

Rasmus Kristian Feldthusen

# Trusts

**FORLAGET THOMSON**



**GadJura**

Rasmus Kristian Feldthusen

*Trusts*

1. udgave/1. oplag

© Forlaget Thomson A/S, København 2002

ISBN 87-619-0333-7

Omslag: Kjeld Brandt Grafisk Tegnesteue, København  
Sats og tryk: P.J. Schmidt Grafisk produktion, Vojens

Fotografisk, mekanisk eller anden gengivelse  
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt  
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.  
Alle rettigheder forbeholdes.

# Forord

Grundstenen til denne bog blev lagt i forbindelse med et forskningsophold i Storbritannien i 1997, hvor jeg for første gang stiftede bekendtskab med det særegne retsinstitut trust.

Jeg skylder min bedste tak til lektor Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, der som ven og kollega altid har stået til disposition for spørgsmål, gode råd og konstruktiv kritik.

Professor David J. Hayton, King's College, London, udviste helt fra begyndelsen af stor imødekommelse, og jeg takker mange gange for hans hjælp og smittende entusiasme.

Advokat Hermann Federspiel har ydet mig en stor hjælp, ikke mindst i form af oplysninger om den praktiske anvendelse af trusten i dansk finansieringsret.

Jeg skylder endvidere en tak til lektor Henrik Dam, Morten Husted Permin og professor Finn Taksøe-Jensen for gode råd og kritik.

Sekretær Mette Willer og stud. jur. Mette Kjølbjerg Olesen har læst korrektur på dele af manuskriptet og fremkommet med mange gode sproglige forslag.

Jeg vil være meget taknemmelig for påpegelse af eventuelle fejl og mangler ved denne fremstilling. Alle henvendelser om bogen kan rettes til nedenstående adresse:

*Rasmus Kristian Feldthusen*  
Københavns Universitet  
Det Juridiske Fakultet  
Det Retsvidenskabelige Institut D  
Sankt Peders Stræde 19  
1453 København K.  
Tlf. (+45) 35 32 32 23  
E-mail: rasmus.kristian.feldthusen@jur.ku.dk

Februar 2002

# Indhold

I.	Indledning .....	17
DEL 1. Engelsk ret		
II.	Den normanniske invasion af England og dens afledede effekt på engelsk ejendomsret .....	21
1.	Den normanniske invasion af England .....	21
2.	Den i kølvandet på den normanniske invasion opståede ejendomsret til jord i England .....	24
3.	Estates og rettigheder i jord .....	34
3.1.	Concurrent interests .....	36
3.2.	Entailed interests og life interests .....	39
3.3.	Future interests .....	40
3.4.	Determinable interests .....	46
3.5.	Interests upon condition precedent og condition subsequent .....	48
4.	Reduktionen i antallet af estates i common law ved Law of Property Act 1925 .....	49
5.	Romerretten uden indflydelse på engelsk ejendomsret	50
III.	Fremkomsten af forløberer til trusts. The use .....	53
1.	Det feudale system .....	53
2.	The use's opståen .....	55
3.	The use's håndhævelse af Chancellor gennem equity	57
4.	Statute of Uses 1535. Use upon a use .....	59
IV.	Strict settlements of land. Et engelsk fideicommissum?	64
1.	Indledning .....	64
2.	Anvendelsen af strict settlements .....	66
3.	Strict settlements juridiske konstruktion .....	67

## Indhold

V.	Equity. En introduktion	70
1.	Indledning	70
2.	Equity's maksimer	73
VI.	Grundlæggende om trusts	79
1.	Etymologi	79
2.	Definition	79
3.	Beslægtede retsfigurer	83
3.1.	Contract	83
3.2.	Bailment	84
3.3.	Agency	85
4.	Grundbetingelser	86
4.1.	Certainty of words or intention	86
4.2.	Certainty of subject	86
4.3.	Certainty of objects	87
5.	Trust property	87
6.	Personkredsen	88
7.	Rule against perpetuities	96
7.1.	Common laws Rule against perpetuities	96
7.2.	Perpetuities and Accumulations Act 1964 'wait and see' rule	98
VII.	Trustens retlige struktur	99
1.	Indledning	99
2.	Trustens grundstruktur	100
3.	Flere trustees joint tenants	104
3.1.	Indledning	104
3.2.	Joint tenancy	104
3.2.1.	Ius accrescendi	104
VIII.	Forskellige grundtyper af trusts	107
1.	Indledning og oversigt	107
2.	Statutory trusts	108
3.	Express trusts	108
3.1.	Declaration of trust	111
3.2.	Disposition of an equitable right	113
4.	Constructive trusts	117
5.	Secret trusts	117

5.1. Wills Act 1837	120
5.2. Express eller constructive trust	121
5.3. Gensidigt testamente	121
6. Resulting trusts	123
6.1. Kategorisering af resulting trusts	124
6.2. Formkravene til oprettelse af trust ikke overholdt	126
6.3. Kravet om certainty ikke opfyldt	128
6.4. Quistclose trusts	128
7. Bare trust	131
8. Discretionary trust	133
8.1. Indledning	133
8.2. Trust og power	133
8.3. Retsvirkningerne forbundet med stiftelse af en discretionary trust	135
8.4. Kredsen af begunstigede	136
8.5. Saunders v Vaultier princippet	136
8.6. Protectors og letters of wishes	137
9. Protective trusts	138
9.1. Indledning	138
9.2. Den juridiske konstruktion	138
9.3. Funktion og retsvirkninger	140
10. Charitable trusts	140
10.1. Indledning	140
10.2. Særlige regler	141
<b>IX. Trusten i et obligationsretligt perspektiv</b>	<b>142</b>
1. Indledning	142
2. Trustees informationsforpligtelse	142
3. Lighedsprincippet	143
4. Udgifter, gæld og forpligtelser	144
4.1. Trustees hæftelse	144
4.2. De begunstigedes hæftelse	146
4.3. Tredjemand	146
5. Breach of trust	147
<b>X. Trusten i et ejendomsretligt perspektiv</b>	<b>149</b>
1. Indledning	149
2. Legal ownership contra equitable ownership	149

## Indhold

3.	Trustees kreditorer	154
3.1.	Trustees personlige kreditorer	155
3.2.	Trustens kreditorer	156
4.	Trustees aftaleerhververe	157
4.1.	Indledning	157
4.2.	Bona fide purchaser for value without notice	158
<b>XI.</b>	<b>Den begunstigedes retsmidler</b>	<b>161</b>
1.	Indledning	161
2.	Claiming	162
3.	Following	162
3.1.	Following og sammenblanding	163
4.	Tracing	165
4.1.	Indledning	165
4.2.	Surrogatets værdi	167
4.3.	Identifikation af surrogatet	167
4.4.	Den kvantitative adskillelse af sammenblandede midler	171
4.5.	Betaling af gæld med trust midler	175
4.6.	Tracing og bankkonti	176
5.	Constructive trusts	178
5.1.	Et forsøg på en kategorisering af constructive trusts	178
5.2.	Grundlæggende om constructive trusteeship	179
5.3.	Breach of trust – intermeddling with trust property	185
5.4.	Urimelig indflydelse	194
5.5.	Svigagtig adfærd	195
5.6.	Fiduciarys brud på loyalitet	197
6.	Sammenfatning	197
<b>DEL 2. Dansk ret</b>		
<b>XII.</b>	<b>Trusts og international privat- og procesret</b>	<b>201</b>
1.	Indledning	201
2.	Dansk rets almindelige regler om lovvalg	201
3.	Domskonventionen	203
3.1.	Domskonventionen af 1968	203
3.2.	Luganokonventionen	206

3.3. Den nye domsforordning	206
3.4. Retspolitik	207
4. Udkastet til en global domskonvention	208
4.1. Indledning	208
4.2. Konventionsudkastets art. 11	208
5. Romkonventionen	210
5.1. Konventionens anvendelsesområde	210
6. Haagerkonventionen om trusts	210
6.1. Trustskonventionens anvendelsesområde	212
6.2. Det anvendelige lovgrundlag	217
6.3. Anerkendelse	219
6.4. Generelle bestemmelser	223
6.5. Retspolitik	227
7. EU Forordningen om konkurs	228
7.1. Indledning	228
7.2. Konkursforordningens art. 5	229
8. Settlement finality direktivet	232
8.1. Indledning	232
8.2. Sikkerhedsstilling	232
9. Collateraldirektivet	234
9.1. Indledning	234
9.2. Anvendelsesområde	234
9.3. Lovvalgsregler og retsvirkninger	234
10. Haagerkonvention om Securities Held with an Intermediary	236
10.1 Indledning	236
10.2 Indirect holding og trusts	238
11. Direktivet om sanering og likvidation af kreditinstitutter	239
12. Sammenfatning og vurdering	240
<b>XIII. Trusten og analoge institutioner i dansk ret</b>	<b>242</b>
1. Indledning	242
2. Analoge retsfigurer	247
2.1. Agenter og fuldmægtige	248
2.2. Egentlig tredjemandsaftale med uigenkaldeligt tredjemandsløfte og gave gennem mellemmand	248
2.3. Fonde	250

## Indhold

2.4. Kommanditselskaber og stille selskaber	251
3. Trustens karakteristika	257
3.1. Adskillelse af administration og nydelse	257
3.2. Trusten er ikke en juridisk person	257
3.3. Trustee er uafhængig	257
4. Ejendomsretlige problemstillinger	258
4.1. Stifterens kreditorer	258
4.2. Stifterens aftaleerhververe	259
4.3. Trustees kreditorer	259
4.3.1. Fuldt registrerbare aktiver	260
4.3.2. Ikke registrerbare og delvist registrerbare aktiver	262
4.3.3. Tinglig surrogation	267
4.4. Trustees aftaleerhververe	271
4.5. Den begunstigedes kreditorer	274
4.6. Den begunstigedes aftaleerhververe	274
5. Familieformue- og arveretlige problemstillinger	275
5.1. Indledning	275
5.2. Familieformueretten	275
5.3. Arveretten	276
5.4. Tidsmæssig udstrækning	276
5.5. Generationsskifte	277
5.5.1. Tysk ret. Vor- und Nacherbschaft samt Testamentsvollstreckung	279
6. Skatteretlige problemstillinger	285
6.1. Skatteretlig kvalifikation	285
6.2. Skattemæssige konsekvenser for stifteren	293
6.3. Skattemæssige konsekvenser for trustee og de begunstigede	294
6.4. Skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser forbundet med stiftelse af trusts	296
6.4.1. Trustee fuldt skattepligtig til Danmark	296
6.4.2. Trustee ikke fuldt skattepligtig til Danmark	297
6.4.3. Vurdering	299
6.5. Overførsel til trusts i lavtbeskattede stater, FBL § 3 A	299
6.6. Tvungen sambeskatning, ligningslovens	

§ 16 H og selskabsskattelovens § 32	304
6.7. International beskatning – dobbeltbeskatningsoverenskomster	306
6.7.1. OECD's modeloverenskomst	307
6.7.2. Subjektiv skattepligt	308
6.7.3. Retmæssig ejer	310
6.8. Danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholdende bestemmelser om trusts	312
<b>XIV. Principles of European Trust Law</b>	315
1. Indledning	315
2. De enkelte principper	316
<b>XV. Finansieringsretlige aspekter ved trusts</b>	323
1. Indledning	323
2. Trust for bond eller debenture holders	324
2.1. Indledning	324
2.2. De bærende hensyn	324
2.3. Den juridiske konstruktion	325
2.4. Trust for bond eller debenture holders ud fra en dansk synsvinkel	327
2.4.1. Partialobligationsinstituttet	327
2.4.2. Akkomodationsobligationsinstituttet	334
2.4.3. Pant i tingsindbegreb	336
2.4.4. Panteret og fordringsret	336
3. Equipment Trust Certificates	337
3.1. Indledning	337
3.2. Den juridiske konstruktion	338
3.3. Equipment Trust Certificates ud fra en dansk synsvinkel	339
3.3.1. Lov om registrering af rettigheder over luftfartøjer	339
4. Securitisation	346
4.1. Indledning	346
4.2. Oversigt	348
4.3. Asset Backed Securitisation	350
4.3.1. De bærende hensyn	350
4.3.2. Den juridiske konstruktion	350

## Indhold

4.3.3. Asset Backed Securities ud fra en dansk synsvinkel .....	355
4.4. Mortgage Backed Securitisation .....	357
4.4.1. Indledning .....	357
4.4.2. Collateralized Mortgage Obligations .....	357
4.4.3. Den juridiske konstruktion .....	359
4.4.4. Collateralized Mortgage Obligations ud fra en dansk synsvinkel .....	359
4.5. Collateralized Bond Obligation .....	361
4.6. Insuratization – Alternative Risk Transfer (ART) .....	364
4.6.1. Indledning .....	364
4.6.2. Cat Bond strukturen .....	365
4.7. Fremtiden for securitisations i dansk ret .....	367
4.7.1. Tfs 2000, 209 LSR .....	368
4.7.2. Ny svensk lovgivning om værdepapperisering .....	368
4.7.3. Norske overvejelser om Verdepapirisering .....	371
4.7.4. Finske retningslinjer for securitisation ...	371
4.7.5. Børs mæglerforeningens rapport om det danske obligationsmarked .....	372
4.7.6. Årsager til securitisations manglende udbredelse i Danmark .....	372
5. Trustens rolle i fremtidens danske finansieringsstrukturer .....	374

## DEL 3. Fremmed ret

<b>XVI. Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning .....</b>	<b>377</b>
1. Indledning og oversigt .....	377
2. Skotland .....	380
3. Quebec .....	381
3.1. Indledning .....	381
3.2. Quebecs fiducie .....	381
4. Louisiana .....	384
4.1. Indledning .....	384

4.2. Louisiana's trust .....	385
5. Frankrig .....	389
5.1. Indledning .....	389
5.2. Lovforslaget om de la fiducie .....	389
6. Japan .....	392
6.1. Indledning .....	392
6.2. Secured Bonds Trust Act .....	392
7. Tyskland .....	393
7.1. Indledning .....	393
7.2. Fiduziarische Treuhand .....	393
7.3. Parternes rettigheder og pligter .....	395
7.3.1. Treugeber .....	395
7.3.2. Treuhänder .....	397
7.3.3. Drittbegünstigter .....	402
8. Offshore stater .....	404
8.1. Beskyttelse mod stifterens kreditorer og tvangsarvinger .....	405
8.2. Formålsbestemte trusts .....	405
8.2.1. Indledning .....	405
8.2.2. STAR trusts .....	407
8.3. Protectors, enforcers og letters of wishes .....	410
<b>XVII. Summary .....</b>	<b>413</b>
<b>Litteraturfortegnelse .....</b>	<b>416</b>
<b>Domsregister .....</b>	<b>416</b>
<b>Stikordsregister .....</b>	<b>434</b>

# I Indledning

»If we were asked what is the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence I cannot think that we should have any better answer to give than this, namely the development from century to century of the trust idea.«<sup>1</sup>

Trusten må siges at være den mest markante frembringelse i engelsk ret. Retsinstituttet markerer med al tydelighed forskellen mellem det særlige engelske retssystem *common law* og *equity*, og retssystemerne i det kontinentale Europa, herunder særligt *civil law*. Det er dog interessant at bemærke, at ordet *trust* efter alt at dømme oprinder fra enten det danske ord *trøst* eller det norske ord *traust*, der begge betyder (for)-trøstning og tillid på henholdsvis dansk og norsk.<sup>2</sup> Ordet tillid (*trust*) genfindes endvidere i en lang række retsinstitutter rundt om i verden, hvilke i al væsentlighed tjener samme formål som trusten, således: *fideicommissum* (jeg betror dig) og *fiducia* (tillid) i romerretten, *Treuhand* (tro hånd) i Tyskland og Østrig samt *Fiducie* (tillid) i bl.a. Quebec, Canada og Frankrig.

