому трасту и частному фонду, известному ряду континентальных правопорядков стран германской группы, и поэтому для оценивания сходств и различий целесообразно использовать функциональный подход к сравнению этих конструкций. В настоящей статье рассмотрим возможности и риски применения конструкции личного фонда для обособления имущества, с этих позиций подвергнем анализу регулирование личного фонда в соответствии с Законом № 287-ФЗ². По итогам будет сформулирован вывод об эффективности исследуемой конструкции.

Представляется важным рассмотреть личный фонд как прижизненный, так и наследственный, поскольку, по нашему мнению, обе формы подходят для организации бизнеса с использованием обособленной части имущества собственника с соблюдением при этом ряда защитных гарантий такой обособленности. Наследственный фонд также является вполне адекватным для решения известной проблемы «защиты от самого себя», под чем мы прежде всего подразумеваем сохранение работающего бизнеса (и/или обособленного имущественного пула) для наследников собственника, поскольку они — наследники — могут оказаться неспособными или нежелающими эффективно управлять таким бизнесом самостоятельно и принимать ключевые, стратегические управленческие решения.

Личный фонд: экономические предпосылки, иностранный опыт

Цель обособления собственником некоего имущественного пула для управления им сама по себе не нова. Однако только в последние годы у состоятельных людей в России сформировался реальный запрос на обособление личного капитала для сохранения бизнеса, в том числе после себя. Другими словами, граждане

¹ Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сб. памяти С.А. Хохлова / отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 241 (цит. по: Дождев Д.В. Европейская традиция частного права: исследования по римскому и сравнительному праву: в 2 т. Т. 1: Право, справедливость, юридическая наука. Добросовестность. Вещные права и владение. М., 2021. С. 258).

² Федеральный закон от 01.07.2021 № 287-ФЗ «О внесении изменений в части первую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации».

ожидаемо демонстрируют намерение не только создать некий реальный бизнес, но и оставить его в работающем состоянии на долгие годы, передать наследникам. Более того, оставление такого бизнеса преемникам не всегда является самоцелью, т.е. первоочередной является задача сохранить работающий бизнес как благо для социума, а извлечение доходов от него в пользу определенных собственником выгодоприобретателей — адекватное ее следствие.

Почему же только в последние несколько лет такие настроения стали звучать все громче? На наш взгляд, предпосылок несколько.

Во-первых, имеющийся правовой инструментарий в последнее время все меньше удовлетворяет запросу на установление заранее прогнозируемых границ риска от участия в обороте — прежде всего в предпринимательской деятельности, но не только: расширяются границы для привлечения собственников бизнеса (не всегда имеющих прямое отношение к управлению) к ответу по долгам компании³. В частности, как отмечает В.Г. Голубцов, «эволюция правового института субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц показывает тенденцию к ее расширению, усилению, усложнению и излишней детализации, что далеко не в полной мере соответствует провозглашенному принципу исключительности такого вида ответственности»⁴.

Эффективные способы обособления позволяют прогнозировать, оценивать и учитывать риски, т.е. в конечном счете управлять ими при ведении бизнеса. Непредсказуемость и безграничность вероятных экономических потерь — стоп-фактор для развития экономики, особенно для инновационных, венчурных или изначально малорентабельных направлений, к числу которых относятся многие социально полезные проекты⁵.

Во-вторых, современный крупный бизнес в значительной мере сформировался в 1990-е — начале 2000-х годов. Если посмотреть на российский список *Forbes*, то большинство собственников крупного бизнеса — люди старше 50–60 лет⁶. Вполне естественно, что сейчас они, добившись существенных успехов в предпринимательстве, думают о преемственности в созданных бизнес-империях и об оставлении результатов их деятельности в виде работающих предприятий с десятками тысяч сотрудников. Представляется, что в развитых странах Запада такой запрос возник намного раньше⁷. Так, в немецкой доктрине разработаны инструменты для

³ См.: Рыков И.Ю. Субсидиарная ответственность: тенденции современного менеджмента. М., 2019. С. 1–3; Шведов А.А. Субсидиарная ответственность руководителя должника как способ защиты прав кредиторов // Судья. 2018. № 4. С. 1–10.

⁴ Голубцов В.Г. Субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц: эволюция законодательных подходов // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 2. С. 28–29.

⁵ См.: Домшенко (Червец) Е.И. О сохранении бизнеса и экранировании имущества. Сравнение некоторых инструментов имущественного обособления // Юридический мир. 2021. № 9. С. 28.

⁶ Например, возраст представителей только первых десяти позиций в списке *Forbes*: А. Мордашов — 55 лет, В. Потанин — 60, В. Лисин — 64, В. Алекперов — 70, Л. Михельсон — 65, Г. Тимченко — 68, А. Усманов — 67, А. Мельниченко — 49, П. Дуров — 36, С. Керимов — 55 лет.

⁷ См., напр.: Trusts as a Way of Protecting Family Assets // KPMG. 2016. URL: <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2016/01/trusts-as-a-way-of-protecting-family-assets.html>; Preserve Wealth and Reduce Taxes with

факторного анализа предприятий и оценки рисков при передаче предприятий наследникам⁸.

У собственников имеются небеспочвенные опасения — наследники не смогут эффективно управлять бизнесом или попросту не захотят быть продолжателями дела отца, споры наследников между собой могут привести (и нередко приводят) к развалу бизнеса, доверие инвесторов к бизнесу основывается только на личности собственника и может быть подорвано⁹. Существующих конструкций недостаточно для минимизации основных рисков, связанных с управлением активами и планированием преемственности. Например, к ним относятся: дробление активов между группами с разными интересами, отсутствие подготовки наследников, утрата управляемости офшорами и др.¹⁰ В связи с риском растраты имущества новыми владельцами острее встает вопрос о распределении полномочий управления имуществом после смерти собственника. Ограниченные возможности последнего влиять на управление обособленным пулом служат мощным стимулом для тщательного конструирования на старте умной системы сдержек и противовесов органов управления фонда.

Защита имущества в широком смысле, т.е. и от неопытных в делах наследников, и от личных (не связанных с экранированным имуществом) кредиторов учредителя, и, как ни странно, от самого учредителя¹¹, может быть обеспечена несколькими

a Family Trust // iA Private Wealth. 2021. URL: <https://iaprivatewealth.ca/insights/preserve-wealth-and-reduce-taxes-with-a-family-trust>; Why a Trust Works Best for Family Wealth // Mint. 2020. URL: <https://www.livemint.com/money/personal-finance/opinion-why-a-trust-works-best-for-family-wealth-11597126369771.html>; Preserving Wealth through Generations. Our Services for Entrepreneurial Families and Family Offices // EY. URL: <https://familybusiness.ey-vx.com/pdfs/1003237-family-office-services-brochure.pdf>; *Lowenhaupt C.A.* Dynasty Trusts: Keeping the Family Business in Perpetuity // Campden FB. 2006. URL: <https://www.campdenfb.com/article/dynasty-trusts-keeping-family-business-perpetuity>; *Truman D.* How to Protect Your Family Wealth Through the Generations // Menzies. 2019. URL: <https://www.menzies.co.uk/protecting-family-wealth-through-the-generations/>; Family Business Succession and Asset Protection // Lexology. 2020. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f562fc03-168b-4b52-a5f8-dfbb17126199>; *Rotschild G.* Armor for Your Assets // Family Business and Asset Protection Protection. Moses & Singer LLP. URL: https://www.mosesinger.com/uploads/te_newsletter.pdf; *Kaleb J.* Asset Protection Strategies for Family Businesses // SwitzerDaily. 2010. URL: <https://switzer.com.au/the-experts/joe-kaleb/asset-protection-strategies-for-family-businesses/>.

⁸ См.: *Fleschutz K.* Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen Handlungsempfehlungen für die Ausgestaltung und Überführung. Wiesbaden, 2008. S. 266.

⁹ Как избежать проблем при передаче бизнеса по наследству // Ведомости. 2013. 3 июля. URL: <https://www.vedomosti.ru/finance/articles/2013/07/03/kak-izbezhat-problem-pri-peredache-biznesa-po-nasledstvu>; Наследование бизнеса в России // Закон.ру. 2021. 16 июня. URL: https://zakon.ru/blog/2021/06/16/nasledovanie_biznesa_v_rossii; *Юшин А.* Наследники бизнес-империй // КО. 2020. 29 июня. URL: <https://ko.ru/articles/nasledniki-biznes-imperiy/>; Наследственное право. Новые способы передачи эстафеты // Велес-капитал. 2019. № 2. URL: <https://vels-capital.ru/magazine/samoe-vremya/nasledstvennoe-pravo-novye-sposoby-peredachi-estafety/>; Почему бизнес из девятых не переживет своих основателей // E-xecutive. 2017. 24 февр. URL: <https://www.e-xecutive.ru/management/practices/1986298-chem-opasno-stroit-biznes-po-svoemu-obrazu-i-podobiu>; Косметический скандал года: что происходит с компанией Natura Siberica после смерти ее основателя? // BBC. 2021. 20 авг. URL: <https://www.bbc.com/russian/news-58284227>.

