

CONFIDENTIALITY IN THE BVI AND CAYMAN ISLANDS



*Lawrie Kearns
Associate – Trusts
Harneys, BVI*

The issue of confidentiality in offshore financial centres is high on the agenda in the financial press. Whether it is banking secrecy or the disclosure requirements governing the establishment of offshore companies and trusts; legislation seeking to obtain information is at odds with the long established common law duty of confidentiality.

There are entirely legitimate reasons for confidentiality when establishing BVI and Cayman Trusts structures. In this article Lawrie Kearns reviews disclosure requirements on the establishment of BVI and Cayman Companies and Trust structures together with the rights of Trust beneficiaries to obtain information.

Company Incorporation

Both the BVI and Cayman have well developed companies law and responsive legislation which results in a great number of incorporations in both jurisdictions each year.

The British Virgin Islands is one of the largest centres for business company formations with in excess of 900,000 companies being incor-

porated since the enactment of the International Business Companies Act (“IBCA”) in 1984.

The flexibility available with a BVI company have made it one of the most popular vehicles involving complex private wealth structuring and succession planning; structured finance and securitisation; IPOs and listings on stock exchanges together with joint ventures.

In January 2007, the Business Company Act (“BCA”) replaced the IBCA and from 1 January 2011 it replaced the Companies Act. The BCA provides that the Register of Members, Register of Directors and all Minutes and Resolutions by the company are kept only with the Registered Agent under confidential due diligence and do not appear on the public record. In particular:-

- shareholder information (Registrar of Shareholders) must be kept on file with the Registered Agent, where it is confidential and accessible only by the members of the company;
- details of the company beneficial owners, directors and shareholders are not publicly available;
- the only documents held on public record are the Memorandum and Articles of Association, and normally they do not contain any indication as to the actual shareholders, directors or the beneficial owners of the company;
- Company Management (Nominee) services can be used if the owner of an offshore IBC wishes to maintain reasonable secrecy as regards his real controlling position over the par-

ticular offshore company. A Nominee would effectively shield the beneficial owner of the offshore company from public scrutiny and an obvious relation to the given company;

- similarly, the services of Nominee Shareholder can be used to reach the desired level of confidentiality.

The BCA requires the company to keep records that are sufficient to show and explain the company’s transactions and will, at any time, enable the financial position of the company to be determined with reasonable accuracy. These records are not public documents.

The Cayman Islands has recently enacted the Companies (Amendment) Law 2011 which enhanced the Companies Law (2010 Revision) enabling, amongst other things, Cayman Islands companies to hold treasury shares and improve the merger and consolidations regime within the structure.

With respect to confidentiality protection the legitimate interests of clients are safeguarded. The Registrar is able to release only the name, type of company, the date of registration, the address of its registered office, and the status of the company. Therefore, as with BVI companies shareholders and directors information is not available for public inspection.

Except where assistance to law enforcement agencies to combat illicit activity is mandated or authorised, disclosure of information by government officials, professional agents, attorneys and accountants and their employees is prohibited.



BVI and Cayman Trusts

Trust law in both the BVI and Cayman is based on principles drawn from English Trust law. General principles of equity apply in both jurisdictions, as supplemented by local legislation.

The Trustee Act (“TA”) in the BVI was originally based upon the English Trustee Act 1925 but has been supplemented by the Trustee (Amendment) Acts 1993 and 2003.

Similarly, the Cayman Islands Trust Law 1967 is based upon the English Trustee Act 1925 with the Trust Law (2009 Revision) (“TL”) being the main source of legislation.

Pursuant to the TA and TL, deeds creating trusts or other deeds executed by trustees, settlors and beneficiaries under powers and discretions contained in the trust deed do not have to be filed or registered publicly. There is a common law duty of confidentiality with the trust deed being treated as a private document. The trustee is under a duty to keep trust information confidential and has wide discretion with respect to confidentiality. Further, the fiduciary responsibilities of trustees impose obligations of confidentiality.

In many jurisdictions the duty of confidentiality has been codified.

In Cayman and BVI the relevant legislation is The Cayman Islands’ Confidential Relationships (Preservation) Law (“CRPL”) and the BVI Banks and Trust Companies Act 1990 (Amended 1995). These acts enforce the common law notion of confidentiality. The CRPL extends the duty of confidentiality owed by a bank to its customers to other professional relationship and introduces criminal sanctions for the breach of such a duty unless disclosure occurs in accordance with the provisions of the CRPL. The CRPL recognises the duties of accountants, lawyers, bankers, government officials, and financial professionals to maintain confidentiality of the identity and business of their clients. If a person is in possession of confidential information (however obtained) and either divulges it or attempts, offers or threatens to divulge it, or willfully obtains or attempts to obtain confidential information, he will be guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine of CI\$5,000.00 and to imprisonment for two years.