»Tis but thy name that is my enemy; Thou art thyself, though not a Montague. What's Montague? it is nor hand, nor foot, nor arm, nor face, nor any other part belonging to a man. O!, be some other name! What's in a name? That which we call a rose by any other name would smell just as sweet.«<sup>3</sup>

Ligesom i stykket *Romeo og Julie* knytter der sig forestillinger til navnet *trust*, og ofte afskrives trusten med den begrundelse, at den er ganske fjern fra ikke kun dansk ret men også andre retssystemer, der ikke er baseret på *common law* og *equity*. Det er imidlertid ikke selve navnet – hvad enten det er *trust*, *Treuhand* eller *fiducie* – der er afgørende. Det væsentlige er i stedet den grundlæggende tankegang, som disse retsinstitutter er baseret på, og som navnene bærer vidnesbyrd om, nemlig overdragelse af aktiver til en person i tillid til,

---

1. *F.W. Maitland, Selected Essays*, s. 129, som citeret fra *Jill E. Martin, Hanbury and Martin Modern Equity*, 15. udg., 1997, s. 8.

2. Betegnelsen *trustee* stammer formentlig fra det ordnordiske ord *þraustr*.

3. *William Shakespeare, Romeo og Julie*, 2. akt, 2. scene.

## *I Indledning*

at modtageren vil forvalte disse aktiver til fordel for en kreds af personer eller med henblik på at forfølge et bestemt formål.

Trusten har dybe rødder i historien hvilket nødvendiggør en udførlig historisk beskrivelse af omstændighederne bag trustens opståen og dens nuværende struktur. Trustens opståen var en kombination af en mængde af faktorer, flere af hvilke det falder udenfor rammerne af denne fremstilling at gøre rede for. En af de mest betydningsfulde faktorer var common laws udviklingsstadium i den periode, hvor trustens forløber, the use, viste de første tegn på liv. Hvor common law var årsagen til at the use opstod, blev equity paradoksalt det retlige regime for uses og senere trusten. Equity opstod imidlertid først flere hundrede år efter at common law havde manifesteret sig som værende gældende ret i England. Denne omstændighed kombineret med det for engelsk ret karakteristiske i en todeling af retssystemet tvinger til en anden disposition, hvor kronologien og emneopdelingen visse steder må vige pladsen for en mere forståelsesvenlig indføring i emnet.

DEL 1

Engelsk ret

## II Den normanniske invasion af England og dens afledede effekt på engelsk ejendomsret

### 1. Den normanniske invasion af England

England blev i år 1066 invaderet og erobret af William I, der var konge over normannerne. Efter erobringen konfiskerede William I al jord i riget og indførte den i Normandiet i forvejen eksisterende feudalisme, der var baseret på én samlet pyramidestruktur med én person i toppen, William I, som den ultimative ejer af al jord. Feudalismen var ikke et ukendt fænomen i England, men magten havde aldrig før været centreret hos én person, men derimod hos de enkelte fyrster og baroner rundt omkring i landet.<sup>1</sup> På trods af at enkelte stærke konger, såsom Charlemagne, var i stand til at forene fyrstendømmerne og baronierne i landet, var dette kun midlertidige foreteelser og så snart den pågældende konge afgik ved døden vendte forholdene tilbage til deres oprindelige struktur, hvor de saksiske konger ikke – eller kun i ringe grad – havde indflydelse på hvad der foregik i de enkelte områder:

»... therefore England was essentially a patchwork quilt of these large regions which for most purposes were autonomous, unless for their own individual self-advantage they came together and formed a council with the monarch to conduct English and Welsh affairs at large.«<sup>2</sup>

Den feudale struktur i Normandiet adskilte sig ikke kun fra den engelske men tillige fra størstedelen af de feudale strukturer i resten af det kontinentale Europa, der i lighed med England ikke var præget af en så stor grad af koncentration af magt og jordbesiddelse.

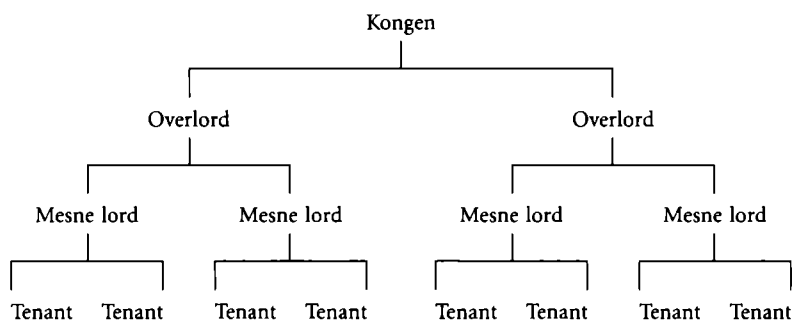
---

1. Jf. *Paul Todd*, *An Introduction to The Law of Trusts*, 1986, s. 3. Se mere udførligt herom *Frederick Pollock* og *Frederick William Maitland*, *The History of English Law*, 2 udg., vol. 1, 1923, s. 57ff.

2. *D.W.M. Waters*, *Institution of the Trust in Civil and Common Law*, *Recueil Des Cours*, 1995, Tome 252, s. 165.

## II Den normanniske invasion af England

Efter William I's erobring af England begyndte kongen at tildele jord til sine tilhængere og tillod saksere, der inden invasionen besad jord, at beholde denne mod at de svor troskab til den nye konge. De personer, der modtog jord direkte fra kongen, var som oftest fyrster og baroner, og de måtte til gengæld for den tildelte jord yde deres konge modydelser. Disse modydelser bestod i overvejende grad af *knight's service*, hvilket indebar at fyrster eller baroner fra og med at have modtaget jordbesiddelsen, skulle stille med et nærmere bestemt antal fuldt bevæbnede riddere til kongens disposition, når kongen anmodede herom. Den enkelte fyrste eller baron, der havde modtaget jordbesiddelse fra kongen, kunne ligeledes vælge at give jordbesiddelsen til en anden, således at denne person til gengæld herfor, skyldte fyrsten eller baronen modydelser. Baronen eller fyrsten forpligtede sig dog til, at forsvare den eller de enkelte jordbesiddere mod indblanding fra udenforstående. Denne videreoverdragelse af jordbesiddelse benævntes *subinfeudation*, idet fyrsten eller baronen skabte et nyt herremand-vassal forhold under det i forvejen eksisterende mellem kongen og herremanden. Det blev med tiden accepteret at også vedkommende, der havde modtaget jordbesiddelsen fra fyrsten eller baronen, kunne videreoverdrage besiddelsen af jorden til en anden og så fremdeles.<sup>3</sup>



Ikke at forveksle med subinfeudation er *substitution*. Substitution bestod i at den modtagende jordbesidder i et og alt trådte i den overdragende jordbesidders sted. Substitution var i sagens natur ilde set fra vedkommende, der i sin tid havde overdraget jordbesiddelsen til den

3. Jf. *Edward Jenks*, *A Short History of English Law*, 1928, 4. udg., s. 37f, og *Paul Todd*, *An Introduction to The Law of Trusts*, 1986, s. 4.

## 1. Den normanniske invasion af England

nu overdragende jordbesidder samt fra den overdragende jordbesidders familie, såfremt jordbesiddelsen kunne falde i arv hos modtageren af denne.

Den omstændighed at der i begyndelsen ikke gjaldt nogen begrænsninger for i hvor mange led, der kunne ske subinfeudation, indebar at der fremkom strukturer, der var ganske uigennemskuelige, hvilket kan illustreres med følgende eksempel fra datidens England:

»In Edward I's day [1272-1307] Roger of St German holds land at Paxton in Huntingdon shire of Robert of Bedford who holds of Richard of Ilchester, who holds of Alan of Chartres, who holds of William le Boteler, who holds of Gilbert Neville, who holds of Devorguil, who holds of the King of Scotland, who holds of the King of England.«<sup>4</sup>

I 1290 blev subinfeudation forbudt ved *Statute Quia Emptores*. Denne lov fastsatte for det første, at enhver besidder af et *fee simple estate*<sup>5</sup> var berettiget til at afhænde sin jordbesiddelse uden at skulle indhente samtykke fra sin herremand. Den nye jordbesidder trådte i den afhændende jordbesidders sko og besad således jorden for den afhændende jordbesidders herremand. Loven forhindrede dog ikke, at jordbesidderen overdrog en mindre ret (*grant of lesser estate*) til en anden, hvorved der her kom et nyt led i kæden. Loven gjaldt ikke for kongen hvorfor det også efter 1290 var muligt for kongen at foranstalte subinfeudation.<sup>6</sup>

Hvor fyrsterne holdt jorden umiddelbart for kongen, holdt personer længere ude i kæden jorden umiddelbart for deres herremand og middelbart for kongen. Hvor fyrsterne og baronerne, som beskrevet ovenfor, som oftest forpligtede sig til at yde knights service til kongen, skulle de underordnede led yde tjenester til fyrsterne og baronerne, hvilke imidlertid som hovedregel havde et andet indhold, end at levere militær.

---

4. Jf. *History of English Law*, 2 udg., 1898, vol. I., s. 233, som citeret i *Peter Butt*, *Land Law*, 2. udg., 1988, s. 37f.

5. Se om dette begreb neden for 2.

6. Jf. *E. H. Burn*, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 14f.

## II Den normanniske invasion af England

### 2. Den i kølvandet på den normanniske invasion opståede ejendomsret til jord i England

Engelsk rets nuværende regler om retten til jord er baseret på den såkaldte *doctrine of estates*, der blev til efter den normanniske invasion som en følge af den nye feudale struktur med kongen på toppen af den feudale pyramide som værende den ultimative ejer af al jord. *Doctrine of estates* er udtryk for den tidsmæssige udstrækning af *tenure*, der beskrives straks nedenfor. Engelsk rets *doctrine of estates* er vigtig for forståelse af de omstændigheder, der var årsag til at trusts opstod i England samt i forståelsen af retsinstituttet trust.

Feudalisme stammer fra det latinske ord *feudum*, hvilket betyder, at jord holdes på betingelse af, at der ydes tjenester til gengæld for besiddelsen. Et andet ord, der har stor betydning den dag i dag i engelsk ret, er *fee*, der er en anglo-saksisk betegnelse, hvilket betyder en særlig ejendomsret i jord bestående i, at retten til jorden er arvelig forudsat, at arvingerne ligeledes yder de på jordbesiddelsen hvilende tjenester.

Som en følge af at kongen i England var den ultimative ejer af al jord, gav det ikke mening at tale om at andre kunne have ejendomsret til jord. I stedet var retten til jord i England baseret på princippet om *habere, tenere*. Begge ord stammer fra latin og betyder at holde og have, eller som det udtrykkes på engelsk, *to have and to hold*.

Engelsk rets regler om jord bygger på to doktriner, nemlig *tenure* og *estates*. *Tenure*, der er afledt af *tenire*, er udtryk for hvilken kvalitativ ret til jordbesiddelsen den enkelte har. Den enkelte jordbesidder blev i overensstemmelse hermed benævnt *tenant* og ikke ejer. *Tenure* blev primært anvendt som en betegnelse for forholdet mellem *tenant* og herremand, hvorpå det kunne udfindes på hvilke betingelser den enkelte *tenant* havde fået jorden i sin besiddelse.<sup>7</sup> *Estate* er en betegnelse for en imaginær størrelse, der er udtryk for den tidsmæssige udstrækning af den enkeltes jordbesiddelse.<sup>8</sup> Det er vigtigt i forståelsen af disse begreber at holde sig for øje, at engelsk ret har adskilt ejendomsretten fra selve jorden og i stedet ser på i hvor lang tid en person har ret til at besidde jorden.

7. »Tenure thus connotes not merely the holding of land but also the holding of land from a superior lord, and furthermore that the land is held in return for certain services by the tenant to his lord.« J. G. Riddall, *Land Law*, 6. udg., 1997, s. 9.

8. Se E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 32.

## 2. Den i kølvandet på den normanniske invasion opståede ejendomsret

Estate repræsenterer udstrækningen af retten til *seisin*.<sup>9</sup> *Seisin* er af en lidt mærkværdig natur eftersom det er baseret på en faktisk konstatering, i stedet for at være en retlig konstatering af retten til jorden. Afgørende for om person har *seisin* eller ej til jorden er således en *de facto* konstatering af, om den pågældende person er i fysisk besiddelse af jorden.<sup>10</sup> *Seisin* opstod som konsekvens af, at *common law* krævede at jord hele tiden var *seised* af en person. *Common law* accepterede ikke, at der var en periode, hvor ingen havde *seisin* over jorden, en såkaldt *abeyance of seisin*.<sup>11</sup> At give *seisin* til en person, såkaldt *livery of seisin*, indebar blot, at modtageren havde jorden i sin besiddelse og kunne kræve jorden tilbage fra enhver bortset fra herremanden. Forholdet mellem herremand og jordbesidder blev ofte skabt ved en ceremoni, der fandt sted på jorden der skulle overdrages. Ceremonien kaldtes *feoffment with livery of seisin*. Ceremonien involverede overførslen af *seisin* fra herremanden til jordbesidderen. Ved at få overført *seisin* var besidderen berettiget til at besidde jorden og kunne ikke mødes med krav på dette fra andre.<sup>12</sup> Det er imidlertid ikke et krav for at have *seisin*, at man havde modtaget dette. En person der tiltvinger sig (besætter) jord siges også at have *seisin* over jorden. Konflikten mellem den oprindelige besidder og besætteren afgjorde domstolene til fordel for den oprindelige besidder. En konflikt mellem herremanden og den oprindelige besidder afgjorde domstolene på samme vis til fordel for herremanden. Om end *seisin* ikke som sådan har den store betydning i dag er tanken bag *seisin* et bærende princip i engelsk ejendomsret.<sup>13</sup>

9. Se E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994, s. 29.

10. »*Seisin* was a fact, not a right.« Robert Megarry og M. W. R. Wade, The Law of Real Property, 5. udg., 1984, s. 47.

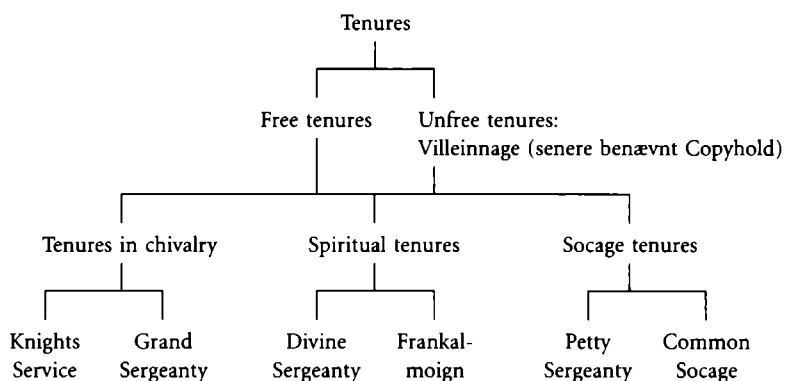
11. »Someone must always be *seised*. The person *seised* was the person against whom any default of feudal services had to be enforced and if *seisin* could be in *abeyance* the feudal system could not work. The *common law* abhorred an *abeyance of seisin*.« Robert Megarry og M. W. R. Wade, The Law of Real Property, 5. udg., 1984, s. 46.