¹⁰ Планирование преемственности. Неочевидные аспекты // Центр управления благосостоянием и филантропии. 2021. URL: <https://www.skolkovo.ru/programmes/20082020-planirovanie-preemstvennosti/>.

¹¹ Исходя из субъективных и объективных предпосылок, можно описать целесообразность обособления имущества: это защита имущества от рынка и кредиторов (внешняя, или объективная, целесообразность) и защита имущества от самого себя — от учредителя, волеизъявление которого в отношении имущества может меняться, не всегда на пользу для бизнеса (субъективно оцениваемая целесообразность). См.: *Домиенко (Червец) Е.И.* Указ. соч. С. 28.

способами. Их можно разграничить на выбор и конструирование конструкций *ex ante* (например, ограничение распорядительной власти посредством ограничения правомочий собственника — сообразно цели имущества на преддоговорном этапе) и способы защиты *ex post*. Кроме того, способы имущественного обособления можно разделить на три группы: 1) англосаксонский траст (который адекватно функционирует в странах, где право знает расщепленную собственность); 2) договорные способы (сюда, например, можно отнести континентальные трасты, имеющие обязательственную природу); 3) юридическое лицо (фонд, не корпорация). В настоящей статье мы не будем исследовать юридические лица корпоративного типа, при создании которых учредитель не стремится отойти от управления, а, напротив, интегрирован в систему формирования воли компании. Обособление части имущества собственника при создании хозяйственного общества — скорее побочный эффект, нежели функциональное назначение конструкции.

На этапе выбора конструкции и определения ее условий защитный эффект наиболее полно выражен при передаче имущества во владение управляющего (т.е. при создании ситуации, в которой возможность собственника повлиять на управление активом минимальна). Исключение непосредственного интереса и контроля в отношении актива позволяет разорвать как минимум видимое отношение собственности между объектом обособления и учредителем. Отсюда проистекает возможность так называемого экрана от личных кредиторов, перед которыми лицо отвечает только *своим* имуществом, немислимым без тех самых интереса и контроля. В более мягком варианте эффект обособления может быть достигнут посредством ограничения распорядительной власти собственника имущества без передачи титула. Еще одним вариантом защиты активов является передача имущества в частный фонд, функционирующий сообразно заранее установленным правилам.

Система управления фондом позволяет ограничить распорядительную власть выгодоприобретателей в отношении имущества для сохранения ценности обособленного пула имущества — как правило, используемого для ведения бизнеса. Именно инструментом для сохранения активов после смерти собственника является новый для российского законодательства наследственный фонд. В континентальных правовых порядках фонды становятся одним из ключевых инструментов управления благосостоянием и наследственного планирования¹². Более того, фонды служат единственным правовым институтом, который «может придать вечность человеческой воле и обеспечить ее долгосрочную реализацию»¹³, что имеет, как известно, преимущества и недостатки¹⁴.

¹² См.: *Заикин Д.П.* Гражданско-правовой статус фонда в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021. С. 3; *Он же.* Общетеоретическая модель правосубъектного фонда в контексте двух дихотомий // *Вестник гражданского права.* 2020. № 5. С. 7–72; *Dutta A.* Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung. Tübingen, 2014. S. 35–39.

¹³ *Заикин Д.П.* Гражданско-правовой статус фонда в Российской Федерации. С. 3.

¹⁴ Применительно к функционально близким англосаксонским трастам Д.В. Дождев справедливо отмечает: «Траст позволяет на долгий срок вывести имущество из оборота, нарушая интересы кредиторов и наследников; управляющий траста не заинтересован в получении максимального дохода от имущества траста; управление трастом подчинено задачам сохранения имущества, а не его увеличения, так что управляющему не рекомендуется вступать в рискованные коммерческие предприятия, обещающие высокий доход; траст создает неопределенность в наличном распределении имущества, что способно ввести в заблуждение субъектов оборота и налоговые органы; траст наделяет бенефициария неоправданными привилегиями по отношению к кредиторам траста; траст создает особый режим имущества, нарушая общие принципы и нормы права» (*Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 233).

Так называемая автономия фонда ложится в основу того, что можно назвать автономностью бизнеса, которая сопряжена с неприкосновенностью активов и независимостью от недобросовестных действий собственника, управляющего и заинтересованных лиц. Как указывает Д.П. Заикин, принцип автономии фонда выражается в двух аспектах. Во-первых, речь идет о принципе разделения, согласно которому учредитель передает имущество в фонд и не приобретает прав в отношении фонда и переданного ему имущества (в том числе по умолчанию учредитель не имеет прав на реорганизацию или ликвидацию фонда и возврат соответствующего имущества). Во-вторых, действует принцип кристаллизации, «согласно которому первоначальная воля учредителя, т.е. его воля на момент создания фонда, фиксируется («кристаллизуется») в решении о создании фонда и его уставе (в первую очередь в виде цели фонда), предопределяя последующие процессы волеобразования в фонде: воля фонда на совершение юридически значимых действий формируется его органами на основе указанной воли учредителя»¹⁵.

В связи с изложенным целью создания наследственных фондов по российскому законодательству можно назвать внедрение в оборот альтернативных механизмов передачи наследственного имущества¹⁶. А именно этот процесс был обусловлен запросом на минимизацию рисков при передаче наследникам деловых активов и бизнеса. Наследственный фонд позволяет спланировать управление имуществом на постоянной основе для того, чтобы обеспечить сохранность имущества, целостность имущественной массы до момента ее передачи бенефициарам. В частности, передача имущества в фонд дает возможность оградить его от потенциальных наследственных судебных дел¹⁷. Как отмечает Д.П. Заикин, «за тридцать лет развития рыночных отношений и формирования частного капитала в России создались условия для использования классического функционала фонда, направленного на увековечивание воли учредителя путем посвящения имущества определенной цели»¹⁸. Фонд создается в целях принятия наследства и управления им согласно воле наследодателя¹⁹.

Создание умной системы управления фондом позволяет обеспечить реализацию воли собственника после смерти без привязки этой воли к конкретным сделкам. Для отладки системы управления фондом могут потребоваться десятилетия — на-

¹⁵ Дождев Д.В. Указ. соч. С. 14.

¹⁶ См.: Гуцин В.В., Добровинская А.В. Наследственный фонд как способ управления наследственным имуществом // *Наследственное право*. 2018. № 1. С. 22–25; Сауткина Е.А. Наследственный фонд: проблемы законодательного регулирования в контексте обеспечения прав правопреемников // *Наследственное право*. 2019. № 4. С. 14–16; Казанцева А.Е. Правовое положение выгодоприобретателей наследственного фонда // *Нотариус*. 2020. № 7. С. 25–27; Корон И.И. Проблемные вопросы института наследственного фонда // *Наследственное право*. 2019. № 2. С. 7–10; Байдаева В.О. Создание наследственных фондов в России: положительные и отрицательные стороны // *Наследственное право*. 2021. № 2. С. 16–18.

¹⁷ См.: Евсеев А.П. Реформа законодательства о наследственных фондах: почему нормы нуждаются в доработке // *Журнал РШЧП*. 2018. Вып. № 3–4. С. 221.

¹⁸ Заикин Д.П. Гражданско-правовой статус фонда в Российской Федерации. С. 5.

¹⁹ См.: Наследственный фонд: альтернатива трастам в российском праве? Комментарии экспертов // *Закон*. 2018. № 9. С. 18–20 (комментарий П.В. Крашенинникова).

пример, в ситуации, когда в правление фонда входят члены семьи, однако основные управленческие полномочия принадлежат коллегиальному органу, состоящему из экспертов конкретной отрасли экономики²⁰.

Если собственник управлял бизнесом, то консервация его воли в отношении активов служит идее сохранения ценности обособленных активов. Разработка алгоритмов для управления активами устанавливает пределы осуществления распорядительной власти наследниками, органами управления и бенефициарами фонда. Для расширения правомочий членов семьи без угрозы для бизнеса необходима гибкая структура управления фондом.