Where a trustee is in possession of relevant confidential information from a third party (i.e. where the beneficiary is not able to assert that he has a proprietary right to the information) and does not have the

consent of that third party to divulge the information, then CRPL may apply. In those circumstances, the trustee should not disclose information to a beneficiary without an appropriate Court Order.

Despite the extensive confidentiality code in offshore jurisdictions such as Cayman and BVI increasingly there is a desire from law enforcement agencies to pierce the veil of confidentiality. In particular, anti-money laundering legislation and financial regulation impose an obligation on trustees to report suspicious activity. Such initiatives are designed to counteract international crime and impose criminal sanctions on trustees who do not adhere to the legislation. In addition, many International Finance Centres (“IFCs”) have responded to G-20 criticism by signing up to tax information exchange agreements in order to meet the internationally agreed tax standard.

Clearly, it is vitally important for the reputation of a trustee and IFCs to demonstrate that they meet the highest possible professional standards when advising clients and discharging their duties.



Confidentiality and beneficiaries

It should also be noted that beneficiaries have the right to hold trustees accountable and as such they have a right to information, particularly should the beneficiaries have a proprietary interest in the trust property. The trustee, as a fiduciary, has a duty to account to the beneficiaries for his stewardship of the trust. This interest of the beneficiary needs to be weighed up against the confidentiality of the settlor who may have deliberately established an offshore trust due to the enhanced levels of confidentiality it offers. In particular, it may be the Settlers wish that beneficiaries not be aware of the existence of the trust, the size of the assets or the extent of an individual's entitlement.

In Cayman STAR trusts,

the beneficiaries may be persons or purposes or both. The settlor specifies in the trust instrument who has standing to enforce the STAR trust, and that person is known as the enforcer. Enforcers need not be beneficiaries, and section 100(1) of the Trust Law states «A beneficiary of a STAR trust does not, as such, have standing to enforce the trust, or an enforceable right against a trustee or an enforcer, or an enforceable right to the trust property». Therefore, it is the enforcer, rather than any beneficiaries, of a STAR trust who have the right to disclosure of appropriate trust information and the same principles applying to disclosure to beneficiaries of an ordinary trust will apply to the enforcer.

Whilst trustees have a duty to provide information to beneficiaries arising out of their

fiduciary obligation to account with their administration of the trust property no beneficiary has an automatic right to disclosure of trust documents or trust information. There will often be compelling reasons to refuse disclosure, not least due to confidentiality reasons. It follows that a balancing of the competing interests of the settlor and beneficiaries is required.

Conclusion

Both Cayman and the BVI offer well regulated and sophisticated company and trust legislation. This together with common law principles makes both jurisdictions popular when selecting a jurisdiction for asset structuring. The company legislation together with trust principles of confidentiality enables the establishment of trust structures which protect and maintain private wealth.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТИ НА БРИТАНСКИХ ВИРГИНСКИХ И КАЙМАНОВЫХ ОСТРОВАХ



*Лори Кернс
Юрист департамента
трастов
Harneys, BVO*

Вопросы, затрагивающие гарантированность конфиденциальности в офшорных финансовых центрах, находятся в центре внимания финансовой прессы. Когда речь заходит о банковской тайне или о раскрытии сведений, касающихся учреждения офшорных компаний и трастов, то законодательство, регулирующее предоставление информации, вступает в противоречие с традиционной обязанностью сохранения конфиденциальности, закрепленной обычным правом.

Причины, побуждающие обеспечить конфиденциальность при создании трастовых структур на Британских Виргинских и на Каймановых островах, абсолютно законны. Небезосновательны и юридические требования к раскрытию информации при учреждении трастовых структур на Британских Виргинских и Каймановых островах, а также права бенефициаров трастов на получение информации, которые рассматриваются в представленной ниже статье.

Учреждение компании

На Британских Виргинских и Каймановых островах имеются хорошо разработанные законы о компаниях и гибкое законодательство, благодаря чему каждый год в обеих юрисдикциях регистрируется огромное количество компаний.

Британские Виргинские острова являются одним из крупнейших центров по учреждению и регистрации коммерческих компаний. С момента вступления в силу Закона «О международных коммерческих компаниях» (International Business Companies Act) в 1984 году более 900 тыс. компаний было учреждено в этой юрисдикции.