12. Se Paul Coughlan, Property Law, 1995, s. 18.

13. »... English law, in analysing the relation of the tenant of the land, has directed its attention not to ownership, but to possession, or as it is called in the case of land, *seisin*. All titles to land are ultimately based upon possession in the sense that the title of the man *seised* prevails against all who can show no better right to *seisin*. *Seisin* is the root of title, and it may be said without undue exaggeration that so far as land is concerned there is in England no law of ownership, but only a law of possession.« Se E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994, s. 26.

## II Den normanniske invasion af England

Engelsk rets doctrine of tenures skelnede mellem *unfree tenures* og *free tenures*. Indehavere af *unfree tenures* var personer af på den tid lavere status, såsom arbejdsmænd. Disse nød ikke nogen særlig grad af beskyttelse og havde ikke seisin til jorden. Heroverfor står *free tenures* hvor indehaveren havde seisin og estate i jorden. Indehavere af *free tenures* forpligtede sig til gengæld for jordbesiddelsen at yde sin herremand henholdsvis kongen tjenester af en nærmere bestemt karakter. Englands tenure-system kan illustreres således:<sup>14</sup>



### Tenures in chivalry

*Knights Service* bestod oprindeligt i, at tenant var forpligtet til at forsyne sin herremand eller kongen med et nærmere bestemt antal af fuldt bevæbnede riddere. I midten af det tolvte århundrede ændrede forpligtelsen karakter til i stedet at bestå i betaling af et nærmere bestemt pengebeløb benævnt *scutage*, til herremanden henholdsvis kongen.

*Grand Sergeanty* bestod i, at tenant til gengæld for jordbesiddelsen ydede en ærefuld service for sin herremand henholdsvis konge, hvilket for eksempel kunne bestå i at tenant bestred et bestemt erhverv.

### Spiritual tenures

*Divine Service* kunne bestå i, at en præst til gengæld for kirkens jordbesiddelse afholdt messe en eller flere gange om ugen for herremanden eller kongens sjæls frelse.

14. Illustrationen er J. G. Riddall's og findes i bogen *Land Law*, 6. udg., 1997, s. 11.

## 2. Den i kølvandet på den normanniske invasion opståede ejendomsret

*Frankalmoign* har stor lighed med *divine service* men adskiller sig herfra ved kun at bestå i at bede for herremanden eller kongens sjæls frelse.

### Socage tenures

*Petty Sergeanty* bestod i, at tenant ydede herremanden eller kongen tjenester af en ikke-personlig natur, såsom forsyning af pile.

*Common Socage* bestod for det meste af at tenant dyrkede den tildelte jord, idet såvel jordarealet som tidsrummet for arbejdet var fikseret. Var jordbesiddelsen i stedet knyttet til en by, kunne *common socage* bestå i at tenant betalte en nærmere fikseret leje til herremanden. *Common socage* var et *residual tenure* hvorved forstås, at fremgik det ikke nærmere, hvilken form for *free tenure* der var tale om, ansås der for at foreligge *common socage*. Henimod slutningen af det 15. århundrede havde *common socage* fået mere karakter af at bestå i betaling af penge, kaldet *quit rents*.

*Villeinage* (*unfree tenure*) indebar, at tenant skulle levere arbejdsydelser til sin herremand. Hvad ydelserne nærmere skulle bestå i behøvede ikke at være fastlagt på forhånd, men kunne bestemmes fra dag til dag. *Villeinage* fik senere betegnelsen *copyhold*.

I 1690 blev *Tenures Abolition Act* vedtaget hvilket indebar, at langt størstedelen af alle *free tenures* blev ophævet, nemlig *grand sergeanty*, *petty sergeanty* og *knights service*.<sup>15</sup> I anden ombæring blev *copyhold tenure* og *frankalmoign* afskaffet ved *Law of Property Act 1922* henholdsvis *Administration of Estates Act 1925*. Det eneste *tenure*, der således resterer i dag, er *common socage*.

Engelsk rets *doctrine of estates* er, som det er anført ovenfor, et udtryk for den tidsmæssige udstrækning af en besiddelsesret til jord.<sup>16</sup> Som en konsekvens af at kongen var den ultimative ejer af al jord, var det nødvendigt at udvikle regler for den ret, som kongens herre-

15. *Tenures Abolition Act* omfattede ikke de ældre og mere særprægede *tenures* i form af *Gavelkind*, *Borough-English* og *Ancient demesne*, se om disse E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 24f, der benævner dem 'customary methods of landholding'.

16. Se om *doctrine of estates* Rasmus Kristian Feldthusen, *Succession*, 2001, s. 57ff.

## II Den normanniske invasion af England

mænd og tenants havde over den jord som de havde fået tildelt besiddelsen af. Dette førte til doctrine of estates, hvilken doktrin er udtryk for, at der blev skabt en abstrakt størrelse betegnet estate i jorden, hvilket blev indsat mellem jorden og tenant. Genstanden for tenants ejendomsret var således ikke selve jorden men det abstrakte estate i jorden.

»By resorting to this ingenious compromise, English law resolved at a stroke the apparent contradiction of theory and reality in the ownership of land. Although at one level 'estate' in the land demarcated the temporal extent of the grant to the 'tenant', in practice it provided a functional (and theoretically acceptable) substitute form of ownership in respect of land. The doctrine of estates survives to the present day. Like the medieval 'tenant', the modern proprietor of land owns in some strict sense not the land, but rather an 'estate' in the land which confers specific rights and powers according to the nature of the estate.«<sup>17</sup>

Hvor romerretten som udgangspunkt alene beskyttede den absolutte ejendomsret *dominium* ved actio in rem, der kunne gøres gældende mod enhver, i modsætning til possessio, der var en actio in personam, nyder en tenants estate i engelsk ret beskyttelse mod enhver, der ikke kan påvise en bedre ret. Den pågældende tenant har en *real action* mod omverden.<sup>18</sup>

Det er således et væsentligt karakteristikum ved doctrine of estates, at indehaveren af et estate i sin besiddelsestid har en tredjemandsbeskyttet ret og, med respekt af den påhvilende tenure, frit kan overdrage dette til tredjemand, som var det et hvert andet formuegode. Hertil kommer to yderligere karakteristika, der ligeledes adskiller sig væsentligt fra ejendomsretskonceptet i særlig civil law landene. For det første kan de enkelte estates variere i størrelse, afhængig af disses tidsmæssige udstrækning. For det andet kan en flerhed af personer på samme tid have indbyrdes forskellige og separate estates i den samme jord.

17. Kevin Gray, *Elements of Land Law*, 2. udg., 1993, s. 56. Se også *Walsingham's Case* fra 1579: »The land itself is one thing, and the estate in the land is another thing, for an estate in the land is a time in the land, or land for a time, and there are diversities of estates, which are no more that diversities of time, for he who has a fee simple in land has a time in the land without end or the land for time without end.« som citeret fra *E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 30 note 3.

18. Jf. *E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 26.

## 2. Den i kølvandet på den normanniske invasion opståede ejendomsret

Disse to karakteristika vil i det følgende blive gjort til genstand for behandling.

Som en følge af, at den tidsmæssige udstrækning er selve kendemærket for estates er det kun naturligt, at estates traditionelt opdeles ud fra deres varighed. Hovedsondringen indenfor estates er *estates of freehold* og *estates less than freehold*.<sup>19</sup> Hvorvidt et estate faldt indenfor den ene eller den anden kategori afhang oprindeligt af hvilken tenure, der hvilede på overdragelsen af jordbesiddelsen. Et andet moment og – efter Tenures Abolition Act af 1690 – i dag det eneste relevante moment er, om varigheden af det pågældende estate ikke kan fastlægges med sikkerhed, i hvilket tilfælde der foreligger et estate of freehold, eller om varigheden er fastlagt eller kan fastlægges med sikkerhed i hvilket tilfælde, der foreligger et estate less than freehold.<sup>20</sup>

Sondringen mellem estates of freehold og estates less than freehold havde betydning i to relationer, der har en indbyrdes sammenhæng. Hvor seisin fandt anvendelse på estates of freehold gjaldt dette ikke for estates less than freehold, der i stedet ansås for at være i *possession*. Begrebet possession benyttes til at indikere, at det pågældende formuegode ikke er *real property* (fast ejendom) men i stedet *chattels* (løsøre). Dette afføder helt naturligt spørgsmålet om besiddere af jord, hvis ret til besiddelse var begrænset i så henseende, at varigheden var fastlagt eller kunne fastlægges med sikkerhed, blev sidestillet med besiddere af løsøre? Svaret på dette spørgsmål er ja. Engelsk ret sondrer mellem real property, der er estates of freehold, og *personal property*, der består af estates less than freehold og chattels.<sup>21</sup> Sondringen har betydning i relation til hvilken beskyttelse, der er tillagt indehaveren af estate of freehold henholdsvis indehaveren af estate less than freehold.

Indehaveren af estate of freehold er i besiddelse af real property, en betegnelse, der er afledt af de for besiddelsen gældende beskyttelses-

---

19. Se tillige om de forskellige estates Rasmus Kristian Feldthusen, *Succession*, 2001, IV, 1.2.1.

20. Har en person således et estate, der er begrænset til at vare 999 år, anses vedkommende for at være i besiddelse af et estate less than freehold idet varigheden er fastlagt.

21. Herved fik engelsk ret den besynderlige sondring mellem *chattels real* og *chattels personal*, der medførte følgende tredeling: *law of property* (estates of freehold), *law of chattels real* (estates less than freehold) og *law of chattels personal* eller *law of pure personalty* (løsøre), jf. E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 36f.

## II Den normanniske invasion af England

regler, der kaldtes *real actions*. Real actions bestod af *possessory assizes* og *writs of entry* hvilke var krav på generhvervelse af seisin til det pågældende estate. Real actions kan således sammenlignes med reglerne om vindikation. Indehaveren af estate of less than freehold havde kun en *personal action*. Personal actions bestod af *damages* (erstatningskrav).

Den forskellige rubricering og beskyttelse af de to former for estates har rod i flere forhold. Først og fremmest var common law domstolsystemet, der opstod efter feudalismen ganske stift, hvilket blandt andet gav sig til udtryk i, at kun et begrænset antal estates var godkendte som sådanne. Endvidere kunne indehaveren af et estate less than freehold ikke påvise et tenure, der faldt indenfor den anerkendte kreds af tenures. Var en indehaver af et estate less than freehold uberettiget blevet frataget sin ret i jorden, var han henvist til at rette anmodning til indehaveren af estate of freehold. Efterkom indehaveren af estate of freehold ikke denne anmodning, var indehaveren af estate less than freehold eneste retsmiddel, at rette et erstatningskrav for brud på kontrakt mod indehaveren af estate of freehold. Der kunne derimod ikke blive tale om, at indehaveren af estate less than freehold kunne anlægge sag mod den uberettigede besidder af jorden. Særligt grelt var indehaveren af estate of freehold salg af sit estate til tredjemand. Her var indehaveren af estate less than freehold henvist til at anlægge et erstatningssøgsmål. Der var imidlertid også mere reale hensyn bag forskelsbehandlingen mellem indehaverne af de to estates. Jord fik med tiden en voksende betydning som en handelsvare henholdsvis et kreditobjekt. En indehaver af estate of freehold kunne have et ønske om, at overdrage jorden til en person, således at denne kunne dyrke jorden og beholde det derved indvundne afkast, mod at indehaveren af estate of freehold modtog en nærmere bestemt leje. En anden mulighed kunne være, at stille jorden som sikkerhed for et lån, således at kreditor fik en ret til jorden og dermed afkastet. Indehaveren af estate of freehold ønskede imidlertid ikke at give besiddelsen af jorden endeligt fra sig og begrænsede derfor retten tidsmæssigt til at vare i et nærmere bestemt tidsrum, således at jorden efter udløbet af det fastsatte tidsrum igen stod til disposition for indehaveren af estate of freehold. For lejeren eller kreditor havde den omstændighed, at de ikke modtog et estate of freehold men derimod et estate less than freehold, den konsekvens at forbuddet mod testamentariske disposi-

## 2. Den i kølvandet på den normanniske invasion opståede ejendomsret

tioner ikke fandt anvendelse. Lejeren eller kreditor kunne derfor teste over sin ret, således at en anden kunne få nytte af estate less than freehold i den resterende tidsperiode.

Den manglende beskyttelse af indehavere af estates less than freehold førte i et større antal sager til, at indehavere af estates of freehold tilsidesatte førstnævntes rettigheder ved at sælge deres estate of freehold til tredjemand. For at imødegå denne udvikling indførtes der i 1283 en adgang for indehavere af estate less than freehold til ved stævningen *Quare ejecit infra terminum* at kunne tvinge køberen af estate of freehold til at give indehaverne af estates less than freehold adgang til at besidde jorden for den resterende tidsperiode. Stævningen *Quare ejecit infra terminum* løste imidlertid ikke konflikten hvor indehaveren af estate less than freehold uberettiget mistede besiddelsen til jorden til en tredjemand, der ikke havde et estate of freehold. For at komme denne problemstilling til livs blev der i slutningen af det 13. århundrede åbnet adgang for, at den forsmåede indehaver af estate less than freehold ved stævningen *De ejectione firmæ* kunne nedlægge påstand om *tresspass* og i kraft heraf gøre et erstatningskrav gældende direkte mod den uberettigede besidder, men kunne altså ikke her gøre krav gældende på selve besiddelsen af jorden. Først i 1499 blev der ved stævningen *De ejectione firmæ* åbnet adgang til, at den forsmåede indehaver af estate less than freehold i stedet kunne kræve selve besiddelsen af jorden fra den uberettigede besidder.<sup>22</sup>

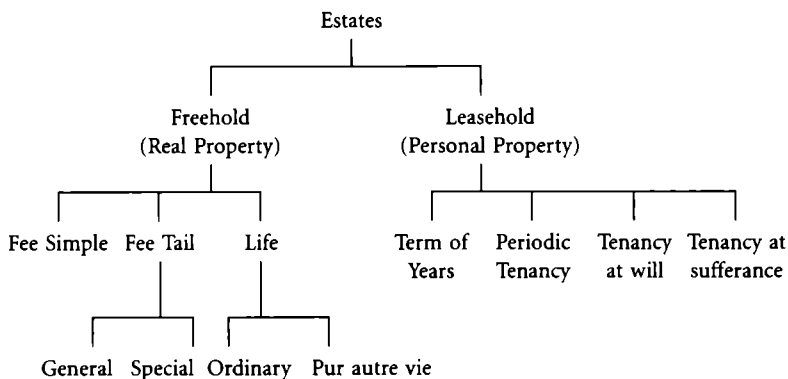
Estates less than freehold havde derved i midten af det 15. århundrede opnået to af de for estates of freehold væsentlige karakteristika. Estates less than freehold var kendetegnet ved at være bestemt ud fra den tidsmæssige udstrækning og indehavere af estates less than freehold kunne gøre deres ret gældende mod enhver. I lyset heraf måtte estates less than freehold sidestilles med estates of freehold, hvilket også er tilfældet fra og med denne tid. Sondringen mellem freehold estates og ikke-freehold estates har dog stadig betydning den dag i dag.

Indtil vedtagelsen af Law of Property Act 1925 anerkendte engelsk ret følgende estates:<sup>23</sup>

22. Se J. G. Riddall, *Land Law*, 6. udg., 1997, s. 44f.

23. Skemaet er udarbejdet af Michael Harwood, *Modern English Land Law*, 2 udg., 1982, s. 9. Skemaet er imidlertid ikke udtømmende. Den skematiske opdeling i relation til freehold estates findes stort set i samme udformning hos J. G. Riddall, *Landlaw*, 6. udg., 1997, s. 47.