В некоторых случаях создание гибкой системы для управления фондами предусмотрено специальным законодательством. В частности, повышенное внимание к конструкции частных фондов характерно для права ряда европейских государств. Предстоящая смена поколений требует выработки стабильных и эффективных инструментов передачи имущества и бизнеса своим потомкам²¹. Основная задача для собственника — не только сохранить активы, де-факто используемые для ведения бизнеса, но также обеспечить совокупную ценность бизнеса в долгосрочном периоде. Для сбалансирования контроля над предприятием, передаваемым по наследству, создаются фонды, возможно создание специальных управленческих структур в дополнение к управляющему. В доктрине различают возможные структуры управления капиталом предприятия в континентальном праве²²: 1) создание единственного фонда с передачей имущества предприятия во владение фонда; 2) создание структуры, состоящей из нескольких фондов, разделяющих имущество предприятия; 3) распределение управленческих правомочий между фондом и членами семьи; 4) привлечение отдельных работников фонда и внешних экспертов для управления имуществом; 5) привлечение стратегических партнеров для управления имуществом предприятия; 6) привлечение инвестиционных компаний для управления имуществом совместно с членами семьи, работниками фонда, стратегическими партнерами.

В англосаксонской правовой семье цели сохранения имущества служат необходимые требования к создаваемому трасту, а именно требование, согласно которому имущество, передаваемое в траст, должно быть определено с достоверностью²³. Таким образом, уже на этапе обособления имущества его ценность, соответствующая объему имущественной массы, консервируется во избежание нежелательных манипуляций с имуществом в будущем. Впоследствии обязанность определять точный состав имущества при его передаче в траст сохранилась только для материальных объектов²⁴. Английские суды подчеркнули, что распространение правового

²⁰ Lowenhaupt C.A. Op. cit.

²¹ См.: Schurr F.A. The Foundation Governance under Liechtenstein Foundation Law // Developments in Foundation Law in Europe (= Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Vol. 39) / C. Prele (ed.). London, 2014. P. 175. См. также: Евсеев А.П. Указ. соч. С. 221.

²² См.: Fleschutz K. Op. cit. S. 146.

²³ Re London Wine Co. (Shippers) Ltd, [1986] PCC 121.

²⁴ Hunter v. Moss, [1993] EWCA Civ. 11, [1994] 1 WLR 452.

го режима траста на неопределенную часть имущества обусловлено потребностью в стабильности оборота²⁵.

Требования к органам управления фондом предъявляются законодателями в континентальном праве. Так, законодательство Австрии предусматривает продуманную систему органов управления фондом. Это обусловлено стремлением законодателя уменьшить дефицит управляемости и обеспечить контроль над деятельностью органов фонда²⁶. Для этого в каждом частном фонде согласно абз. 1 § 14 Закона о частных фондах Австрии создаются правление фонда и должность проверяющего фонда (*Stiftungsprüfer*). Учредитель фонда может также создать наблюдательный совет фонда.

Согласно § 15 Закона о частных фондах Австрии правление фонда должно состоять не менее чем из трех членов (концепция «шестого глаза»)²⁷. Таким образом, создание единственного исполнительного органа недопустимо. Кроме того, ограничена возможность родственников влиять на управление в фонде: член правления фонда не может быть бенефициаром или его родственником до третьей линии родства²⁸. В случае создания фонда по завещанию первый состав правления фонда может быть определен завещателем в завещании или куратором фонда (абз. 4 § 15 Закона о частных фондах Австрии). Проверяющий фонда должен осуществлять проверку финансовой отчетности фонда каждый год, контролировать соблюдение налогового законодательства. Он не может быть ни членом правления фонда, ни выгодоприобретателем, ни работником (§ 20 Закона о частных фондах Австрии)²⁹.

Наблюдательный совет должен быть создан в структуре органов частного фонда в ряде особых случаев, предусмотренных законом (§ 22): если у фонда более 300 сотрудников, он имеет доли в других австрийских юридических лицах или долю в размере не менее 50% в иных юридических лицах с более чем 300 сотрудниками³⁰. Кроме того, наблюдательный совет должен состоять не менее чем из трех физических лиц, которые не могут быть бенефициарами фонда, его работниками, членами правления или проверяющими фонда (§ 23). Основной задачей деятельности наблюдательного совета является осуществление надзора за хозяйственной деятельностью фонда, действиями менеджмента (§ 25).

Структура органов фонда в австрийской нормативной системе регулирования построена таким образом, что каждый орган так или иначе может контролиро-

²⁵ Hancock v. Watson, [1902] AC 14.

²⁶ См.: *Thym N.* Das Kontrollproblem in der Stiftung und die Rechtsstellung der Destinatäre (= Schriftenreihe der Bucerius Law School Hochschule für Rechtswissenschaft. Bd. II/2). Köln, 2007. S. 7 ff.; *Zollner J.* Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten. Manz, 2011. S. 329 (приводится по: *Евсеев А.П.* Указ. соч. С. 230).

²⁷ См.: *Zollner J.* Foundations in Austria: The Law of Public and Private Foundations. P. 15 (приводится по: *Евсеев А.П.* Указ. соч. С. 231).

²⁸ См.: *Евсеев А.П.* Указ. соч. С. 231.

²⁹ Там же.

³⁰ Там же.

вать деятельность иных органов. Это выражается, в частности, в праве каждого органа фонда или члена органа обратиться в суд с заявлением о проведении внеочередной специальной проверки (§ 31). Некоторые авторы особо отмечают, что австрийская система является довольно эффективной и создает действенное сочетание внутренних и внешних механизмов контроля (органы фонда и суды). В отличие от Лихтенштейна и некоторых иных стран участие судов в контроле над деятельностью фонда в Австрии обеспечивает дополнительную автономию фондов и их защиту от произвола административных органов³¹.

В Лихтенштейне прозрачный порядок управления фондом обеспечивается за счет гибкой системы учредительных документов. Законодательство предусматривает три типа документов фонда: статут, дополнительный статут и регламент (§ 16–18 ст. 552 Закона о лицах и обществах Лихтенштейна (*Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR)*). Документы выстроены в иерархию, что позволяет создать систему сдержек и противовесов для управления фондом. Дополнительный статут не может противоречить статуту, а регламент — дополнительному статуту. При наличии пробелов в регулировании какого-либо вопроса в одном документе подлежит применению документ, находящийся на более низкой ступени иерархии. Это позволяет решить проблему потенциальной коллизии разных учредительных документов фонда между собой³².

Для охраны воли учредителя фонда создан механизм заморозки волеизъявления, выраженного в уставе фонда и иных учредительных документах (*Erstarrungsprinzip*). Волеизъявление учредителя зафиксировано в учредительных документах и поэтому не может быть изменено. Принцип сохранения волеизъявления применяется с учетом того, что в Лихтенштейне фонд носит унитарный характер — участники, акционеры фонда не могут изменить цель, для достижения которой обособлялось имущество³³.

В фонде должен создаваться совет фонда (*Stiftungsrat*) не менее чем из двух членов. Он выступает коллегиальным исполнительным органом юридического лица, занимается представлением интересов фонда в гражданском обороте. Минимальное число членов совета фонда получило в доктрине название «принцип четырех глаз» (*vier Augen Prinzip*). Этот принцип так или иначе реализован во многих развитых западноевропейских правовых порядках³⁴. Таким образом, конструирование системы сдержек и противовесов на этапе проектирования фонда позволяет избежать рисков, характерных для тех ситуаций, когда собственник может влиять на судьбу имущества.

³¹ Там же.

³² Там же. С. 232.

³³ См.: *Meier-Hayoz A., Forstmoser P.* Grundriß des schweizerischen Gesellschaftsrechts. 8. Aufl. Bern, 1998. § 2. Rn. 50; *Riemer H.M.* Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Das Personenrecht. 3. Abt. Die juristischen Personen. Teilbd. 3. Die Stiftungen: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89bis ZGB. 3. Aufl. Bern, 1975.

³⁴ См.: *Jakob D.* Liechtensteinische Stiftung. Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26 Juni 2008 (= Schriftenreihe zum liechtensteinischen Gesellschafts-, Steuer- und Bankenrecht. Bd. 4). Vaduz, 2009. S. 127.

Метод сдержек и противовесов позволяет защитить фонд (и, соответственно, пул имущества) от второго главного риска — неразумных или злонамеренных действий управляющего в ущерб имущественной массе. Как следствие, подобное поведение может привести к ущербу, наносимому интересам учредителя и/или выгодоприобретателей. Такая проблема в целом известна как агентская проблема³⁵.