Возможности, предоставленные юрисдикцией Британских Виргинских островов, делают учрежденные здесь компании одними из самых популярных структур для целей сложного структурирования частных состояний и планирования передачи состояния по наследству, многоступенчатых финансовых схем и секьюритизации, первичного размещения акций и допуска ценных бумаг к торговле на фондовых биржах, а также для создания совместных предприятий.

В январе 2007 года Закон «О коммерческих компаниях» (Business Company Act) заменил Закон «О международных коммерческих компаниях», а 1 ян-

варя 2011 года он заменил Закон «О компаниях» (Companies Act). Закон «О коммерческих компаниях» предусматривает хранение реестра акционеров, реестра директоров, а также всех протоколов и решений компании только в условиях конфиденциальности у зарегистрированного агента, которые не подлежат публичному разглашению. В частности:

- информация об акционерах (реестр акционеров) должна храниться у зарегистрированного агента на условиях конфиденциальности, и доступ к ней имеют только участники компании;
- информация о бенефициарных собственниках компании, директорах и акционерах не является общедоступной;
- документы, которые могут быть общедоступными, — это меморандум и устав, обычно не содержащие указание на реальных акционеров, директоров или бенефициарных собственников компании;
- услуги по управлению компанией (услуги номинального управляющего) могут использоваться, если владелец офшорной компании на Британских Виргинских островах хочет сохранить разумную тайну своего контроля над конкретной офшорной компанией. Номинальный управляющий ограждает бенефициарного собственника от внимания со стороны общественности, а также прикрывает его очевидную связь с



данной компанией;

- для достижения необходимого уровня конфиденциальности также могут быть использованы услуги номинального акционера.

Согласно положениям Закона «О коммерческих компаниях» компания должна вести и хранить документы, достаточные для объяснения операций, осуществляемых ею, и позволяющие в любое время с разумной точностью определить финансовое состояние компании. Такие документы не являются публичными.

Недавно на Каймановых островах вступили в силу поправки к Закону «О компаниях» от 2010 года, позволяющие местным компаниям выкупать собственные акции у акционеров и совершенствующие механизм слияний и поглощений в рамках единой коммерческой структуры.

Что касается обеспечения конфиденциальности, то законные интересы клиентов надежно защищены. Регистратор может предоставить заинтересованным лицам информацию, содержащую только название и тип компании, адрес ее зарегистрирован-

ного офиса и статус организации. Таким образом, как и в случае с компаниями, учрежденными и зарегистрированными на Британских Виргинских островах, информация об акционерах и директорах недоступна для общественного контроля.

За исключением предусмотренных законом обязанностей по оказанию правоохранительным органам содействия в борьбе с незаконной деятельностью, раскрытие информации государственными должностными лицами, профессиональными агентами, юристами, бухгалтерами и их сотрудниками запрещено.

Трасты на Британских Виргинских и Каймановых островах

Существующие на Британских Виргинских и Каймановых островах законы, регламентирующие деятельность трастов, основаны на принципах английского законодательства о трастах. В обеих юрисдикциях действуют общие принципы справедливости, дополненные местным

законодательством.

Закон Британских Виргинских островов «О трастовых управляющих» (Trustee Act) изначально базировался на английском Законе «О трастовых управляющих» от 1925 года, но впоследствии в него были внесены изменения и дополнения от 1993 и 2003 годов.

Закон «О трастах» (Trust Law) от 1967 года, действующий на Каймановых островах, также основан на английском Законе «О трастовых управляющих» от 1925 года с изменениями и дополнениями, внесенными Законом «О трастах» от 2009 года, и является основным нормативно-правовым актом в этой области.

В соответствии с Законом «О трастовых управляющих» и Законом «О трастах» договор об учреждении траста или иные документы, исполненные трастовыми управляющими, учредителями трастов и бенефициарами в рамках полномочий, установленных в трастовом договоре, не подлежат публичной регистрации или разглашению. Соглас-



но обязанности гарантировать конфиденциальность, предусмотренную обычным правом, трастовый договор рассматривается в качестве частного документа. Трастовый управляющий обязан сохранять конфиденциальность информации о трасте и имеет широкие полномочия в отношении вопросов конфиденциальности. Более того, фидуциарные обязанности трастового управляющего накладывают на него обязательства сохранения конфиденциальности информации.