## II Den normanniske invasion af England



### Freehold estates

*Estate in fee simple* er den største ret en person – udover kongen – kan have i jord i engelsk ret. Fee betyder, som det er anført ovenfor, at der er tale om en ret, der er arvelig. Ordet *simple* indikerer at der er tale om et almindeligt fee, hvorved forstås, at arveretten gælder for alle legale arvinger efter besidderen af *estate in fee simple*. Så længe indehaveren af *estate in fee simple* har legale arvinger vil dette således ikke tilfalde kongen. Tildeling af *estate in fee simple* sker typisk ved at anføre *to A and his heirs*. *Estate in fee simple* går til A og hans *heirs general*.

En person der er indehaver af et *estate in fee simple*, holder den dag i dag et *fee simple estate for the tenure of common socage*.<sup>24</sup> Om end *fee simple* er det tætteste engelsk ret kommer civil laws absolutte ejendomsret, kan indehaveren af *estate in fee simple* ikke anses for at være ejer af den faste ejendom men er i stedet blot indehaver eller besidder af denne.

*Estate in fee tail*<sup>25</sup> kan i lighed med *estate in fee simple* falde i arv, men retten hertil er begrænset.<sup>26</sup> Alene indehaveren af *estate in fee tail* arvinger i ret nedadgående linje, dvs. børn, børnebørn m.v., kan arve *estate in fee tail*. Tildeling af et *estate in fee tail* sker typisk ved at anføre *to A and the heirs of his body*. *Estate in fee simple* kan gå til

24. Jf. J. G. Riddall, *Land Law*, 6. udg., 1997, s. 24.

25. *Estate in fee tail* benævnes af og til også *estate tail* eller blot *entail*, se Peter Butt, *Land Law*, 2 udg., 1988, s. 98. *Estate in fee tail* blev anerkendt i 1285 ved *De Donis Conditionalibus*, jf. Michael Harwood, *Modern English Land Law*, 2 udg., 1982, s. 13. Navnet *tail* kommer af det franske ord *taillé*, der betyder begrænset, se Michael Harwood, *Modern English Land Law*, 2 udg., 1982, s. 13.

26. Forløberen til *fee tail* var det såkaldte *conditional fee*, se nærmere neden for 3.4.

## 2. Den i kølvandet på den normanniske invasion opståede ejendomsret

enten alle indehaverens arvinger i ret nedadgående linje (*estate in fee tail general*) eller til en mere begrænset gruppe af indehaverens arvinger i ret nedadgående linje, f.eks. alle arvinger af hunkøn.

Estate in fee tail skæres så at sige ud af et estate in fee simple og er således en rettighed af mindre værdi end et fee simple.

*Life estate* er, i modsætning til estate in fee simple og estate in fee tail, ikke arvelig. Indehaveren af et life estate har alene en ret til at besidde jorden for sin livstid, hvorefter retten ophører. Det er af denne grund, at ordet fee ikke optræder i dette estate.

Life estate kan opdeles i *ordinary life estate*, hvor tidsperioden afhænger af besidderens levetid, og *estate pur autre vie*, hvor tidsperioden afhænger af en anden end besidderens levetid.

Estate pur autre vie forekommer i to varianter. Den ene variant består i, at A overdrager B et estate for C's livstid. Den anden variant består i, at A der allerede er besidder af et ordinary life estate, giver et estate til B. I dette tilfælde vil det overdragne estate ophøre når A afgår ved døden. B's ret til det tildelte estate bestemmes således af en tidstermin forskellig fra B's livstid.

I begge tilfældes benævnes den person, hvis livstid afgør eksistensen af estate pur autre vie, for *cestui que vie*.<sup>27</sup> Cestui que vie har ikke nogen rettigheder som sådan i estate pur autre vie, men tjener alene den funktion at bestemme tidspunktet for hvornår estate pur autre vie ophører.

### Leasehold estates (Non freehold)

*Term of years* er så at sige det rene lejemål, hvor udlejer giver lejereren en ret til at besidde en fast ejendom i en nærmere fastlagt periode og for en aftalt leje.

*Periodic tenancy* er et lejemål for en specificeret periode såsom en uge, der kontinuerligt kan forlænges indtil en af parterne opsiger lejemålet.

*Tenancy at will* er et lejemål, hvor hver af parterne kan bringe lejeforholdet til ophør uden videre.

---

27. *Cestus que vie* hvis flere.

## II Den normanniske invasion af England

*Tenancy at suffreance* vedrører den situation hvor lejerer stadig er i besiddelse af det lejede, selvom lejemålet er ophørt. Udlejer kan kræve erstatning for lejerens brug af det lejede, og kan til enhver tid sætte lejerer ud.

Law of Property Act 1925 indebar en betydelig reduktion i antallet af de estates, der for eftertiden gyldigt kunne oprettes og overdrages. Fra og med 1925 anerkendes i common law alene estate in fee simple og term of years.<sup>28</sup>

Et andet karakteristikum, der som anført ovenfor adskiller sig væsentligt fra ejendomsretskonceptet i særlig civil law landene, er det forhold, at en flerhed af personer på en og samme tid kan have indbyrdes forskellige og separate estates i den samme jord. Den samtidige eksistens af flere rettigheder, der hver for sig er indbyrdes forskellige, i den samme jord, kan bedst beskrives ved at tage udgangspunkt i retstilstanden før vedtagelsen af Law of Property Act 1925, der som anført indebar en væsentlig reduktion i antallet af estates i common law.

### 3. Estates og rettigheder i jord

En forudsætning for den rigtige forståelse af trusten er kendskabet til reglerne om den samtidige eksistens af flere indbyrdes forskellige estates og rettigheder i den samme jord, hvilket er muliggjort af engelsk rets doctrine of estates. Ses der bort fra panterrettigheder, servitutter, byrder m.v., vil der som oftest kun hvile én ret på en fast i Danmark, nemlig ejendomsretten. Tilsvarende forekommer i England, men herudover kan der hvile en række samtidige rettigheder på én og samme ejendom, hvilke giver en flerhed af personer en mere eller mindre begrænset ret til ejendommen.

Engelsk rets doctrine of estates anerkender en bred vifte af rettigheder over jord. Udover *concurrent interests* kan rettigheder hvilende på jord være *interests in possession*, *in reversion* og *in remainder*. Hvert estate udgør med *Kevin Gray's* ord *a slice of time*:

»Through the doctrine of estates the common law was able to organise the allocation of certain powers of management, enjoyment and disposition over

28. Law of Property Act 1925 section 1(1).

### 3. Estates og rettigheder i jord

land in respect of particular periods or 'slices' of time. Moreover, as the law of real property became distanced from the physical reality of land and entered a world of almost mathematical abstraction, it was possible to accord an *immediate* conceptual reality to each 'slice' of time represented by an 'estate'. (...) In a world of concepts it was quite easy to conceive of rights to successive holdings of the land as 'present estates coexisting at the same time'. It was ultimately this feature of the time-related aspect of the 'estate' in land which made it possible for the common lawyer to comprehend the notional reality of immediate dispositions of, and dealing with, future interests in land.«<sup>29</sup>

For en sammenligning mellem common law og civil law i relation til doctrine of estates *Otto Kahn-Freund*:

»[o]wing to its habit of looking at the powers and rights arising from ownership rather than at ownership in the abstract, English law has been able to introduce the time element into the property concept. The continental notion of property, like the dominium of Roman law, contains, as a matter of principle, the element of eternity.«<sup>30</sup>

Doctrine of estates kan således siges at have introduceret en fjerde dimension i ejendomsretskonceptet i form af den tidsmæssige dimension. Ses hvert estate som et 'stykke af tiden' kan ejendomsretskonceptet ses som en lagkage. Ønskes hele lagkagen forevist er det nødvendigt at stykke samtlige estates sammen, det være sig i form af *interests in possession*, *in reversion* og *in remainder*.

Det skal holdes for øje, at den følgende gennemgang tager sit udgangspunkt i engelsk ret forinden vedtagelsen af Law of Property Act 1925, der reducerede antallet af estates i common law betydeligt. Se neden for 4 om de tilbageværende estates efter vedtagelse af Law of Property Act 1925.

Der sondres i engelsk ret mellem følgende estates og rettigheder:

- i. Concurrent interests,
- ii. Entailed interests og life interests,
- iii. Future interests,
- iv. Determinable interests, og
- v. Interests upon condition subsequent.

29. *Kevin Gray*, Elements of Land Law, 2. udg., 1993, s. 57.

30. *Otto Kahn-Freund* i Introduction til *Karl Renner*, The Institutions of Private Law and Their Social Functions, s. 23.

## II Den normanniske invasion af England

### 3.1. Concurrent interests

En person kan enten være besidder af jord alene, *land held in severalty* eller *separate ownership*, eller sammen med en eller flere andre, *land held concurrently* eller *co-ownership*.

»Co-ownership is the term used to describe the form of ownership in which two or more persons are simultaneously entitled in possession to an interest or interests in the same property. Co-ownership thus connotes some form of concurrent (as distinct from successive) holding in respect of property, and is governed in English law by rules markedly different from those which regulate land which is subject of a strict settlement under the Settled Land Act 1925«. <sup>31</sup>

Co-ownership kan sidestilles med dansk rets sameje, men i modsætning til dansk ret anvender engelsk ret tre former for sameje.<sup>32</sup> Den første form er *coparcenary*, der ikke længere er praktisk relevant. De to resterende former er *joint tenancy* og *tenancy in common*. Det skal her kort anføres, at efter ikrafttrædelsen af Law of Property Act 1925, kan *tenancy in common* ikke længere eksistere i common law. Ved *tenancy in common* har de enkelte *tenants in common* en andel i jorden, der er i co-ownership. Den enkelte tenant in common ret kan blive konverteret til en separat ret ved *partition*, *sale* eller *acquisition* af en anden tenant in common. *Joint tenancy* er baseret på, at hver *joint tenant* er berettiget til en ideel andel af jorden, der er i co-ownership. Den enkelte joint tenant har således alt og alligevel ingenting, eftersom det kun er i forening, at joint tenants kan siges at eje noget.<sup>33</sup> Herudover adskiller joint tenancy sig fra tenancy in common ved *ius accrescendi* og *the four unities*. *Ius accrescendi* indebærer, at når en joint tenant afgår ved døden falder hans ret i den genstand, der er i co-ownership, ikke i arv efter ham. De resterende joint tenants rettigheder udvides blot i tilsvarende omfang.<sup>34</sup> Kravene til oprettelse

31. Kevin Gray, Elements of Land Law, 2. udg., 1993, s. 460.

32. Engelsk ret har i alt kendt til fire former for sameje men den fjerde form, *tenancy by entirety*, eksisterer ikke længere, jf. E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994, s. 213f.

33. Kevin Gray, Elements of Land Law, 1987, s. 295.

34. Joint tenancy anvendes hyppigt mellem ægtefæller som en hurtig og omkostningsbillig måde hvorpå den efterlevende ægtefælle kan overtage f.eks. den fælles faste ejendom på. Hertil kommer, at der også kan være en skattebesparelse i at lade f.eks. den faste ejendom tilfalde den efterlevende ægtefælle på denne vis, i stedet for ved en testamenterisk disposition. Endvidere fungerer joint tenancy også som et værn for de efterlevende joint tenants mod den eller de af den afdøde joint tenants kreditorer, der ikke har sikkerhed for deres gæld, Kevin Gray, Elements of Land Law, 1987, s. 300.

### 3. Estates og rettigheder i jord

af joint tenancy er at der foreligger et sammenfald af the four unities, hvilke består i: *unity of interest*, *unity of title*, *unity in time* og *unity of possession*.<sup>35</sup>

*Unity of interest* indebærer, at to eller flere personer alle besidder den samme ret til den samme jord. Betingelsen vil derfor ikke være overholdt, såfremt A og B har estate in fee simple til jorden og C blot har et life estate.

*Unity of title* indebærer, at alle joint tenants skal erhverve deres ret i ét og samme instrument, f.eks. et skøde.

*Unity in time* indebærer, at alle joint tenants skal have erhvervet deres ret samtidigt.

*Unity in possession* indebærer, at alle joint tenants skal have samme ret til at besidde jorden.<sup>36</sup>

Som anført ovenfor har den enkelte joint tenant ikke en andel i formuegodet i co-ownership. Der kan alene siges at være en andel i form af en fælles andel i kraft af, at alle joints tenants tilsammen har ejendomsretten til formuegodet. Dette til trods så kan en joint tenant ved *severance* konvertere sin retsstilling fra at være joint tenant til at være tenant in common. Dette vil ikke påvirke de resterende joint tenants retsstilling. Herved opnår den konverterede tenant, at hans ret ikke automatisk tilfalder de andre joint tenants når han afgår ved døden. Omvendt vil den konverterede tenant heller ikke automatisk modtage en ret fra en joint tenant, der afgår ved døden før ham.

»There is, however, a logical difficulty at this point. In terms of the definition of joint tenancy, a joint tenant does not own an interest or 'share' which is

---

35. William Blackstone, Commentaries on the Laws of England – A Facsimile of the First Edition of 1765-1769, Vol. II – Of the Rights of Things (1766), optrykt af University of Chicago Press 1979, s. 180ff., J. G. Riddall, Introduction to Land Law, 3. udg., 1983, s. 142ff., Judith-Anne MacKenzie, Kevin Gray, Elements of Land Law, 2. udg., 1993, E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994, s. 213ff. og Mary Phillips, A Practical Approach to Land Law, 2. udg., 1986, s. 213ff.

36. Unity of possession er den eneste af betingelserne, der tillige behøver at være opfyldt for at der foreligger et tenancy in common.

## II Den normanniske invasion af England

sufficiently distinct to provide the subject matter of a disposition. The only way in which the alienor can validly dispose of an 'interest' is on the assumption that severance has already occurred. The act of alienation is thus, paradoxically both the source and the vehicle of the interest conveyed. In some curious dislocation of time and causation, the completed act of transfer brings into being the very 'interest' which purported to be the subject matter of the transfer in the first place.<sup>37</sup>

Det kan således siges, at den enkelte joint tenant har en andel i formuegodet i joint tenancy selvom dette langtfra er stringent eller for så vidt korrekt sprogbrug. Det skyldes den omstændighed, at den enkelte joint tenant i praksis uden videre kan bringe sin status som joint tenant til ophør og således – om end terminologisk modstridende – i stedet være tenant in common og besidde en andel i det pågældende co-ownership. Joint tenants overgang til at være tenant in common indebærer, at der nu eksisterer en andel i jorden, som vedkommende kan disponere over.

Såfremt alle joints tenants er enige om at ophøre med at være joints tenants, for i stedet at være tenants in common, anses joint tenancy dermed for at være ophørt og der foreligger i stedet tenancy in common for alles vedkommende.<sup>38</sup>

Tenants in common har, i modsætning til joint tenants, en andel i det pågældende co-ownership.<sup>39</sup> Denne andel kan de enkelte tenants in common disponere over såvel inter vivos som mortis causa. En anden og vigtig forskel mellem tenancy in common og joint tenancy er, at tenants in common har mulighed for indbyrdes at udveksle andele og ændre fordelingsnøgle.<sup>40</sup> Den eneste lighed mellem tenancy in common og joint tenancy er, at begge skal opfylde betingelsen om sammenfald i besiddelse. Denne betingelse følger i sagens natur af, at der skal være mere end én person, der er berettiget, for at der kan

37. *Kevin Gray*, *Elements of Land Law*, 2. udg., 1993, s. 490.