Экономические и правовые инструменты, разработанные для минимизации рисков в рамках агентской проблемы, применимы к ситуации, когда собственник передает имущество в управление. Как и в случае корпорации, вероятность возникновения конфликта интересов пропорциональна объему усмотрения управляющего. Буквально — чем выше объем правомочий управляющего (в широком смысле этого слова), тем выше риск того, что право заинтересованных лиц на имущество или доход от него может быть нарушено. Конфликт в отношении целей использования имущества может быть заблокирован или предвосхищен при наличии у собственника и выгодоприобретателей способов правовой защиты от недобросовестных действий управляющего. Механизм правовой защиты в этой ситуации может быть активирован, когда действия либо бездействие управляющего угрожают законным интересам заинтересованных лиц³⁶.

При этом, как отмечает Д.И. Текутьев, агентская проблема сама по себе не свидетельствует о неэффективности системы управления, несовершенстве структуры собственности или корпоративном конфликте. Это явление присуще каждой корпорации (можно сказать шире — ситуации), в рамках которой разделены собственность и управление. Квинтэссенцией данной ситуации становится передача имущества в управление. Агентская теория исходит из того, что у управляющего и собственника изначально разные цели, мотивация и отношение к риску. Цель собственника бизнеса — увеличить стоимость компании, минимизировать издержки на управление активами и сохранить имущество для устойчивости и развития бизнеса. Цель управляющего — сохранить экономическую выгоду от вознаграждения и репутацию специалиста. При достижении своих целей управляющий может действовать в ущерб принципалам, пренебрегая интересами бенефициаров и целеполаганием, положенным в основу передачи имущества³⁷. Поскольку система

³⁵ См.: *Pepper A., Gore J. Behavioral Agency Theory: New Foundations for Theorizing about Executive Compensation // Journal of Management. 2012. Vol. 7. No. 6. P. 1–47; Armour J., Hansmann H., Kraakman R. Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement. 2009. Discussion Paper No. 644. P. 1–19; Mehta V. Principal-Agent Issues in Private Equity and Venture Capital // Wharton Research Scholars. 2004; Dawson A. Private Equity Investment Decisions in Family Firms: The Role of Human Resources and Agency Costs // Journal of Business Venturing. 2011. Vol. 26. P. 189–199.*

³⁶ Доступный инструментарий способов защиты в этой ситуации может напоминать механизмы защиты миноритариев в условиях, когда агентская проблема возникает в корпорациях. «На континенте акционерные владения высококонцентрированы в руках семей, других компаний или универсальных банков (феномен групп). Частыми являются взаимные (reciprocal) и перекрестные (cross) владения. В таких компаниях советы директоров часто являются лишь куклами в руках контролирующего акционера или «родительской» компании. Европейское законодательство о компаниях отвечает (если вообще делает это) на это явление различными мерами защиты прав миноритариев» (*Hopt K. Modern Company Law Problems: A European Perspective // Company Law Reform in OECD Countries. A Comparative Outlook of Current Trends. Stockholm, 2000. P. 7, 8 (цит. по: Кирсанов А.Н. Миноритарии и мажоритарии: возможен ли баланс интересов? // Адвокат. 2015. № 1. С. 18–21)*).

³⁷ См.: *Текутьев Д.И. Правовой механизм повышения эффективности деятельности членов органов управления корпорации. М., 2017.*

управления фондом способна ограничить управляющего при совершении сделок с имуществом, она может являться инструментом для минимизации рисков, сопряженных с агентской проблемой.

Наконец, при рассмотрении правового режима фондов следует выделить функцию защиты обособленного имущества от требований, не связанных с управлением. Реализация таких требований представляет собой третий основной риск, имманентный конструкции фондов. По общему правилу охрана интересов кредиторов обеспечивается в относительных правоотношениях при помощи инструментов защиты, перечисленных в ст. 12 ГК РФ, а также специальных норм, устанавливающих ответственность контрагента в главах ГК РФ, посвященных отдельным видам обязательств³⁸.

Также известно, что уровень экранированности определенного имущества от требований кредиторов, не связанных напрямую с этим имуществом (т.е. не кредиторов этого обособленного имущества, а прочих личных кредиторов собственника), должен зависеть от степени публичности и доступности информации о факте обособления. В случаях, когда стороны сделки, влекущей появление обособленной части имущества собственника, сделали этот факт публичным³⁹ (например, отметили в публичном реестре, известили кредиторов, опубликовали информацию в средстве массовой информации и т.д.), все лица, вступающие в отношения с таким собственником, осведомлены о возможных рисках и имеют возможность потребовать от своего контрагента предоставления дополнительных гарантий (обеспечения). Таким образом, риски, связанные с имущественным обособлением, становятся вполне контролируруемыми.

Предложенное решение тем не менее далеко от идеального, поскольку у собственника могут возникнуть так называемые недобровольные кредиторы, т.е. те, которые не выбрали данного собственника как своего должника, а «впали в правоотношение» с ним (например, отношения из деликта).

Правовой режим личного фонда в России

Сразу необходимо отметить, что личный фонд вправе заниматься предпринимательской деятельностью, соответствующей целям, определенным его уставом, и необходимой для достижения этих целей. Личный фонд вправе создавать хозяйственные общества или участвовать в них. В сущности, личный фонд — это некий гибрид с точки зрения сочетания организационно-правовой формы и цели деятельности уже знакомых российскому праву юридических лиц, поскольку фак-

³⁸ См.: *Фунтикова Н.В.* Защита прав кредиторов сторон по договору доверительного управления имуществом // *Право и экономика.* 2003. № 1. С. 1.

³⁹ Правила об опубликовании траста имеются во многих правовых системах — как условие возможности ссылаться на траст в отношениях с третьими лицами (Англия, Япония, Израиль, Лихтенштейн, Венесуэла). Более того, в Японии бенефициар сможет предъявить к трасту требования, связанные с защитой/восстановлением обособленного имущества, только при условии, что траст был публичным (см.: *Lipoi M.* *Trusts: A Comparative Study.* Cambridge, 2000. P. 279). Как отмечает Д.В. Дождев, «иммунитет имущества в шотландском трасте строится исключительно на осведомленности контрагентов управляющего» (*Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 238).

тически такая конструкция предполагает ведение коммерческой деятельности, но организационно-правовая форма дает необходимую автономию этого образования от воли учредителя и выгодоприобретателей.

Учредителем фонда является гражданин, создавший личный фонд при жизни или предусмотревший в своем завещании создание наследственного фонда. Соучредительство не допускается, за исключением того случая, когда супруги передают фонду общее имущество. Представляется, что это ограничение носит политико-правовой характер, и, вероятно, регулирование в данной части может быть скорректировано. Замена учредителя личного фонда также не разрешена.

По общему правилу учредитель фонда не может быть его выгодоприобретателем, однако иное может быть предусмотрено уставом фонда. Это в целом коррелирует с правилами о трастах.

При передаче имущества учреждается юридическое лицо. Имущество этому лицу передается гражданином либо может быть унаследовано после его смерти. При этом законом установлена минимальная стоимость имущества, передаваемого личному фонду (за исключением наследственного фонда), — она не может быть менее 100 млн руб. и определяется на основании оценки рыночной стоимости имущества.

Одно из ключевых отличий рассматриваемой конструкции от зарубежного траста состоит в том, что имущество, передаваемое учредителем личному фонду, принадлежит последнему на праве собственности и учредитель личного фонда не имеет прав на имущество созданного им фонда. В этом проявляется согласованность конструкции личного фонда с континентальной правовой традицией отсутствия разделенной собственности. Нужно признать, что здесь законодатель проявляет последовательность: права на имущество у учредителя фонда прекращаются, полноправным собственником имущества является личный фонд, являющийся самостоятельной юридической личностью.

Это демонстрирует высокую степень технической обособленности имущества — оно отделено от иного личного имущества учредителя. Тем самым правопорядок создал модель, в соответствии с которой предполагается, что кредиторы проинформированы о действительном собственнике обособленной имущественной массы.

В этом аспекте имеется полное сходство конструкции личного фонда с иными российскими юридическими лицами. Однако существенное отличие личного фонда от коммерческих корпораций (АО, ООО) — которые, как мы говорили ранее, также могут использоваться в целях управления капиталом учредителя — заключается в том, что учредитель личного фонда не имеет имущественных, корпоративных прав, позволяющих ему в том числе получать дивиденды от деятельности корпорации. Будучи участником (акционером) корпорации, такой собственник бизнеса, несмотря на обособление имущества посредством его передачи созданному юридическому лицу, продолжает сохранять тесную управленческую связь с корпорацией, поскольку является высшим органом управления корпорации (или входит наряду с иными участниками (акционерами) в общее собрание участников

(акционеров)), который в силу закона наделен исключительной компетенцией на принятие ключевых решений в отношении существования и деятельности корпорации. Учредитель же личного фонда по большей части отходит от осуществления деятельности фонда, ею занимаются органы управления, в которые учредитель по общему правилу входить не может, за исключением высшего коллегиального органа управления или попечительского совета фонда, если это предусмотрено уставом. Как демонстрирует Д.П. Заикин, запрет корпоративного элемента применительно к конструкции фонда является одним из базовых принципов европейского регулирования фондов⁴⁰.