Во многих юрисдикциях гарантия соблюдения конфиденциальности закреплена в законодательстве. Такими законами являются Закон Каймановых островов «О защите конфиденциальных отношений» (Confidential Relationships (Preservation) Law) и Закон Британских Виргинских островов «О банках и трастовых компаниях» (Banks and Trust

Companies Act) с изменениями и дополнениями, внесенными в 1995 году, которые вводят в действие принцип конфиденциальности, предусмотренный обычным правом. Согласно положениям Закона «О защите конфиденциальных отношений» обязательства банка о соблюдении конфиденциальной информации о своих клиентах распространяются на другие профессиональные отношения. Данный Закон также предусматривает уголовные санкции за нарушение такого обязательства, если информация была раскрыта в нарушение положений Закона. В Законе «О защите конфиденциальных отношений» признается обязанность бухгалтеров, юристов, банкиров, государственных должностных лиц, а также лиц, профессионально занимающихся финансовой деятельностью, сохранять конфиденциальность

личности и рода деятельности/занятий своих клиентов. Если лицо, обладающее конфиденциальной информацией (каким бы образом она не была получена), разглашает или пытается разглашать, предлагает или угрожает раскрыть ее либо осознанно получает или пытается получить конфиденциальную информацию, то оно будет признано виновным в совершении преступления и приговорено к штрафу в размере 5000 долл. Каймановых островов и лишению свободы сроком на два года.

В отношении трастового управляющего, который получил соответствующую конфиденциальную информацию от третьей стороны (т. е. бенефициар не в состоянии доказать, что обладает правом на получение такой информации) и не имеет согласия указанной третьей стороны на разглашение такой информа-

ции, может быть применен Закон «О защите конфиденциальных отношений». В таких обстоятельствах трастовый управляющий не должен раскрывать информацию бенефициару без соответствующего распоряжения суда.

Несмотря на многочисленные положения о конфиденциальности, закрепленные в законодательстве офшорных юрисдикций, таких как Каймановы острова и Британские Виргинские острова, правоохранительные органы настойчиво пытаются приоткрыть завесу конфиденциальности. В частности, законодательство в области противодействия легализации доходов, полученных незаконным путем, и меры финансового регулирования возлагают на трастовых управляющих обязательство сообщать о подозрительной деятельности. Данные инициативы предназначены для борьбы с международной преступностью и применения уголовных санкций в отношении трастовых управляющих, которые не выполняют требования законодательства. Помимо этого, многие международные финансовые центры отреагировали на критику Большой двадцатки (G-20), подписав соглашения об обмене налоговой информацией с целью выполнения принятых на международном уровне налоговых стандартов.

При консультировании клиентов и выполнении своих обязанностей для трастовых управляющих и международных финансовых центров чрезвычайно важно иметь положительную репутацию, свидетельствующую о том, что они соответствуют высокому профессиональному уровню.

Конфиденциальность и бенефициары

Также следует отметить, что бенефициары имеют право привлекать трастовых управляющих к ответственности, равно как и получать информацию, особенно если на бенефициаров распространяются вещные права на имущество траста. Трастовый управляющий, будучи фидуциаром, обязан отчитываться перед бенефициарами за управление трастом. Вместе с тем подотчетность бенефициару должна соответствовать условиям конфиденциальности, установленным учредителем траста, который мог намеренно учредить офшорный траст благодаря обеспечиваемому им повышенному уровню конфиденциальности. В частности, может быть так, что учредители траста не хотят, чтобы бенефициары знали о существовании траста, размере активов или размере доли конкретного лица.

В специальных неблагоприятных трастах (СТАР трасты), учрежденных на Каймановых островах, бенефициарами могут быть как физические, так и юридические лица. Учредитель траста указывает в договоре об учреждении траста лицо, исполняющее обязанности контролера за исполнением условий СТАР траста — попечителя. Попечитель не обязан быть бенефициаром. В части 100 (1) Закона о трастах установлено: «Бенефициар СТАР траста не обладает как таковой правоспособностью по принудительному исполнению траста, или защищаемым в принудительном порядке правом против трастового управляющего или попечителя, или защищаемым

в принудительном порядке правом на имущество траста». Поэтому именно попечитель, а не кто-либо из бенефициаров СТАР траста имеет право раскрывать соответствующую информацию о трасте, и те же самые принципы, касающиеся раскрытия информации о бенефициарах обычного траста, применимы к попечителю.

Несмотря на то, что трастовые управляющие обязаны предоставлять информацию, вытекающую из их фидуциарного обязательства отчитываться об управлении имуществом траста, бенефициары не имеют автоматического права на получение документов траста или информации о трасте. Нередко для отказа в раскрытии информации имеются уважительные причины, и не в последнюю очередь из-за конфиденциальности. Следовательно, необходимо уравнивать противоречащие интересы учредителя траста и бенефициаров.

Заключение

Как на Каймановых островах, так и на Британских Виргинских островах действует хорошо отрегулированное современное законодательство о компаниях и трастах. В сочетании с принципами обычного права это делает обе юрисдикции привлекательными при выборе места для структурирования активов.