38. *J. G. Riddall*, *Landlaw*, 6. udg., 1997, s. 250.

39. Tenants in common siges at »hold land in undivided shares«. Med undivided shares menes blot, at består det pågældende co-ownership i f.eks. jord, kan de enkelte tenants in common andele ikke udpeges i form af retten til at besidde eller bruge bestemte dele af jorden, men i stedet en ret til hele jorden, der i tilfælde af salg m.v. udgør en bestemt brøkdel af jorden, se *Kevin Gray*, *Elements of Land Law*, 2. udg., 1993, s. 469f.

40. I sagen *Cowcher v. Cowcher* udtalte dommer *Bagnall J.* følgende herom: »Lastly, a joint interest in equal shares is a contradiction in terms; the words of severance create a tenancy in common; and there is, I think, no such interest known in law or equity as a joint tenancy in unequal shares.« *The Weekly Law Reports*, 1972, vol. I, side 425ff.

### 3. Estates og rettigheder i jord

foreligge et co-ownership. Hvor joint tenancy tillige skal opfylde de resterende tre betingelser er dette ikke nødvendigt for et common tenancy.

Det vil for det første sige, at der ikke behøver at være sammenfald i tid for at anse et common tenancy for at foreligge. Tenants in common kan således have erhvervet deres ret på forskellige tidspunkter og af forskellige personer.<sup>41</sup> For det andet er der således ikke krav om, at tenant in common nr. 2 er tillagt samme rettighed over f.eks. den faste ejendom som tenant in common nr. 1. Hvor tenant in common nr. 1 f.eks. er tillagt estate in fee simple til den faste ejendom, hvorimod tenant in common nr. 2 blot er tillagt life estate til den faste ejendom. Af førnævnte følger for det tredje, at der ved tenancy in common ikke stilles krav om sammenfald i title.

#### 3.2. Entailed interests og life interests

I modsætning til concurrent interests, hvor der på en og samme gang foreligger to eller flere estates in fee simple, foreligger der ved entailed og life interests i stedet på samme tid ét estate in fee simple<sup>42</sup> og ét eller flere mindre estates.

Estate in fee tail<sup>43</sup> blev til ved *Statute De Donis Conditionalibus 1285*. I et estate in fee tail optræder minimum to samtidige men indbyrdes uafhængige rettigheder i den samme jord, hvilke giver de to en mere eller mindre begrænset ret til ejendommen.

Har en person en aktuel ret til et estate in fee simple, siges vedkommende at have et estate in fee simple *in possession*. Dette giver indehaveren en ejers beføjelser og rådighed. En indehaver af et estate in fee simple in possession kan vælge mellem 1) at overdrage den fulde ret i form af estate in fee simple, 2) en mere begrænset ret bestående i estate in fee tail eller 3) den mest begrænsede ret bestående i life estate. I de to sidste situationer overdrages en mindre ret end estate in fee simple hvilket indebærer, at indehaveren af estate in fee simple også efter overdragelsen har en ret til jorden om end denne nu er

---

41. Roger A. Cunningham, William B. Stoebeck, Dale A. Whitman, *The Law of Property*, 2. udg., 1993, West Publishing Co. – St. Paul, USA, s. 190.

42. Der kan naturligvis også tænkes den situation, at der foreligger concurrent interests og en eller flere af indehaverne af disse overdrager et mindre estate i form af estate in fee tail eller life estate.

43. Også benævnt *feodum talliatum*.

## II Den normanniske invasion af England

begrænset.<sup>44</sup> Dette viser sig ved, at overdrageren ikke længere har et estate in fee simple in possession, men i stedet et estate in fee simple in reversion.<sup>45</sup>

Indehaveren af estate in fee simple kan overdrage et estate in fee tail hvilket medfører, at modtageren har et estate in fee tail in possession. Overdrageren har herefter et estate in fee simple in reversion. Tilsvarende kan modtageren af estate in fee tail in possession overdrage en ret til en ny modtager, idet han kan vælge mellem at overdrage den fulde ret, der tilkommer ham i form af estate in fee tail eller en mere begrænset ret bestående i life estate. Overdrager indehaveren af estate in fee tail in possession et life estate til tredjemand, vil indehaveren af estate in fee tail have et estate in fee tail in reversion og modtageren et life estate in possession. I denne situation optræder der tre samtidige – men indbyrdes uafhængige – rettigheder i den samme jord, bestående i estate in fee simple in reversion, estate in fee tail in reversion og life estate in possession.

Endelig kan indehaveren af life estate in possession, cestui que vie, overdrage sin ret til en anden. Idet en person ikke kan overdrage mere end hvad der tilkommer ham vil den af cestui que vie overdragne ret ophøre, når cestui que vie afgår ved døden. Det er denne omstændighed, der har givet navnet på den overdragne ret; estate pur autre vie. Modtageren, tenant pur autre vie, får nemlig et estate hvis tidsmæssige udstrækning ikke er knyttet til hans person, men derimod til overdragerens person. I denne situation optræder der fire samtidige – men indbyrdes uafhængige – rettigheder i den samme jord, bestående i estate in fee simple in reversion, estate in fee tail in reversion, life estate in reversion og estate pur autre vie in possession.

### 3.3. Future interests

Ovenfor er det beskrevet hvorledes der i engelsk ret ved entailed og life interests på én og samme tid kan eksistere et estate in fee simple og et eller flere mindre estates. Begge former for rettigheder kan på én og samme tid eksistere i den samme jord hos forskellige personer.

---

44. I den første situation vil overdrageren ikke længere have nogen ret til jorden, idet modtageren har fået et estate in fee simple in possession. Dette svarer således til en overdragelse af den fuldstændige ejendomsret.

45. Se om *reversions* neden for 3.3.

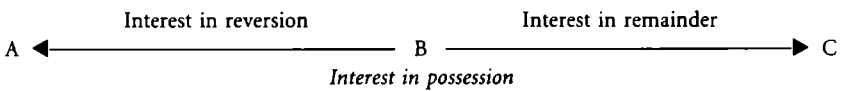
### 3. Estates og rettigheder i jord

Til concurrent og entailed samt life interests kommer en tredje form for rettigheder bestående i *future interests* i form af *reversion* og *remainders*. En future interest er oversat en fremtidig rettighed, hvilken betegnelse på én og samme tid er både retvisende og misvisende. Ordet er retvisende, idet vedkommende først en gang i fremtiden har en ret til possession og misvisende, idet retten udgør et formuegode, der kan afhændes, pantsættes og falde i arv og således på dette punkt reelt er en aktuel ret.

Ordet reversion betyder oversat 'noget der vender tilbage'. Dette er en ganske dækkende beskrivelse for overdragerens ret, idet han ikke længere har en aktuel ret men derimod en ret, der først bliver aktuel på et senere tidspunkt, hvorefter overdragerens ret i form af estate in fee simple in possession vender tilbage (reverts). Har indehaveren af estate in fee simple overdraget et estate in fee tail får modtageren et estate in fee tail in possession. Overdrageren har herefter et estate in fee simple in reversion.<sup>46</sup>

En remainder er oversat 'noget der bliver væk' eller 'noget der ikke vender tilbage'. En remainder er en rettighed, der træder i kraft ved ophøret af et tidligere og mindre estate, end dét estate som interest in remainder vedrører.

Future interests kan grafisk opstilles således, idet den kursiverede tekst i illustrationen markerer en present interest:<sup>47</sup>



En remainder kan alene skabes i det samme instrument, der overdrager det mindre estate. Overdrager således A et life estate til B og i samme instrument fee simple til C, da modtager C en remainder. Overdrager A i stedet først et life estate til B og på et senere tidspunkt fee simple til C, da modtager C i stedet A's reversion.<sup>48</sup>

46. En reversion kan defineres som »... the interest remaining in the grantor after granting away a more limited interest in the same land.«, Peter Butt, Land Law, 2. udg., 1988, s. 67.

47. Figuren er hentet fra Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, IV, 1.2.2.

48. Se nærmere Peter Butt, Land Law, 2. udg., 1988, s. 68.



### 3. Estates og rettigheder i jord

Denne regel udtrykkes således, at en remainder kun kan komme efter et *particular estate*.<sup>51</sup>

Der er derfor ikke tale om en remainder hvis det om denne er bestemt, at den skal opstå som følge af en begivenheds indtræden og ikke ophøret af et *particular estate*. En remainder vil således ikke foreligge, hvis følgende er bestemt:

Life estate til A når han fylder 18 år.

En sådan bestemmelse, hvorefter life estate vil opstå pludseligt (*springing interest*), hvis og såfremt A fylder 18 år, er ugyldig af to grunde, der er indbyrdes sammenhængende. Først og fremmest fordi der ikke ligger noget *particular estate* før A's estate. Dernæst er bestemmelsen ugyldig, idet der foreligger en mangel på seisin såkaldt *abeyance of seisin*, hvilket ikke er tilladt i engelsk ret. Overdragelse af et estate må nødvendigvis efter engelsk ret også indebære en overdragelse af seisin, medmindre denne allerede er overdraget til en anden forinden i form af et *particular estate*. En overdragelse af et life estate til en person, der ikke samtidigt erhverver seisin men derimod først (eventuelt) en gang i fremtiden, kan ikke anerkendes i engelsk ret:

»... a livery of seisin must necessarily divest the seisin from the grantor at once – one could not, today, hand over a 'thing' which was not to exist until tomorrow.«<sup>52</sup>

Ligeledes anerkendes såkaldte *shifting interests* ikke i engelsk ret. Ved en *shifting interest* finder der et skift sted af estate ved indtræden af en fremtidig begivenhed. En *shifting interest* foreligger f.eks. hvor det om en jordbesiddelse er bestemt, at denne skal tilfalde A som life estate men såfremt han bliver skilt, overgår life estate til B.

Forudsat at kravet om ubetinget tilstedeværelse af seisin er opfyldt har overdrageren mulighed for at indsætte betingelser i form af *contingencies* som f.eks.:

---

51. »A remainder, then, is a interest which is limited to take effect in possession upon the natural termination of a prior particular estate.«, *H. Burn*, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994, s. 280. Particular betyder mindre.

52. *Peter Butt*, Land Law, 2. udg., 1988, s. 120.

## II Den normanniske invasion af England

Life estate til A og estate in fee simple in remainder til B såfremt B opnår alderen 18 år.

I dette eksempel opstår der ikke problemer i relation til seisin, idet denne besiddes af A, der har et particular estate. Derimod forekommer det umiddelbart vanskeligt at definere B's ret, idet B ikke kan siges at have en absolut ret til estate in fee simple in remainder men derimod alene en betinget ret. På denne baggrund sondres der i engelsk ret mellem *vested remainders*<sup>53</sup> og *contingent remainders*.<sup>54</sup> Forskellen mellem disse to former for rettigheder er, at en vested remainder er et eksisterende estate,<sup>55</sup> der blot er frataget den aktuelle seisin i jorden af et particular estate. En contingent remainder er derimod slet ikke et estate, men en betingelse hvis opfyldelse indebærer, at en vested remainder vil foreligge.<sup>56</sup> Forskellen kan yderligere illustreres ved følgende eksempel:

Life estate til A, estate in fee simple in remainder til B.

Om end B's ret til aktuel besiddelse (seisin) er betinget af, at B overlever A, har B en vested remainder i dét øjeblik overdragelsen er effektueret, idet der ikke er indsat nogen betingelser for B's ejendomsret til estate in fee simple in remainder. B's ret siges at være en remainder vested in interest i modsætning til en remainder vested in possession, hvor B tillige har den aktuelle besiddelse (seisin) til jorden. Vender vi nu blikket tilbage til eksemplet ovenfor hvor det var bestemt:

---

53. Interests in possession kan også være vested. Reversions vil derimod kun kunne være vested, jf. *Robert Megarry og M. W. R. Wade, The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 237.

54. En interest in possession kan også være contingent hvorimod dette aldrig vil kunne være tilfældet for en interest in reversion, jf. *J. G. Riddall, Landlaw*, 6. udg., 1997, s. 205.

55. Det er vigtigt at holde for øje, at der ved vested remainders rent faktisk foreligger et eksisterende estate og ikke et fremtidigt estate.

56. En *contingent remainder* er en remainder, der er gjort til genstand for en såkaldt *condition precedent* hvorimod en remainder, der er gjort til genstand for en *condition subsequent*, er en vested remainder, jf. *Lewis M. Simes, Handbook of the Law of Future Interests*, 2. udg., 1966, s. 20. *Conditions precedent* og *conditions subsequent* behandles neden for 3.5.

### 3. Estates og rettigheder i jord

Life estate til A og estate in fee simple in remainder til B såfremt B opnår alderen 18 år.

Her kan der tænkes fire situationer, der ikke er diskuteret endnu. 1) B opfylder betingelsen imens A's life estate eksisterer, 2) A afgår ved døden forinden B er fyldt 18 år, 3) B afgår ved døden forinden han fylder 18 år men mens A er i live og 4) B afgår ved døden efter at have fyldt 18 år og imens A er i live.

- 1) B's contingent remainder konverteres til at være en vested interest in remainder.<sup>57</sup>
- 2) Denne situation voldte store problemer op gennem tiden for den engelske ejendomsret, idet der her kunne opstå en situation hvor der forelå abeyance of seisin. Contingent remainders førte på denne baggrund en noget omtumlet tilværelse hvor de gik fra at være ugyldige til at være gyldige, alt i mens der herskede retsusikkerhed. I sagen *Purefoy v. Rogers* i 1671 blev visse contingent remainders anset for at være gyldige hvorimod contingent remainders, der var udformet således, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed ville kunne siges om der kunne opstå en situation med abeyance of seisin, blev underkendt. Retstilstanden fik en afklaring ved *Contingent Remainders Act 1877*. I henhold til denne lov fik contingent remainders, hvor particular estate ophørte forinden opfyldelsen af betingelsen, status som såkaldte *executory interests*. Loven indebar, at den omstændighed at A afgik ved døden og particular estate dermed ophørte, ikke *eo ipso* indebar, at B's contingent remainder ophørte.
- 3) I denne situation opfyldes betingelsen ikke og B's contingent remainder ophører, hvilket indebærer, at overdrageren af life estate og contingent remainder nu har en reversion vested in interest.
- 4) I det øjeblik B fylder 18 år vil hans contingent remainder blive konverteret til en remainder vested in interest. Denne omstændighed indebærer at der opstår et estate in fee simple in remainder vested in interest, hvilket kan falde i arv. B's arvinger vil således erhverve en ret til jorden og vil modtage denne når A afgår ved

---

57. Overlever B yderligere A, konverteres B's remainder vested in interest til at være en remainder vested in possession, og dermed til at være et fuldstændigt estate in fee simple.

## II Den normanniske invasion af England

døden, hvorved deres ret transformeres til et estate in fee simple vested in possession.

Der fandtes endelig en sidste kategori af future interests i form af *executory interests*. Executory interests er en betegnelse for tre former for rettigheder; *shifting uses*, *springing uses* og *executory devises*. Denne sidste kategori vil ikke blive behandlet på dette sted men i stedet neden for under behandlingen af trusts.

### 3.4. Determinable interests

Oven for er estate in fee simple beskrevet i sin mest enkle udgave i form af estate in fee simple *absolute*. At det er absolute betyder, at det ikke bringes til ophør ved indtræden af nogen særlig begivenhed.<sup>58</sup> Det største estate i engelsk ret er således: estate in fee simple absolute in possession.