В то же время на это можно возразить тем, что устав личного фонда, условия управления личным фондом и иные внутренние документы при жизни учредителя могут быть им изменены. Может показаться, что это не что иное, как возможность учредителя опосредованно влиять на осуществление фондом деятельности. С таким выводом можно согласиться в том случае, если учредитель действительно фактически будет активно вовлечен в деятельность фонда, влияя на волеобразование последнего.

При этом обратим внимание на то, что после смерти учредителя изменение утвержденных им устава, условий управления и иных внутренних документов фонда невозможно, за исключением изменения на основании решения суда по требованию органов личного фонда в случаях, если управление фондом на прежних условиях стало невозможно по обстоятельствам, возникновение которых при создании фонда нельзя было предполагать.

Рассмотрим порядок формирования органов личного фонда. При жизни учредителя состав органов фонда, их функции и входящие в них лица определяются учредителем фонда в соответствии с уставом и условиями управления личным фондом. После смерти гражданина, учредившего личный фонд при жизни, органы личного фонда формируются и изменяются согласно уставу и условиям управления этого фонда.

Такое законодательное решение вызвано спецификацией рассматриваемой конструкции. Возможность учредителя влиять на формирование органов управления в прижизненном фонде может быть весьма гибкой или, наоборот, автономной, т.е. без последующего влияния учредителя, — в зависимости от того, насколько такой учредитель будет стараться не отходить от дел. В наследственном же фонде, напротив, гибкость нежелательна, конструкция должна держаться за счет выработанных механизмов сдержек и противовесов органов управления фонда, но может быть скорректирована судом при определенных обстоятельствах.

Важно, что ни учредитель, ни выгодоприобретатель (кроме как для наследственного фонда) не могут быть единоличным исполнительным органом или членом коллегиального органа личного фонда.

В случаях, предусмотренных уставом личного фонда, в нем создаются высший коллегиальный орган и попечительский совет, в состав которых могут входить вы-

⁴⁰ См.: Заикин Д.П. Гражданско-правовой статус фонда в Российской Федерации. С. 72–109.

годоприобретатели или учредитель личного фонда, и надзорный орган личного фонда, полномочия которого состоят в осуществлении надзора за деятельностью органов управления личного фонда.

Представляется, что с помощью использования таких опций по созданию названных необязательных органов управления учредитель фонда может выстроить адекватную структуру управления с сохранением баланса в управлении и нейтрализации так называемой агентской проблемы. Например, уставом личного фонда может быть предусмотрена необходимость получения согласия высшего коллегиального органа, надзорного органа или иного органа личного фонда на совершение фондом указанных в уставе сделок. Такой конструктив может исключить или значительно минимизировать риски отчуждения имущественного актива фонда, совершенного менеджерами необдуманно или с противоправной целью в нарушение интересов выгодоприобретателя.

Перейдем к рассмотрению вопроса о том, кто может быть выгодоприобретателями личного фонда. Ими могут быть любые участники регулируемых гражданским законодательством отношений, за исключением коммерческих юридических лиц. Важно, что выгодоприобретателем может быть также учредитель личного фонда, если это прямо предусмотрено уставом, однако диспозитивное правило обратное. В таком решении усматривается схожесть, в частности, с трастом, в котором учредитель также может являться его бенефициаром. Этот интерес бизнеса поддается рациональному объяснению: собственник обособляет определенный пул своего имущества от иного (скажем, от других своих бизнесов и личного имущества), чтобы четко диверсифицировать свои активности. И подобная конструкция позволит ему, если он будет выгодоприобретателем, получать доход от деятельности выделенного имущественного пула, при этом не погружаясь в управление такой деятельностью, как, например, в коммерческих корпорациях, и не являясь по умолчанию (что предполагается, по нашему мнению, для данной конструкции) фактически серым кардиналом за номинальными управленцами. Оговоримся, что риск злоупотреблений и манипуляций конструкцией фонда может существовать, с чем, впрочем, может и должен успешно справиться российский правопорядок в лице судебных органов. Однако аргумент о возможных злоупотреблениях не должен являться ключевым при рассмотрении той или иной юридической конструкции хотя бы потому, что существует базовый принцип, согласно которому добросовестность и разумность действий участников гражданского оборота предполагаются (п. 5 ст. 10 ГК РФ).

Интересно, что условиями управления личным фондом может быть предусмотрено, что выгодоприобретатели личного фонда или отдельные категории лиц, которым подлежит передаче имущество личного фонда, могут быть не определены сразу, т.е. при создании фонда, а могут определяться в соответствии с условиями управления личным фондом. Такое гибкое решение оставляет простор для автономии учредителя, создающего личный фонд и передающего в него существенный собственный капитал. Представляется, что в первую очередь таким образом возможно обусловить получение будущего дохода в пользу будущих наследников или иных родственников бенефициара.

Немаловажно в связи с этим обратиться к правам выгодоприобретателя личного фонда. Он прежде всего имеет право на получение имущества в соответствии с

условиями управления личным фондом, но также иные права, предусмотренные ГК РФ. Порядок передачи выгодоприобретателям (или отдельным категориям лиц) всего имущества личного фонда или его части, в том числе доходов от деятельности, должен быть определен условиями управления личным фондом путем указания на вид и размер передаваемого имущества или порядок такого определения, срок или периодичность передачи имущества, а также на обстоятельства, при наступлении которых осуществляется такая передача.

При этом «права выгодоприобретателя личного фонда не могут переходить к другим лицам, в том числе в случае универсального правопреемства, за исключением случаев преобразования выгодоприобретателя — юридического лица, если условиями управления личным фондом не предусмотрено прекращение прав такого выгодоприобретателя при его преобразовании»⁴¹. Представляется, что к этому запрету есть несколько предпосылок скорее не правового, а социологического и экономического характера. Применительно к трастам известно правило против «бесконечных трастов», главной задачей которого является недопущение длительного исключения из оборота (блокирования) не столько имущества траста, сколько дохода от его использования⁴².

Одной из ключевых защитных опций для выгодоприобретателя является то, что в случае нарушения условий управления личным фондом, повлекшего возникновение у выгодоприобретателя убытков, он вправе потребовать их возмещения. Однако такое право должно быть прямо предусмотрено уставом личного фонда. Встает любопытный вопрос: а если такое право выгодоприобретателя не предусмотрено уставом, кто вправе обратиться с требованием об убытках к органам управления личного фонда, которые причинили вред выгодоприобретателю? Думается, этот вопрос требует самостоятельного глубокого изучения.

При диспозитивном правиле существует незащищенный риск оппортунистического поведения со стороны менеджеров личного фонда, а конструкция сдержек и противовесов органов личного фонда между собой в этом вопросе в отсутствие возможного требования об убытках со стороны имущественно заинтересованных лиц выглядит недостаточно надежной. Представляется, что в случае возникновения у выгодоприобретателя убытков по вине управляющего (коллегиальных органов) личного фонда в связи с управлением личным фондом управляющий не должен освобождаться от ответственности при наличии недобросовестных действий, а правом требования в этом случае обладает выгодоприобретатель вне зависимости от закрепления такого права в уставе. Диспозитивное же правило о необходимости закрепления в уставе личного фонда права на требование об убытках возможно толковать применительно к убыткам, возникшим вследствие неразумных действий. Небезынтересен также вопрос о субъекте, обладающем правом на предъявление требования в случае, когда личность выгодоприобретателя не определяется учредителем, а подлежит определению в соответствии с условиями управления личным фондом. В этой ситуации, по нашему мнению, вопрос может решаться по аналогии с распределением ликвидационного остатка

⁴¹ Абзац 2 п. 1 ст. 123.20-6 ГК РФ в редакции Закона № 287-ФЗ.

⁴² См.: *Червец Е.И.* Траст как один из способов обособления имущества: использование в обязательственных отношениях, аналогии с конструкциями отечественного права // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 2. С. 215–217; *Lupoi M.* Op. cit. P. 109.

в случае невозможности определения лиц, которым подлежит передаче оставшееся имущество.