Herudover findes tre andre typer af estate in fee simple, der rubriceres under *modified fee simple*; *determinable fee*, *fee simple upon condition* og *base fee*.

Et determinable fee er et estate in fee simple, der ophører automatisk ved indtræden af en nærmere bestemt begivenhed, om hvilken det ikke med sikkerhed kan siges om denne nogensinde indtræder. Såfremt det med sikkerhed kan siges, at begivenheden vil indtræde, skabes der ikke noget fee simple eftersom det er et *sine qua non* ved et fee simple, at det potentielt skal kunne vare for evigt. Et determinable fee kan skabes ved f.eks. i overdragelsesdokumentet at bestemme, at A skal have et estate in fee simple til en jordbesiddelse sålænge Rundetårn eksisterer. A og dennes arvinger kan i princippet have en ret til estate in fee simple for bestandig men skulle Rundetårn blive f.eks. kondemneret, vil estate in fee simple gå tilbage (revert) til overdrageren eller dennes arvinger. Overdragerens ret er her en *possibility of reverter*. Et determinable fee kan overgå til et fee simple absolute såfremt det kan udelukkes, at begivenheden nogensinde indtræder. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis det er bestemt, at A skal have estate in fee simple sålænge B er barnløs og B dør uden at efterlade sig børn.<sup>59</sup>

58. Bortset fra naturligvis den omstændighed, at en indehaver af estate in fee simple absolute afgår ved døden uden overhovedet at efterlade sig nogen arvinger.

59. Jf. Robert Megarry og M. W. R. Wade, *The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 67f.

### 3. Estates og rettigheder i jord

Fee simple upon condition er beslægtet med determinable fee men adskiller sig herfra ved at der i stedet er knyttet en betingelse (*condition subsequent*)<sup>60</sup> til besiddelsen af estate in fee simple. Et fee simple upon condition subsequent kan f.eks. være udformet således, at A skal besidde dette på betingelse af, at han ikke lader sig skille fra B. Hvorvidt der foreligger et determinable fee eller et fee simple upon condition afhænger for så vidt af, hvorledes overdrageren har formuleret begrænsningen. Vendinger såsom *indtil, imens, så længe som* vil skabe et determinable fee, hvorimod *på betingelse af, såfremt at, forudsat* vil skabe et fee simple upon condition.<sup>61</sup> Forskellen mellem interests upon condition og determinable interest stikker dog dybere end blot sprogbrogen:

»In short, if the terminating event is an integral and necessary part of the formula from which the size of the interest is to be ascertained, the result is the creation of a determinable interest; but if the terminating event is external to the limitation, if it is a divided clause from the grant, the interest granted is an interest upon condition.«<sup>62</sup>

En væsentlig forskel mellem de to estates er, at hvor et determinable estate ophører automatisk, giver ophøret af fee simple upon condition overdrageren ret til at kræve sig indsat (*right of entry*) i jordbesiddelsen. Indtil denne indsættelsesret udøves, vil fee simple upon condition fortsætte hos A eller dennes arvinger. Indsættelsesretten kan håndhæves når som helst, og den falder i arv efter overdrageren.

Et base fee er en særlig form for determinable fee. De to kendetegn for et base fee er, at base fees eksistens er begrænset til den oprindelige overdrager og dennes descendents levetid samt at der følger en remainder eller reversion i kølvandet på det.

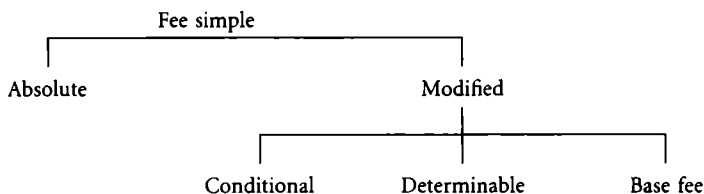
60. Se om *condition subsequent* og *condition precedent* neden for 3.5.

61. I sagen *Re King's Trust* 1892 udtalte *Porter*, at sondringen mellem de to estates er: »little short of disgraceful to our jurisprudence.«, som citeret fra *Robert Megarry og M. W. R. Wade, The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 70 med note 4.

62. *E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 341.

## II Den normanniske invasion af England

Opdelingen af fee simple kan grafisk opstilles således:



Også et life estate kan gøres til genstand for en determinable interest, hvilken kan få life estate til at ophøre forinden life tenant er afgået ved døden.<sup>63</sup>

### 3.5. Interests upon condition precedent og condition subsequent

Engelsk ret sonder yderligere mellem *conditions precedent* og *conditions subsequent*. Condition precedent relaterer sig til begyndelsestidspunktet for en rettighed og condition subsequent til ophørstidspunktet for en rettighed. Den funktionelle modpart i dansk ret er sondringen mellem suspensive og resolutive betingelser. Modtager A, der er gift med B, således et estate in fee simple på den betingelse, at A forbliver i ægteskabet med B, har A for det første et estate in fee simple in possession og A's ret er yderligere vested, idet A ikke skal opfylde nogen betingelser for at erhverve retten. A kan imidlertid fortabe sin ret hvis ægteskabet med B ophører og A's ret er derfor resolutivt betinget eller et estate in fee simple upon condition subsequent. Er det derimod bestemt, at A skal modtage estate in fee simple når A har bestået sin juridiske embedseksamen, er A's ret suspensivt betinget eller et estate in fee simple upon condition precedent.

63. E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994, s. 137f.

#### 4. Reduktionen i antallet af estates i common law

### 4. Reduktionen i antallet af estates i common law ved Law of Property Act 1925

Forinden 1926 kunne følgende estates forekomme i engelsk ejendomsret:

*Før Law of Property Act 1925*

COMMON LAW							
Fee simple	Fee simple absolute in possession	Fee simple absolute in remainder	Fee simple absolute in reversion	Conditional fee simple in possession	Conditional fee simple in reversion	Determinable fee simple in possession	Determinable fee simple in remainder
Fee tail	Fee tail in possession	Fee tail in remainder	Conditional fee tail in possession	Determinable fee tail in possession			
Life estate	Life estate in possession	Life estate in remainder	Life estate in reversion	Conditional life estate in possession	Conditional life estate in remainder	Determinable life estate in remainder	
Term of years	Term of years						

Vedtagelsen af Law of Property Act 1925 førte til en betydelig reduktion i antallet af estates. Loven indebar at der fremover i common law kun anerkendes to former for estates, nemlig *estate in fee simple absolute in possession* og *term of years (lease)*:

*Efter Law of Property Act 1925*

COMMON LAW	
Fee simple	Fee simple absolute in possession
Term of years	Term of years

Reduktionen i estates gælder imidlertid alene *legal estates*, dvs. estates i common law, men derimod ikke *equitable estates*, der efter vedtagelsen af Law of Property Act 1925, benævnes *equitable interests*. Hvor legal estate er betegnelsen for en almindelig ejers ret da er equitable interests betegnelsen for de rettigheder, der hører under en trust. Ud fra maksimen *equity follows the law* eksisterede der før vedtagelsen af Law of Property Act 1925 de samme equitable interests som legal estates. Law of Property Act 1925 ændrede imidlertid herpå ved at reducere antallet af legal estates. Equitable interests forblev derimod uberørte:

## II Den normanniske invasion af England

Før og efter vedtagelsen af Law of Property Act 1925

EQUITY							
Fee simple	Fee simple absolute in possession	Fee simple absolute in remainder	Fee simple absolute in reversion	Conditional fee simple in possession	Conditional fee simple in reversion	Determinable fee simple in possession	Determinable fee simple in remainder
Fee tail	Fee tail in possession	Fee tail in remainder	Conditional fee tail in possession	Determinable fee tail in possession			
Life estate	Life estate absolute in possession	Life estate absolute in remainder	Life estate absolute in reversion	Conditional life estate in possession	Conditional life estate in possession	Determinable life estate in remainder	

Efter vedtagelsen af Law of Property Act 1925 vil ethvert estate, der ikke er et estate in fee simple absolute in possession eller term of years, være en equitable interest og således være i en trust.

### 5. Romerretten uden indflydelse på engelsk ejendomsret

En vigtig faktor i udviklingen af reglerne om ejendomsret til jord i common law er den omstændighed, at romerretten ikke fik (samme) indflydelse på common law (som det var tilfældet på det europæiske kontinent). England, der savnede materiel lovgivning, udviklede i perioden 1066 til 1400 sine egne regler gennem domstolsskabt ret:

»In the common law system there occurred no such thing as a reception of Roman law; the customary law of the realm was the sum total of the common law, as it had been during the century or more of Saxon kings. (...) Indeed the strength and reliability of the law at this early stage depends upon the precision and rigid character of its procedures. Nothing must be varied under any circumstances. (...) Between 1250 and 1400 we cannot expect to see the common law courts doing very much more than holding themselves in an independent position from any pressure group, and at the same time applying faithfully the highly procedural and formal legal system that they as judges and barristers had inherited.«<sup>64</sup>

Dog kan det ikke benægtes, at visse dommere – herunder særligt de kongelige dommere – kan have haft kendskab til kanonisk ret og romerret. Tilsvarende gælder for den kirkelige orden.<sup>65</sup> Dette har for-

64. D.W.M. Waters, *Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Recueil Des Cours, 1995, Tome 252, s. 168 og 169.

65. John Hudson, *Land, Law, and Lordship in Anglo-Norman England*, 1994, s. 267 og 273f.

## 5. Romerretten uden indflydelse på engelsk ejendomsret

mentlig hovedsageligt givet sig udslag i en systematisering af allerede anvendte og fasttømrede begreber i common law.

Det er imidlertid slående, at der i de to retssystemer – romerret og common law – er væsentlige ligheder, uagtet at retssystemerne har udviklet sig uafhængigt af hinanden. Begge systemer er i bund og grund baseret på domstolsskabt ret af dommere, der ofte savnede en tilstrækkelig høj grad af juridisk indsigt men i stedet interesserede sig for at nå et pragmatisk resultat.<sup>66</sup> Begge systemer udviklede et sæt af rettigheder, der med tiden blev til et stift og ufleksibelt værktøj, der måtte suppleres af et mere fleksibelt system, der i romerretten blev varetaget af prætoren og i England af Chancellor. De således udviklede parallelle retssystemer fik i romerretten betegnelsen prætoriansk ret og i England equity. Prætoriansk ret og equity fik blandt andet indflydelse på ejendomsretten derhen, at der både i romerretten og i England udviklede sig en dobbelt ejendomsret i form af bonitarisk ejendomsret i romerretten og equitable ownership i engelsk ret.<sup>67</sup> Hvor denne udvikling blev bremset i romerretten er den i England fortsat op til den dag i dag.<sup>68</sup>

»It should not be supposed that formal adoption of the Roman law as *ius commune* was indispensable to reception of the Roman ideas. Even in the area of the Anglo-American common law, where the law of Justinian has never been recognized as an authoritative source of law (...) it is noteworthy that the Roman conceptions have had pervasive, if unacknowledged, influence; indeed, there were two creative epochs in the development of English law when the civil law was all but formally received. The relationship between these, the two outstanding legal systems in the western world, the Anglo-American common law and the civil law derived from that of Rome, is a moot question, yet to be comprehensively explored.«<sup>69</sup>

---

66. Hessel E. Yntema, Roman Law and its Influence on Western Civilization, Cornell Law Quaterly, vol. xxxv, 1950, s. 78.

67. »The dualism of legal and equitable ownership has a certain parallel in Roman law, but not in modern Continental systems.«, John Henry Merryman, The Civil Law Tradition, 2. udg., 1985, s. 521.

68. Den udvikling, som romerretten er undergået i moderne 'civil law', er for størstedelens vedkommende post-romersk. Den systematiske opdeling som den genfindes i Frankrigs Code Civil har en detaljeringsgrad og præcision, der ikke genfindes hos datidens romerske dommere.

69. Hessel E. Yntema, Roman Law and its Influence on Western Civilization, Cornell Law Quaterly, vol. xxxv, 1950, s. 87f.

## II Den normanniske invasion af England

Også i udviklingen af henholdsvis romerrettens *fideicommissum* og engelsk rets use (trust) har de to retsinstrumenter en række træk tilfælles:

»In historical terms there is indeed a remarkable comparison between the family settlements created through the *fideicommissum* in Rome, relatively few though they probably were, and the pattern of strict settlements and trust settlements that supported the major landed families in England between the sixteenth and nineteenth centuries. It is indeed fascinating that there is this unsuspected link between the stable, family conscious and highly artistic world of Byzantium and the equally constitutionally stable, literary and musical epoch of the sixteenth to nineteenth centuries in England.«<sup>70</sup>

---

70. D.W.M. Waters, *Institution of the Trust in Civil and Common Law, Recueil Des Cours*, 1995, Tome 252, s. 156.

### III Fremkomsten af forløberen til trusts. The use

#### 1. Det feudale system

Om end den feudale struktur indebar en vis grad af sikkerhed for den enkelte jordbesidder i ikke at blive forstyrret i sin brug af jorden fra udenforstående, var perioden fra år 1066 og frem til udgangen af det 12. århundrede præget af betydelig ustabilitet med skiftende konger af varierende styrke. I kontrast hertil står det 13. århundrede, der var præget af vækst, men dette århundrede blev afløst af et nyt århundrede med ustabilitet og usikkerhed. For den enkelte jordbesidder betød disse skiftende tider, at vedkommende let kunne miste sin jordbesiddelse ved konfiskation eller som følge af forræderi mod kongen. Hertil kommer, at den enkelte jordbesidder ikke kunne disponere over jorden *mortis causa* i form af testamente hvilket indebar, at jordbesidderen ikke kunne træffe foranstaltninger til at sikre sig, at jorden ville overgå til sin familie såfremt jordbesidderen skulle gå bort. Eftersom jordbesidderen ikke havde en fuldstændig ret til jorden, men derimod havde erhvervet jorden på de af herremanden fastsatte vilkår, var en fratagelse af jorden, særlig i tilfælde af død, en begivenhed som i flere tilfælde var ganske nærliggende.

»Some time elapsed after the feudal relation began to be known in Europe, before the right of inheritable succession was fully conceded. In this primitive state the possession was held at pleasure, or for a short term only: afterwards, the tenure was for life, the lord resuming the land on the death of the tenant, and granting it out anew. But at length the son of the tenant was permitted to succeed: an indulgence which was followed by the extension of the grant, first to the tenant and his issue (i.e. in fee tail) and finally to him and his heirs (i.e. in fee simple, expressed in legal phraseology by the word fee, without more), the law marking out a course of descent, which, enlarging by degrees, embraced his relations, lineal and collateral, male and female.«<sup>1</sup>

---

1. Hayes, Introduction to Conveyancing, vol. i, s. 7f., citeret fra E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994, s. 266.

### III Fremkomsten af forløberen til trusts. *The use*

Den engelske feudalisme<sup>2</sup> blev således med tiden baseret på, at retten til jorden gik til den ældste arving (primogenitur).<sup>3</sup> Efterlod jordbesidderen sig således ikke nogen arving gik jorden ved *escheat* tilbage til herremanden henholdsvis kongen. Efterlod jordbesidderen sig en arving, men var denne mindreårig, overtog herremanden henholdsvis kongen jorden indtil den mindreårige blev myndig. Med herremandens overtagelse af jorden fulgte tillige indtægterne fra denne. Herremanden blev herudover ofte værge for den mindreårige (*wardship*) hvilket indebar, at herremanden kunne bestemme hvem den mindreårige skulle gifte sig med. Nægtede den mindreårige at indgå ægteskab med den af herremanden udpegede person, skulle den mindreårige betale værdien af det ægteskab, der nu ikke blev indgået. En pris, der vel og mærke blev fastsat af herremanden selv. Hvad enten jordbesiddere efterlod sig en mindreårig eller myndig arving skulle der ved jordbesiddelsens overgang til arvingen betales en skat til herremanden.