Также у выгодоприобретателя имеется право требовать через суд ликвидации личного фонда в случае невозможности формирования его органов (отсутствия кворума в коллегиальных органах, отсутствия единоличного исполнительного органа). Оставшееся после ликвидации личного фонда имущество подлежит передаче выгодоприобретателям фонда соразмерно объему их прав на получение имущества или дохода от деятельности личного фонда, если условиями управления фондом не предусмотрены иные правила распределения оставшегося имущества, в том числе его передача лицам, не являющимся выгодоприобретателями. Не вызывает сомнения, что такое распределение ликвидационного остатка фонда в пользу названных лиц производится после удовлетворения требований кредиторов фонда в ординарном порядке (ст. 64 ГК РФ). Законодатель предусмотрел последствия для ситуации, когда невозможно определить лиц, которым подлежит передаче оставшееся после ликвидации имущество, как для прижизненного фонда (в таком случае оно передается учредителю фонда), так и для наследственного (имущество будет передано в собственность Российской Федерации).

Выгодоприобретатель не отвечает по обязательствам личного фонда, а личный фонд не отвечает по обязательствам выгодоприобретателя. Аналогично для системы общего права: «...положение бенефициария траста практически свободно от рисков»⁴³. Это правило хорошо показывает действие модели: выгодоприобретатель никоим образом не влияет на управление капиталом — этим занимаются органы управления фонда, а он лишь вправе получать, по сути, доход (и ликвидационный остаток при определенных обстоятельствах и в случае его наличия) от выгодной деятельности фонда; при невыгодной, убыточной деятельности вряд ли он будет получать какие-то отчисления.

Иное правило предусмотрено для учредителя. В частности, учредитель личного фонда несет субсидиарную ответственность по обязательствам фонда при недостаточности его имущества, личный фонд несет субсидиарную ответственность своим имуществом по обязательствам учредителя — в обоих случаях в течение трех лет со дня создания фонда, и в исключительных случаях этот срок может быть продлен судом до пяти лет. В чем разница такого решения в сравнении с тем, которое предусмотрено в отношении выгодоприобретателей? В случае с ответственностью фонда по долгам его учредителя такое различие, вероятно, вызвано попыткой защитить оборот, а именно личных кредиторов учредителя фонда, от вывода последним своих активов из-под взыскания. Иными словами, установленный трехлетний (в исключительных случаях пятилетний) срок обеспечивает баланс и нивелирует потенциальную ситуацию, когда учредитель — собственник активов уводит их посредством передачи в личный фонд в связи с уже имеющимися у него неисполненными обязательствами перед кредиторами или в преддверии такой ситуации, когда ее наступление для него очевидно.

Если мотивом данного законодательного правила в действительности является именно этот аргумент, то представляется, что цель защиты оборота может до-

⁴³ Дождев Д.В. Указ. соч. С. 254.

стигаться и иным образом — признанием создания личного фонда мнимым. Так, Д.П. Заикин пишет: «В случае недостижения подлинного разделения допустимо было бы признать учреждение фонда мнимой сделкой, не направленной на создание фонда как самостоятельного субъекта права»⁴⁴. Приводится пример, когда сделка по созданию фонда была признана мнимой (*Scheingeschäft*), в результате чего имущество, «переданное в фонд», должно было рассматриваться в качестве имущества «учредителя», а после его смерти подлежало включению в наследственную массу⁴⁵.

На первый взгляд институт субсидиарной ответственности также защищает интересы кредиторов, однако в этом случае кредиторам нужно пройти весь путь судебного взыскания и лишь после установления невозможности получения исполнения обратиться с требованием к фонду. При таких обстоятельствах кредиторы могут не успеть обратиться в сроки, установленные законом для привлечения к ответственности личного фонда как субсидиарного должника. Кроме этого, применительно к срокам оспаривания создания личного фонда как мнимой сделки действуют сроки исковой давности (три года — субъективный, 10 лет — объективный), которые, как представляется, более выгодны для кредиторов, нежели срок — весьма вероятно, пресекающий — для привлечения субсидиарного должника к ответственности. Вместе с тем в защиту предусмотренного законом решения в этой части можно высказать то, что за счет этого конструкция личного фонда является более стабильной и устойчивой в сравнении с иными правовыми конструкциями и сделками, что должно лучше, по замыслу законодателя, обеспечивать экономические интересы оборота в целом ввиду наличия работающего актива.

Рефлексии требует также законодательное решение о субсидиарной ответственности учредителя по обязательствам личного фонда, ведь фонд отвечает по своим обязательствам (как и иные юридические лица) принадлежащим ему имуществом, т.е. тем, которое передано ему учредителем при создании и впоследствии получено от деятельности фонда. Чем же можно объяснить такое решение? Быть может, тем, что в некотором смысле учредитель отвечает за стабильность функционального участия имущества в обороте — за свое бизнес-решение по обособлению пула имущества и создание фонда? Ответ на этот вопрос еще предстоит найти как исследователям, так и правоприменителям. Ответственность же в связи с де-факто активным управлением учредителя посредством выбора органов управления в прижизненном фонде сложно объяснить, поскольку неясно, зачем для такой ситуации устанавливается конкретный срок после создания фонда.

В данном обсуждении не следует рассматривать ответственность учредителя и выгодоприобретателя в связи с вхождением в органы управления фонда (в частности, высший коллегиальный, наблюдательный органы), поскольку ответственность в связи с неразумным или недобросовестным осуществлением деятельности может наступать не из-за наличия у них статуса учредителя и выгодоприобретателя, а из-за их членства в названных органах управления.

⁴⁴ Заикин Д.П. Гражданско-правовой статус фонда в Российской Федерации. С. 39.

⁴⁵ Oberlandesgericht Stuttgart, v. 29.06.2009, 5 U 40/09 // <https://openjur.de> (приводится по: Заикин Д.П. Гражданско-правовой статус фонда в Российской Федерации. С. 94).

На права выгодоприобретателя личного фонда, в том числе выгодоприобретателя наследственного фонда, не может быть обращено взыскание по обязательствам такого выгодоприобретателя⁴⁶. Законодателем предусматривается довольно жесткое последствие отступления от этого правила — ничтожность соответствующих сделок. Обосновать настолько строгое решение, представляется, можно политико-правовым аргументом. Существует устойчивый запрос на экранированность имущественной массы, обособленной для определенных целей (определенного бизнеса), и обеспечение при этом получения самим учредителем, его наследниками или иными определенными лицами доходов от деятельности такой имущественной массы⁴⁷. При этом законодателем предлагается система, предусматривающая, по его мнению, баланс прав учредителя и выгодоприобретателей с одной стороны и третьих лиц (в том числе кредиторов) с другой.

Личные кредиторы выгодоприобретателя, в том числе учредителя, когда он является также выгодоприобретателем личного фонда, не вправе обращать взыскание на права выгодоприобретателя фонда, но нет сомнений, что такие кредиторы могут обращать взыскание на доходы, иное имущество, получаемые выгодоприобретателем от деятельности личного фонда. Приведем абстрактный пример для демонстрации нашей позиции. Под управлением личного фонда работает действующее предприятие, и условиями управления фонда предусмотрены ежемесячные выплаты выгодоприобретателю в случае доходности предприятия. Личные кредиторы выгодоприобретателя вправе предъявить исполнительный лист для списания денежных средств со счета должника, т.е. обращать взыскание в том числе на средства, поступающие на такие счета в виде платежей, выплачиваемых выгодоприобретателю фондом. Но в приведенном примере кредиторы не вправе обратиться взыскание на само имущественное право требования выгодоприобретателя к личному фонду. Представляется, что не идет речи и о какой-то интервенции кредиторов в неимущественные права выгодоприобретателя, к примеру право на проведение аудита, получение информации о деятельности фонда. Иное мнение высказывают отдельные исследователи данного вопроса⁴⁸.

Аргументом против возможности обращения взыскания по личным долгам выгодоприобретателя перед своими кредиторами на имеющиеся у него права требования к фонду может быть нежелание законодателя допускать сепарацию права на получение выплат от названных выше неимущественных прав. Это пучок прав, принадлежащих лицам, которых прямо или через установление определенных критериев назначил учредитель фонда. Реализация прав к фонду — имущественных и неимущественных — другими лицами нарушала бы волю учредителя, вы-

⁴⁶ Аналогичное правило для трастов известно в праве США. «Траст с наивысшей защитой бенефициариев, не допускающий обращения взыскания на бенефициарный интерес (его права в трасте), в *spendthrift trust* получил признание только в США (Restatement (Second) of Trusts § 150–155), где постоянно критикуется как создающий привилегированный класс («privileged class») собственников» (*Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 233).

⁴⁷ У собственника, являющегося активным участником гражданского оборота — предпринимателем, имеется естественная потребность в достижении двух целей: сохранить капитал в объеме, обеспечивающем достигнутый уровень жизни (производительность, качество удовлетворения потребностей) и масштаб деятельности, и продолжать при этом вести бизнес, зачастую пробуя свои силы и инвестируя средства в новые, рискованные сферы. См.: *Домшенко (Червец) Е.И.* Указ. соч. С. 27.