Hertil kom, at der i denne periode var flere personer, der tog del i korstogene hvilket – udover at indebære en risiko for at dø – også betød, at den enkelte jordbesidder skulle efterlade sine jordbesiddelser uden anden beskyttelse end sin familie og sin herremand, såfremt sidstnævnte var til at stole på. Endelig så England i det 12. århundrede et voksende antal religiøse bevægelser få grobund i riget, herunder den franciskanske munkeorden. Den franciskanske munkeorden var, i kraft af deres løfte, forhindret i at eje eller besidde jord, der i kraft af afgrøder m.v. gav et afkast.<sup>4</sup> Uden en indtægt ville munkeordenen imidlertid savne et eksistensgrundlag.

Om end det feudale system omkring år 1200 havde ændret sig fra at være baseret på militære ydelser til nu for størstedelens vedkommende at være baseret på betaling af penge, vedblev de ovenfor nævnte skatter, afgifter m.v. at hvile på de enkelte jordbesiddere. Dette indebar, at der måtte findes en løsning, hvorved en jordbesidder kunne drage omsorg for at sikre sin familie, og de franciskanske munke

---

2. Som den eneste undtagelse gjaldt det i området Kent, at alle sønner havde en ret til en del af jordbesiddelsen, *D.W.M. Waters, Institution of the Trust in Civil and Common Law, Recueil Des Cours, 1995, Tome 252, s. 170.*

3. Se nærmere om primogeniturens indflydelse på den feudale struktur i Europa, *Henry Sumner Maine, Ancient Law, 1861, s. 80ff.*

4. Se *S. F. C. Milsom, Historical Foundations of the Common Law, 2. udg., 1981, s. 203.*

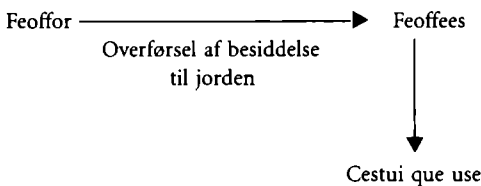
## 2. The use's opståen

kunne sikre sig et indtægtsgrundlag, uden at skulle bryde deres løfte om ikke at eje eller besidde afkastgivende jord.

### 2. The use's opståen

Omstændighederne anført ovenfor indebar, at der måtte søges alternative måder hvorpå en besidder kunne sikre sig, at jorden forblev i sin besiddelse, henholdsvis i familiens besiddelse samt hvorpå der kunne skabes et fundament for munkeordenerne i form af besiddelse af jord uden at de derved brød deres løfte.

I tiden efter den normanniske invasion begyndte der at komme eksempler på, at personer overførte besiddelsen af jorden til en anden person til brug for enten den oprindelige besidder selv eller tredje-mand. I datidens terminologi *feoffment to uses*. Ordet *use* stammer fra det latinske udtryk *ad opus* og i normansk-fransk *al oeps* eller *ad oeps* og i 'law-french' *a son oes* og endelig i nyere engelsk *to the use of*.<sup>5</sup> Use må således ikke forveksles med det latinske *usus*, hvilket var en servitut, der gav indehaveren tinglige rettigheder. Vedkommende der overfører besiddelsen benævnes *feoffor*, modtageren af besiddelsen *feoffees* og den person, til hvilken brugen af jorden skal tilkomme, *cestui que use*.<sup>6</sup> Overførslen af besiddelsen til jorden skete ved at overføre legal estate til *feoffees*.



Feoffor kunne også overføre besiddelse af jorden til *feoffees* således, at det var til brug for *feoffor* selv. *Feoffor* kunne med andre ord tillige være *cestui que use*.

Ved at benytte sig af et *use* kunne *feoffor* undgå eller omgå største-

5. Kevin Gray, *Elements of Land Law*, 2. udg., 1993, s. 38 og S. F. C. *Historical Foundations of the Common Law*, 2. udg., 1981, s. 200.

6. *Cestui que use* er formentlig er forkortelse af *cestui a qui oes le feffment fut lait*, jf. Robert Megarry og M. W. R. Wade, *The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 1164.

### III Fremkomsten af forløberen til trusts. The use

delen af de afgifter, der hvilede på vedkommendes tenure, f.eks. i tilfælde af feoffors død. Feoffor kunne endvidere via et use oprette et testamente, idet han kunne træffe bestemmelse om, hvem der skulle drage nytte af jorden ved hans død. Skulle feoffor på korstog kunne han ved et use drage omsorg for, at jorden kom til hans families nytte under sit fravær, og igen til sig selv skulle han vende tilbage, og i modsat fald fremover til nytte for familien.

For at undgå, at herremanden i stedet afkrævede feudale afgifter ved feoffees død overførte feoffor som oftest legal estate til mere end én feoffee, der herved blev joint tenants til det overførte legal estate. Dette havde som konsekvens, at afgik én af feoffees ved døden, tilfaldt den afdødes andel automatisk den efterlevende feoffee, der herefter kunne overføre den modtagne andel til en ny person, der således blev joint tenant sammen med den efterlevende feoffee til legal estate. Herigennem kunne det sikres, at der aldrig blev udløst feudale afgifter idet der hele tiden var mindst en ejer (feoffee) i live. Herudover kunne feoffees undslå sig at betale de feudale skatter forbundet med knights tenure med den begrundelse, at de ikke selv nød nogen fordel af jordbesiddelsen, hvorfor de ikke var forpligtet til at betale skat.<sup>7</sup>

Den ifølge use begunstigede cestui que use nød imidlertid ikke nogen beskyttelse i common law. Common law så feoffee som værende ejer af jordbesiddelsen. Feoffees »forpligtelser« overfor cestui que use var alene moralske og feoffee kunne ikke sagsøges af hverken feoffor eller cestui que use med påstand om at overholde sine »forpligtelser«.

For at starte et søgsmål i én af de tre common law domstole skulle sagsøgeren være i besiddelse af en kongelig stævning, der godkendte påbegyndelsen af et søgsmål. Kongelige stævninger anskaffede sagsøgeren hos *King's Chancery* og der blev hele tiden udviklet nye stævninger, for at imødekomme sagsøgeres behov men disse kunne først udstedes efter at have opnået godkendelse af *King's Council*. Sagsøgere var derfor tvunget til at forsøge at tilpasse deres søgsmål ind under de i forvejen eksisterende og godkendte stævninger, hvilket i flere tilfælde var uhensigtsmæssigt set fra sagsøgerens side.

Indtil slutningen af det 13. århundrede havde common law dommerne dog en ganske vid diskretion til at pådømme sager, særlig i relation til de uformelle søgsmålsprocedurer i form af *plaint* eller

7. *D.W.M. Waters, Institution of the Trust in Civil and Common Law, Recueil Des Cours, 1995, Tome 252, s. 173f.*

### 3. *The use's håndhævelse af Chancellor gennem equity*

*bill*. Denne fleksibilitet indbygget i common law gik imidlertid for størstedelens vedkommende tabt i forbindelse med *Provisions of Oxford 1258*.<sup>8</sup> Denne retstilstand var medvirkende til at hindre fleksibiliteten og udviklingen af common law til at imødekomme nye og fremtidige sagstyper. Endelig var der kun en begrænset antal beføjelser til rådighed for sagsøgeren, hovedsagelig kun erstatning.<sup>9</sup>

I *cestui que uses* tilfælde var dennes ret ikke anerkendt af common law domstolene, eftersom *cestui que use* ikke var indehaver af en ret eller legal estate i jorden. Det var kun feoffee, der havde en ret i jorden i form af et legal estate. Det var på denne baggrund ganske risikofrit for feoffee at besvige feoffor og *cestus que use* og enten selv drage nytte af jorden eller afhænde denne til tredjemand.

### 3. *The use's håndhævelse af Chancellor gennem equity*

I takt med stigningen i antallet af personer, der benyttede sig af muligheden for at oprette uses, voksede antallet af henvendelser til kongen. Henvendelserne vedrørte feoffees, der havde besveget feoffor og unddraget *cestui que use* nytten af den tildelte jord. Kongen ansås for at besidde et residual af den dømmende magt uden for området for common law domstolene.<sup>10</sup> Klager (*petitions*) blev oprindeligt adresseret til kongen eller King's Council. Klagerne blev overdraget til *Chancellor*, der var kongens højre hånd i disse anliggender, og med tiden blev klagerne adresseret direkte til *Chancellor*.

Ønskede *Chancellor* at se nærmere på en klage, blev sagsøgte tilsagt til *Chancellor* for at give sit svar på klagen. *Chancellors* tilsigelse kaldtes *subpoena*.<sup>11</sup> Under mødet var den tilsagte under ed og *Chancellors* un-

8. Først ved Statute of Westminster II 1285 begyndte common law igen at udvikle sig, men nu i langsomt tempo, jf. *Philip H. Pettit, Equity and the law of trusts*, 1993, 7. udg., s. 2.

9. Se *Robert A. Pearce og John Stevens, The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 4. Forinden Lord Cairn's Act (Chancery Amendment Act 1858) var det formentlig ikke muligt at blive tildelt erstatning ved Court of Chancery. Equitys styrke var i stedet, at den opfandt en række andre retsmidler, hvor særligt kan nævnes specific performance og injunctions, se *Philip H. Pettit, Equity and the law of trusts*, 1993, 7. udg., s. 7.

10. Se *Patrick Parkinson, The Principles of Equity*, 1996, s. 6.

11. *Subpoena* kommer af, at det var påkrævet af den tilsagte at møde frem, selv om den pågældende mistede penge derved, *subpoena centum librarum*, jf. *Jill E. Martin, Hanbury og Martin Modern Equity*, 14. udg. 1993, s. 7.

### III Fremkomsten af forløberen til trusts. *The use*

dersøgelse var ikke bundet af de i klagen anførte punkter. Såvel fakta som materie blev fastlagt af Chancellor.<sup>12</sup> Såfremt Chancellor fandt, at sagen måtte afgøres til fordel for klageren (sagsøgeren) udstedte Chancellor dekret herom. Dekreterne vedrørte sager hvor common law enten ikke rakte til, eller hvor sagsøgerne i *Court of Common Pleas, Exchequer eller King's Bench* ikke kunne indrømme det retsmiddel, de havde krav på.<sup>13</sup> Chancellor anså sig ikke for at være bundet af common law og han dømte i stedet selv sagerne og tildelte særlige retsmidler i form af dekreter. Baggrunden for at Chancellor ikke anså sig for bundet af common law var, at de af Chancellor udstedte dekreter alene forpligtede de personer til hvilke dekreterne var udstedt, dvs. dekreterne var alene *in personam*. Fra år 1473 udstedte Chancellor dekreter i eget navn. Såfremt de af Chancellor udstedte dekreter ikke blev overholdt af parten, ansås vedkommende for at være i foragt for retten og Chancellor var udstyret med kompetence til at sende den eller de pågældende i fængsel.<sup>14</sup> Som følge af klagernes antal, blandt andet i use-sagerne, blev Chancellors embede med tiden omdøbt til *Court of Chancery*. Et nyt system ved navn *equity*<sup>15</sup> var hermed skabt i engelsk ret og dette skulle vise sig at blive fundamentet for uses og senere trusts.

I sagerne om uses kunne Chancellor ikke bestemme, at cestui que use var ejeren af legal estate i henhold til common law. Chancellor var forhindret heri som følge af maksimen *equity follows the law*.<sup>16</sup> Chancellor kunne derimod bestemme, at feoffee skulle opfylde sine forpligtelser overfor cestui que use.<sup>17</sup> Efterlevede feoffee ikke Chancellors dekret ansås han, som anført ovenfor, for at være i foragt for retten og kunne følgelig frihedsberøves.

12. Se *Jill E. Martin*, Hanbury og Martin Modern Equity, 14. udg., 1993, s. 7.

13. Se *Philip H. Pettit*, Equity and the Law of Trusts, 1993, 7. udg., s. 2.

14. Senere fik Chancellor tillagt flere retsmidler til at håndhæve sine dekreter, jf. *Philip H. Pettit*, Equity and the Law of Trusts, 1993, 7. udg., s. 3.

15. Billighed, billighedsret.

16. Maksimens udstrækning er naturligvis tvivlsom al den stund, at Chancellor og Court of Chancery efter forgodtbeholdende kunne afvige fra common law. Se nærmere herom kapitel III, 3. Court of Chancerys dekreter på dette område var teoretisk set ikke i strid med common law ejendomsrettigheder, eftersom A fortsat var at anse som ejer af jorden. I materiel henseende var der en reel konflikt eftersom A's ejendomsret, som følge af Chancellors dekret, var blevet transformeret til en svækket ejendomsret.

17. Chancellor skred ind med dekreter, enten i slutningen af det 14. århundrede eller begyndelsen af det 15. århundrede, se *Philip Pettit*, Equity and the Laws of Trusts, 8. udg., 1997, s. 12.

#### 4. Statute of Uses 1535. Use upon a use

Chancellors intervention indebar, at cestui que use nu havde et retsmiddel mod feoffees, der uberettiget forholdt dem nyttens af den overførte jord, i form af truslen om indespærring, såfremt feoffee ikke efterkom Chancellors dekret. *Philip Pettit* beskriver den tildelte beskyttelse således:

»... and the rights of the cestui que use were so extensive that it became recognised that there was a duality of ownership. One person, the feoffee to uses, was the legal owner according to the common law – a title not disputed by the Chancellor. But the feoffee to uses had only the bare legal title; beneficial ownership was in the equitable owner, the cestui que use.«<sup>18</sup>

Chancellors indgriben indebar, at cestui que use nu fik en art ejendomsret betegnet beneficial ownership og blev anset for at være en art ejer betegnet equitable owner. Cestui que use kunne under ingen omstændigheder anses for at være ejer i common law (legal owner), men var alene ejer indenfor den retssfære, der tildelte ham beskyttelse, nemlig equity. Om end cestui que use alene havde en begrænset beskyttelse på dette spæde udviklingstrin af uses, er det fra og med denne begivenhed, at det særlige engelske dobbelte ejendomsretskoncept blev grundlagt.

Den tildelte beskyttelse fik yderligere antallet af uses til at vokse og det skønnes, at i det 15. og begyndelsen af det 16. århundrede var størstedelen af al fast ejendom i England genstand for et use.

#### 4. Statute of Uses 1535. Use upon a use

Et af hovedformålene med at oprette uses var at undgå eller udskyde de feudale afgifter samt undgå, at jordbesiddelserne i tilfælde af escheat faldt tilbage til herremanden.<sup>19</sup> Effekten af den voksende udbredelse af uses udeblev heller ikke og i 1535 udstedte Henry VIII *Statute of Uses*.<sup>20</sup> Formålet med Statute of Uses 1535 var at begrænse udbre-

18. *Philip Pettit*, *Equity and the Laws of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 12.

19. *Escheat* var betegnelse for den situation, at en vasals *estate* ophørte og således tilfaldt herremanden som følge af, at vasallen ikke efterlod sig nogen arvinger, se *J. G. Riddall*, *Land Law*, 6. udg., 1997, s. 14.

20. Kongen var i sagens natur den, der blev værst ramt af uses, idet kongen altid var lord og aldrig kunne være tenant i forhold til en overlord.