⁴⁸ См.: *Заикин Д.П.* Гражданско-правовой статус фонда в Российской Федерации. С. 180.

раженную при создании фонда. Это нивелирует конституирующий элемент всей модели — цель учреждения фонда. Кроме того, оборотоспособность прав выгодоприобретателя к фонду делает их схожими с правами членов корпорации, что приводит к смешению фонда и корпорации, а значит, может привести к злоупотреблениям при использовании модели личного фонда.

Остается при этом неясным, как поступать в ситуации, когда фонд намеренно при наличии доходности перестает осуществлять выплаты, а выгодоприобретатель не требует их от фонда, дабы не допустить обращения взыскания по своим личным долгам.

В целом можно констатировать, что закон содержит систему для настройки баланса интересов всех участников рассматриваемой правовой конструкции и иных заинтересованных лиц. Однако конкретные правовые последствия, действие отдельных правил еще только предстоит апробировать на практике. При этом заметим, что конструкция личного фонда, создаваемого для обособления имущества, была закреплена еще в 2018 году в наследственном законодательстве — появилась возможность создать наследственный фонд. В то же время следует признать, что правовой статус наследственного фонда получил противоречивые оценки⁴⁹. По информации нотариуса г. Москвы Е.О. Лексаковой, по столице статистика использования в завещаниях наследственного фонда с момента вступления в действие соответствующего регулирования насчитывает 121 случай по состоянию на 24 сентября 2021 года⁵⁰.

Как указывает П.В. Крашенинников, необходимость имплементации наследственных фондов в российском правовом порядке обусловлена развитием экономических отношений, а также все большим вовлечением российских граждан в предпринимательские отношения, требующие особых правил управления имуществом после смерти его владельца⁵¹. Введение института фонда в российское право может быть отнесено к числу антиофшорных мер, которые представляют собой важный инструмент для сохранения и развития бизнеса⁵².

По мнению Н.Ю. Рассказовой, запроса практики на использование фондов нет и поэтому созданию подобного закона должна предшествовать разработка концепции, в процессе которой мы бы увидели, как впишется фонд в систему регулирования⁵³. С.Л. Будылин отмечает, что законопроект о наследственном фонде не только страдает дефектами юридической техники, но и концептуально весьма несовершенен. Используемые в нем юридические конструкции оставляют впечат-

⁴⁹ См.: *Маркина Т.В.* Гражданская правосубъектность наследственного фонда: основные положения // *Наследственное право.* 2017. № 4. С. 12.

⁵⁰ Данные озвучены на юридической конференции *Forbes*, см.: https://www.youtube.com/watch?v=esmlmQnvW2s&list=P LTgbJScJ1zBJvY7GyhYPMRz_Q8ZlhZiq&index=5.

⁵¹ См.: *Кодификация российского гражданского права — 2017* / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2017. С. 63.

⁵² См.: *Тарасова Н.С.* Правовое регулирование наследственных фондов. Формирование единообразной нотариальной практики // *Нотариус.* 2019. № 4. С. 31–34.

⁵³ См.: *Мотив введения большинства новелл, касающихся наследственного права, — обеспечить наследование бизнеса.* Интервью с Н.Ю. Рассказовой // *Закон.* 2017. № 6. С. 6–12.

ление незавершенности; остается не вполне ясным, для чего они предназначались их авторами и как они будут работать в реальной жизни⁵⁴. Как указывает О.А. Макарова, фонд позволяет сохранить благосостояние наследников, а также делает возможным наследование целого бизнеса⁵⁵.

Заключение

Рассмотрение законодательного регулирования о личном фонде позволяет нам прийти к выводу о том, что такая конструкция обладает высокой степенью как подтверждающего, так и защитного обособления. Так, кредиторы личного фонда, т.е. в отношении определенного имущественного пула, переданного фонду бывшим его собственником — учредителем фонда, в силу выработанных законодательных правил четко понимают, что их требования будут погашаться за счет такого обособленного имущества, и иные третьи лица, в частности личные кредиторы выгодоприобретателя, не будут иметь оснований для обращения взыскания на такое имущество. Что же касается личных кредиторов учредителя фонда, то они *de lege lata* вправе претендовать на обособленный имущественный пул, переданный в собственность фонда, только при недостаточности у учредителя иного имущества и только в пределах трехлетнего (максимум пятилетнего) срока после создания личного фонда. В противном случае обособленная посредством создания фонда имущественная масса является недосыгаемой для кредиторов учредителя фонда, требования которых образовались не в связи с таким обособленным имуществом. В этом же находит свое отражение и защитное обособление.

Потенциальная проблема применения фондов заключается в том, что далеко не всегда кредиторы лица информированы о наличии у него нескольких экранированных друг от друга пулов имущества. Следует признать, что нет однозначного ответа, должен ли собственник раскрывать информацию о структуре своего имущества своим кредиторам либо структурирование собственного имущества — это частное дело собственника, вмешиваться в которое недопустимо (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Тем не менее на практике отсутствие подобной информации приводит к нарушению прав кредиторов и создает возможности уклонения от исполнения обязательств для недобросовестных собственников. Вероятно, именно эти доводы лежат в основе, на наш взгляд, четко сформировавшегося общего тренда — создания правовых средств, ставящих под сомнение обособленность имущества. О революционности такого тренда говорит, например, то, что обособленность имущества применительно к конструкции юридического лица является, без сомнений, одной из основных идей современного оборота⁵⁶.

Вопрос о соотношении автономии воли частных лиц (в том числе их права по собственному усмотрению и без огласки структурировать свое имущество) и необходимости в интересах всего общества обеспечить прозрачность оборота, чтобы

⁵⁴ См.: Будылин С.Л. Договор с покойником. Реформа наследственного права России и зарубежный опыт // Закон. 2017. № 6. С. 32–43.

⁵⁵ См.: Макарова О.А. Наследование «бизнеса на ходу»: как наследственный фонд может управлять акциями? // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 4. С. 37–42.

⁵⁶ См.: Семикова Л.Е. Институт *substantive consolidation* в США как модель материальной консолидации в банкротстве // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 160–198.

контрагенты могли строить отношения на безоговорочном доверии друг к другу, не принимая на себя колоссальные транзакционные издержки, является невероятно сложным и, как нам представляется, однозначного ответа не имеет.

Пути достижения баланса интересов лиц, желающих прибегнуть к тому или иному способу обособить свое имущество, и их потенциальных контрагентов, заинтересованных в обладании информацией о факте обособления до вступления в гражданские правоотношения с собственником обособленного имущества либо управляющим таким имуществом, не ограничиваются средствами, названными в настоящей статье, посредством которой проблема скорее ставится, нежели решается. У нас не вызывает сомнений, что ее решение должно быть комплексным и учитывать как публичные, так и частные интересы.

Personal Funds: Opportunities and Risks of Asset Segregation

The personal foundation is a relatively new instrument in Russian law. It offers a toolkit that seems to be performing main functions characteristic to an institution of trust at common law and *Privatstiftungen* in some continental countries (Germany, Austria, Liechtenstein, etc.). Therefore, functional approach is to be used in order to compare similarities and differences of different tools designed for protection of assets. The subject of this article is the study of the functions of personal foundations. Legal regime of personal foundation is compared with rules of contract law providing options for asset management. Regulations on personal foundation are analyzed in the light of the Federal Law № 287 of July 1, 2021. Efficiency of assets protection by means of personal foundation is also considered.

Keywords: personal foundation, asset shielding, trust, Treuhand

Evgeniya Domshenko (Chervets)

Attorney at Law, Partner at Attorneys at Law *Regionservice*, Consultant at Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation Named after S.S. Alexeev, Master of Jurisprudence (RSPL), LLM (e-mail: e.chervets@regionservice.com).

References

- Armour J., Hansmann H., Kraakman R.* Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement. 2009. Discussion Paper No. 644. P. 1–19.
- Baidaeva V.O.* Establishment of Inheritance Trusts in Russia: Positive and Negative Aspects [*Sozdanie nasledstvennykh fondov v Rossii: polozhitelnye i otritsatelnye storony*]. Inheritance Law [*Nasledstvennoe pravo*]. 2021. No. 2. P. 16–18.
- Budylin S.L.* A Deed with the Deceased. Inheritance Law Reforms in Russia and Internationally [*Dogovor s pokoinikom. Reforma nasledstvennogo prava Rossii i zarubezhnyi opyt*]. Statute [*Zakon*]. 2017. No. 6. P. 32–43.
- Chervets E.I.* Trust as One of the Methods of Segregation of Property: Use in Binding Relations, Analogy with Domestic Law Constructions [*Trast kak odin iz sposobov obosobleniya imuschestva: ispolzovanie v obyazatelstvennykh otnosheniakh, analogii s konstruktsiyami otechestvennogo prava*]. The Herald of International Commercial Arbitration [*Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*]. 2016. No. 2. P. 200–222.
- Dawson A.* Private Equity Investment Decisions in Family Firms: The Role of Human Resources and Agency Costs. *Journal of Business Venturing*. 2011. Vol. 26. P. 189–199.
- Domshenko (Chervets) E.I.* On Business Retention and Property Shielding. A Comparison of Some of the Tools of Property Segregation [*O sokhranении biznesa i ekranirovaniim imuschestva. Sravnenie nekotorykh instrumentov imuschestvennogo obosobleniya*]. Legal World [*Yuridicheskiy mir*]. 2021. No. 9. P. 27–39.
- Dozhdev D.V.* The European Private Law Tradition: Studies in Roman and Comparative Law: in 2 vols. Vol. 1: Integrity. Proprietary Rights and Possession [*Evropeiskaya traditsiya chastnogo prava: issledovaniya po rimskomu i sravnitelnomu pravu v 2 t. T. 1: Pravo, spravedlivost', yuridicheskaya nauka. Dobrosobvestnost'. Veschnye prava i vladenie*]. Moscow, Statut, 2021. 466 p.
- Dutta A.* Warum Erbrecht? Das Vermoegensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung. Tuebingen, Mohr Siebeck, 2014. 682 s.
- Evseev A.P.* Inheritance Law Reform: Why the Rules Need to be Refined [*Reforma zakonodatelstva o nasledstvennykh fondakh: pochemu normy nuzhdayutsya v dorabotke*]. *Journal of the Russian School of Private Law [Zhurnal RShChP]*. 2018. Iss. 3–4. P. 217–257.

- Fleschutz K.* Die Stiftung als Nachfolgeinstrument fuer Familienunternehmen Handlungsempfehlungen fuer die Ausgestaltung und Ueberfuehrung. Wiesbaden, GWV Fachverlage GmbH, 2008. 511 s.
- Golubtsov V.G.* Subsidiary Liability of Controlling Persons of a Debtor: Evolution of Legislative Approaches [*Subsidiarnaya otvetstvennost' kontroliruyuschikh dolzhnika lits: evolyutsiya zakonodatelnykh podkhodov*]. The Herald of Perm University. Legal Sciences [*Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*]. 2020. No. 2. P. 248–273.
- Guschin V.V., Dobrovinskaya A.V.* A Succession Fund as a Way of Managing Inherited Property [*Nasledstvennyi fond kak sposob upravleniya nasledstvennym imuschestvom*]. Inheritance Law [*Nasledstvennoe pravo*]. 2018. No. 1. P. 22–25.
- Hopt K.* Modern Company Law Problems: A European Perspective // In: Company Law Reform in OECD Countries. A Comparative Outlook of Current Trends. Stockholm, 2000. 16 p.
- Kaleb J.* Asset Protection Strategies for Family Businesses. Available at: <https://switzer.com.au/the-experts/joe-kaleb/asset-protection-strategies-for-family-businesses/> (Accessed 10 February 2022).
- Kazantseva A.E.* Legal Status of Beneficiaries of the Inheritance Trust [*Pravovoe polozhenie vygodopriobretatelei nasledstvennogo fonda*]. Notary [*Notarius*]. 2020. No. 7. P. 25–27.
- Kirsanov A.N.* Minority and Majority Shareholders: Is a Balance of Interests Possible? [*Minoritarii i mazhoritarii: vozmozhen li balans interesov?*]. Advocate [*Advokat*]. 2015. No. 1. P. 18–21.
- Korop I.I.* Legal Issues Relating to the Inheritance Trust [*Problemye voprosy instituta nasledstvennogo fonda*]. Inheritance Law [*Nasledstvennoe pravo*]. 2019. No. 2. P. 7–10.
- Krashennikov P.V., ed.* Codification of Russian Civil Law — 2017 [*Kodifikatsiya rossiiskogo grazhdanskogo prava — 2017*]. Moscow, Statut, 2017. 480 p.
- Lowenhaupt C.A.* Dynasty Trusts: Keeping the Family Business in Perpetuity. Available at: <https://www.campdenfb.com/article/dynasty-trusts-keeping-family-business-perpetuity> (Accessed 10 February 2022).
- Lupoi M.* Trusts: A Comparative Study. Cambridge, CUP, 2000. 401 p.
- Makarova O.A.* Inheriting a 'Business on the Go': How Can an Inheritance Trust Manage Shares? [*Nasledovanie 'biznesa na khodu': kak nasledstvennyi fond mozhet upravlyat' aktsiyami?*]. Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice [*Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*]. 2018. No. 4. P. 37–42.
- Markina T.V.* Civil Legal Personality of an Inheritance Trust: Main Provisions [*Grazhdanskaya pravosub'ektnost' nasledstvennogo fonda: osnovnye polozheniya*]. Inheritance Law [*Nasledstvennoe pravo*]. 2017. No. 4. P. 12–14.
- Rotschild G.* Armor for Your Assets. Available at: https://www.mosessinger.com/uploads/te_newsletter.pdf (Accessed 10 February 2022).
- Mehta V.* Principal-Agent Issues in Private Equity and Venture Capital. Wharton Research Scholars. 2004. 57 p.
- Pepper A., Gore J.* Behavioral Agency Theory: New Foundations for Theorizing about Executive Compensation. Journal of Management. 2012. Vol. 7. No. 6. P. 1–47.
- Rykov I.Yu.* Subsidiary Liability: Trends in Modern Management [*Subsidiarnaya otvetstvennost': tendentsii sovremennogo menedzhmenta*]. Moscow, Statut, 2019. 195 p.
- Shvedov A.A.* Subsidiary Liability of a Debtor's Manager as a Means of Protecting Creditors' Rights [*Subsidiarnaya otvetstvennost' dolzhnika kak sposob zashchity prav kreditorov*]. Judge [*Sud'ya*]. 2018. No. 4. P. 1–10.
- Sautkina E.A.* Inheritance Trust: Problems of Legislative Regulation in the Context of Ensuring the Rights of Successors [*Nasledstvennyi fond: problemye zakonodatel'nogo regulirovaniya v kontekste obespecheniya prav pravopreemnikov*]. Inheritance Law [*Nasledstvennoe pravo*]. 2019. No. 4. P. 14–16.
- Semikova L.E.* The Institution of Substantive Consolidation in the US as a Model for Substantive Consolidation in Bankruptcy [*Institut substantive consolidation v SShA kak model' materialnoi konsolidatsii v bankrotstve*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2011. No. 1. P. 160–198.
- Schurr F.A.* The Foundation Governance under Liechtenstein Foundation Law, in: Prele C., ed. Developments in Foundation Law in Europe (= *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Vol. 39). London, Springer, 2014. P. 175–192.
- Tarasova N.S.* Legal Regulation of Inheritance Funds. Formation of Uniform Notarial Practice [*Pravovoe regulirovanie nasledstvennykh fondov. Formirovanie edinoobraznoi notarialnoi praktiki*]. Notary [*Notarius*]. 2019. No. 4. P. 31–34.
- Tekut'ev D.I.* Legal Mechanism to Improve the Performance of Members of Corporate Governing Bodies [*Pravovoi mekhanizm povysheniya effektivnosti deyatelnosti chlenov organov upravleniya korporatsii*]. Moscow, Statut, 2017. 173 p.
- Truman D.* How to Protect Your Family Wealth Through the Generations. Available at: <https://www.menzies.co.uk/protecting-family-wealth-through-the-generations/> (Accessed 10 February 2022).
- Funtikova N.V.* Protection of the Rights of Creditors of the Parties to the Property Trust Agreement [*Zaschita prav kreditorov po dogovoru doveritelnogo upravleniya imuschestvom*]. Law and Economics [*Pravo i ekonomika*]. 2003. No. 1. P. 36–39.
- Yushin A.* Successors to Business Empires [*Nasledniki biznes-imperiy*]. Available at: <https://ko.ru/articles/nasledniki-biznes-imperiy/> (Accessed 10 February 2022).
- Zaikin D.P.* A General Theoretical Model of Legal Personality in the Context of Two Dichotomies [*Obscheteoreticheskaya model' pravosub'ektnogo fonda v kontekste dvukh dikhotomiy*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2020. No. 5. P. 7–72.
- Zaikin D.P.* Civil Law Status of a Foundation in the Russian Federation: A PhD Thesis in Law [*Grazhdansko-pravovoi status fonda v Rossiiskoi Federatsii: dis. ... kand. jurid. nauk*]. Moscow, 2021. 322 p.