### III Fremkomsten af forløberen til trusts. The use

delsen og anvendelsen af use. Statute of Uses 1535 bestemte, at hvor feoffee alene holdt en jordbesiddelse for cestui que use, skulle legal estate overgå til cestui que use således, at feoffee helt forsvandt ud af billedet.

Præamblen til Statute of Uses 1535 lyder som følger:

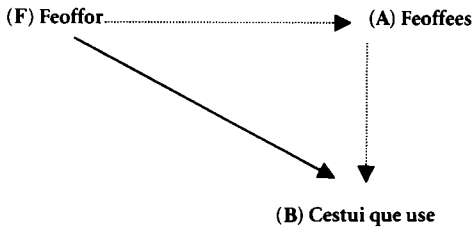
»Where by the common laws of this realm, land, tenements, and hereditaments be not devisable by testament, nor ought to be transferred from one to another, but by solemn livery and seisin, matter of record, writing sufficient made bona fide, without covin or fraud, yet nevertheless divers and sundry imaginations, subtle inventions, and practices have been used, whereby the hereditaments of this realm have been conveyed from one to another by fraudulent feoffments, fines, recoveries, and other assurances craftily made to secret uses, intents and trusts, and also by wills and testaments sometimes made by nude parole and words, sometimes by signs and tokens and sometimes by writing, and for the most part made by such persons as be visited by sickness, in their extreme agonies and pains, or at such time as they have had scantly any good memory or remembrance; at which times they, being provoked by greedy and covetous persons lying in wait about them, do many times dispose indiscreetly and unadvisedly their lands and inheritances; by reason whereof, and by occasion of which fraudulent feoffments, fines, recoveries, and other like assurances to uses, confidences, and trusts, divers and many heirs have been unjustly at sundry times disinherited, and lords have lost their wards, marriages, reliefs, harriots, escheats, aids *pur fair fitz chivalier* and *pur file marier*, and scantly any person can be certainly assured of any lands by them purchased, nor know surely against whom they shall use their actions or execution for their rights, titles and duties; also men married have lost their tenancies by the curtesy, women their dowers; manifest perjuries by trial of such secret wills and uses have been committed; the king's highness hath lost the profits and advantages of the lands of persons attainted, and of the lands craftily put in feoffment to the use of aliens born, and also the profits of waste for a year and a day of felons attainted, and the lords their escheats thereof ...«<sup>21</sup>

Statute of Uses 1535 havde som anført til formål, at så at sige 'eksekvere' uses ved at cestui que use fik feoffees legal estate. Statute of Uses 1535 eksekverede *resulting uses* og *express uses*.

---

21. George T. Bogert, *Trusts*, 6. udg., 1987, West Publishing Co., St. Paul USA, 1987, s. 11. note 2, citeret efter Digby, *History of the law of Real Property*, 347, 348.

#### 4. Statute of Uses 1535. Use upon a use



Et resulting use forelå, hvor F havde overdraget legal estate in fee simple absolute in possession til A to the use of B for dennes livstid, dvs. et equitable life estate. A mistede i kraft af Statute of Uses 1535 sit legal estate og B ansås for at have et legal life estate in possession. Ved B's død da fik F således igen besiddelsen til jorden i form af legal estate in fee simple absolute in possession.

Et express use forelå hvor F overdrog legal estate in fee simple absolute in possession til A to the use of B i form af et equitable estate in fee simple absolute in possession. Her eksekverede Statute of Uses 1535 B's use således, at B fik legal estate in fee simple absolute in possession. Herved gled både F og A ud af billedet.

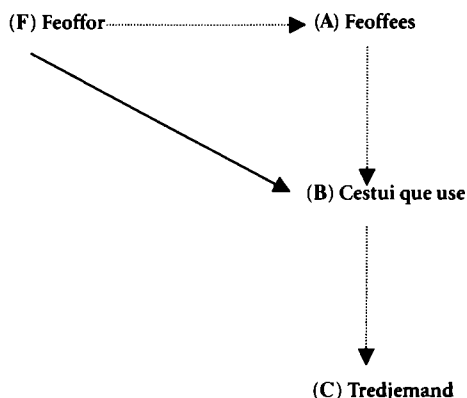
Statute of Uses 1535 ramte ikke alle uses. Blandt de uses der forblev uberørte af Statute of Uses 1535, var *active uses* hvorved forstås, at feoffee ved overdragelsen var pålagt visse pligter overfor cestui que use. Dette kunne f.eks. være en forpligtelse til at drage omsorg for at indkræve leje og overskud og betale dette til cestui que use.<sup>22</sup>

Udover at vedtagelsen af Statute of Uses 1535 førte til væsentlige ændringer i engelsk ejendomsret, herunder nye og friere adgang til at overdrage jord mortis causa<sup>23</sup> og inter vivos, var det væsentligste, at Statute of Uses 1535 ikke eksekverede det såkaldte *use upon a use*. Et use upon a use var en mærkværdig størrelse hvor cestui que use – på tilsvarende måde som feoffee – blev pålagt et use:

22. En anden forpligtelse kunne være, at feoffee skulle afhænde jorden og betale salgsprovenuet til cestui que use.

23. Statute of Uses 1535 førte blandt andet til vedtagelsen af Statute of Wills 1540, der gav arveladere ret til ved testamente at træffe bestemmelse over deres jordbesiddelser.

### III Fremkomsten af forløberen til trusts. *The use*



Det blev imidlertid i sagen *Tyrrel's Case* i 1557 afgjort, at C ikke havde nogen ret, hverken i common law eller equity, i henhold til use upon a use. I henhold til Statute of Uses 1535 fik cestui que use således både legal og equitable estate til jorden.

I omkring et århundrede fra vedtagelsen af Statute of Uses 1535 syntes forholdene omkring uses at være afklarede og unddragelsen af feudale afgifter var effektivt forhindret. Af uforklarlige årsager greb Chancellor pludselig ind og begyndte at håndhæve det andet use i equity når den konkrete sag talte herfor.<sup>24</sup> Denne banebrydende intervention begyndte formentlig i midten af det 17. århundrede. Omkring år 1700 var Chancellors praksis på dette område fasttømret. Chancellors indgriben indebar, at uses med ét igen opstod om end nu i en ny form. De 'nye' uses blev – som følge af Statute of Uses 1535 – oprettet med en anden formulering end tidligere anvendt:

To A and his heirs to the use of B and his heirs in trust for C and his heirs.

Det andet use er nu erstattet af ordet *trust*. Ordene use og trust var dog synonyme, og der lå antageligt ikke nogen anden forskel i ordvalget end at ordet use blev anvendt for at understrege det 'use', der i medfør af Statute of Uses 1535 blev eksekveret og ordet trust for at understrege det 'use', der nød beskyttelse af Chancellor.<sup>25</sup> I eksemplet

24. Jf. Robert Megarry og M. W. R. Wade, *The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 1172.

25. Jf. Robert Megarry og M. W. R. Wade, *The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 1172.

At Chancellors indgriben overhovedet blev accepteret af kongen skyldes antageligt, at kongen efter vedtagelsen af Tenures Abolition Act 1660 ikke længere havde nogen synderlig interessen i Statute of Uses 1535.

#### 4. Statute of Uses 1535. Use upon a use

forsvinder A som følge af Statute of Uses 1535 ud af billedet og B får legal estate in fee simple og C får som følge af Chancellors indgriben equitable estate in fee simple. Den noget omstændige formulering blev med tiden forkortet til:

Unto and to the use of B and his heirs in trust for C and his heirs.

Statute of Uses 1535 eksekverede det første use, idet dette var til B selv og Statute of Uses 1535 kunne endvidere ikke eksekvere trusten til fordel for C, eftersom denne var et use upon a use. Use upon a use var således forløberen til trusten således som retsinstituttet forekommer i engelsk ret i dag. Dog er der i tiden efter Chancellors indgriben i midten af det 17. århundrede udviklet et væld af regler i equity for trusts, der på mange måder har fjernet trusten fra dens forgænger use upon a use.<sup>26</sup> Statute of Uses 1535 var imidlertid gældende ret indtil jordreformen i England i 1925. Herefter kunne en trust oprettes ved blot at overføre legal estate in fee simple til A i trust for B.

---

26. Et af de væsentligste udviklingstræk er den omstændighed, at trusts kan oprettes om andet end fast ejendom. Se nærmere om *trust property* neden for kapitel VI, 5.

# IV Strict settlements of land.

## Et engelsk fideicommissum?

### 1. Indledning

Forinden retsinstituttet trust beskrives vil blikket skulle vendes mod endnu et særegent engelsk retsinstitut, der havde sin eksistens sideløbende med use upon a use og senere trusten op til og med vedtagelsen af Settled Land Act 1925. Retsinstituttet bar navnet *strict settlement*.

Navnet settlement er en betegnelse i engelsk ret for den situation hvor et formuegode er tillagt en flerhed af personer successivt.<sup>1</sup> Betegnelsen settlement kom med tiden i engelsk ret til at dække over to retsinstitutter: strict settlements og *trust for sale*. Sidstnævnte er baseret på den almindelige trust struktur og vil ikke blive behandlet yderligere i dette kapitel. I stedet vil strict settlements juridiske struktur blive analyseret og sammenlignes med det i kontinental Europa velkendte romerretlige retsinstitut fideicommissum. Beskrivelsen af strict settlements vil vedrøre perioden op til vedtagelsen af Settled Land Act 1925, hvor retsinstituttet til dels smeltede sammen med trusten. Strict settlements vedblev dog i perioden herefter med at have karakteristika, der adskilte strict settlements fra almindelige trusts, op til vedtagelsen af Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996, hvorefter strict settlements med virkning fra den 1. januar 1997 ikke længere kan oprettes. Strict settlements var en måde hvorpå der blev truffet foranstaltninger til at sikre, at jordbesiddelser forblev intakte indenfor en bestemt familie. I sin mest enkle form var en strict settlement en inter vivos overdragelse af life estate til jordbesiddelsen til opretterens ældste søn med estate in fee tail in remainder til sønnens egen ældste søn. Ved en strict settlement blev det sikret, at den til

---

1. »The word 'settlement' is used in a general sense for all kinds of arrangements whereby property is given to particular persons is succession. (...) The essence of a settlement is a series of interests created by a single gift, whether by deed or will.«, *Robert Megarry og M. W. R. Wade, The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 311. »The strict settlement is an old institution. It is usually a disposition of a series of interests made by deed or will.«, *Keeton and Sheridan's the Law of Trusts*, *L. A. Sheridan*, 12. udg., 1993, s. 45.

enhver til værende besidder af jordbesiddelserne var afskåret fra at disponere over jorden på en sådan måde, at den ikke ville gå videre til næste led i familien. For den på første plads indsattes vedkommende fulgte dette helt naturligt af den omstændighed, at vedkommende alene var indehaver af et life estate, og således blot kunne overdrage et estate pur autre vie. Anderledes forholdt det sig med den på anden plads indsatte, der i kraft af estate in fee tail in remainder havde en betydelig større ret over jordbesiddelsen.<sup>2</sup>

Mulighederne for at opdele legal estate in fee simple med det formål, at imødekomme begivenheder, der kunne påvirke familiens fremtid, var oprindeligt underlagt en stor mængde begrænsninger.<sup>3</sup> Indehaveren af legal estate in fee simple absolute in possession kunne blandt andet ikke overdrage et legal freehold estate til sig selv, og det kunne ikke være bestemt om et legal estate, at det skulle træde i kraft efter et legal fee simple. Dette til trods er engelsk rets doctrine of estates et yderst velegnet instrument ved anordning af successive rettigheder over et formuegode:

»The English doctrine of estates is ideally adapted to the achievement of this object. The fee simple of infinite duration is divisible into shorter periods of time each of which may be allocated successively to a number of persons, with the result that while these periods are running there is no person able to dispose of the entire ownership.«<sup>4</sup>

Vedtagelsen af Statute of Uses 1535 indebar imidlertid, at uses fleksibilitet nu fandt anvendelse på legal estates. Ved at inddrage et use i den ønskede konstruktion var en række nye muligheder åbne for indehaveren af legal estate og disse banede vejen for engelsk rets sett-

---

2. Den på anden plads indsatte, tenant in fee tail in remainder, position var endvidere blevet styrket ved domstolenes indgriben i strict settlements. Domstolenes indgriben og afvejning af interesseremodsetningen mellem opretteren af strict settlement og tenant in fee tail in remainder, vil ikke blive gjort til genstand for behandling her.

3. Se *E. H. Burn*, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 69: »Settlements, as we have said, are of a respectable antiquity, but at common law the opportunities of carving up the *legal fee simple* so as to anticipate events that might affect the family in the future were severely restricted, for limitations of only the simplest nature were allowed.« Dette forhold står i skærende kontrast til hvad der gælder for equitable rettigheder, der aldrig af Chancellor er blevet underlagt begrænsninger i denne retning.

4. *E. H. Burn*, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 67.

#### IV *Strict settlements of land. Et engelsk fideicommissum?*

lements opståen.<sup>5</sup> Fremkomsten af strict settlements er set ud fra en retshistorisk synsvinkel ganske paradoksal, eftersom det var Statute of Uses 1535 målsætning at skabe harmoni i doctrine of estates og forhindre den besynderlige opdeling som var resultatet af den flittige anvendelse af uses. Lovens virkning, eksekveringen af uses således at cestui que use fik legal estate, fik imidlertid den konsekvens, at der nu var skabt helt nye muligheder for at dele legal estates op på.

### 2. Anvendelsen af strict settlements

Strict settlements var en måde hvorpå der blev truffet foranstaltninger til at sikre, at jordbesiddelser forblev intakt indenfor en bestemt familie. I sin mest enkle form var en strict settlement en inter vivos overdragelse af life estate til jordbesiddelsen til opretterens ældste søn med estate in fee tail in remainder til sønnens egen ældste søn.<sup>6</sup> Ved en strict settlement blev det sikret, at den til enhver tid værende besidder af jordbesiddelserne, var afskåret fra at disponere over jorden på en sådan måde, at den ikke ville gå videre til næste led i familien.

Strict settlements historie op til jordreformen af 1925 er et helt kapitel for sig såvel ud fra et historisk som retshistorisk synspunkt. Domstolenes indgriben i strict settlements gav dengang anledning til en række problemer. Kort fortalt kunne besidderen af estate in fee tail lægge sag an i form af *common recovery* med henblik på at få konverteret sit estate in fee tail til et estate in fee simple. Herved blev estate in fee tail *barred*. Dette indebar, at testators estate in fee simple in reversion ophørte. Såvel den aktuelle besidder af estate in fee tail som indehaveren af estate in fee tail in remainder kunne anlægge søgsmål, dog var det nødvendigt for sidstnævnte, at opnå den aktuelle besidder af estate in fee tails samtykke til et sådant søgsmål. Ønskede den aktuelle besidder af estate in fee tail ikke at medvirke hertil var indehaveren af estate in fee tail in remainder henvist til at anlægge sag i form af *fine*. Ulempen ved at anvende fine var, at indehaveren af fee tail in remainder ikke, som i tilfældet med

---

5. Se *E. H. Burn*, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 69: »The use might be moulded into any form congenial to its creator and adapted to solve the riddles of the future. (...) The flexibility of the use was imparted to the legal estate by the statute. What was impossible at common law might now be achieved by a single assurance, either a grant to uses or a will.

6. Herudover indeholdt testamentet ofte en række bestemmelser om livsrente (*jointures*) til testators enke og sumudbetalinger (*portions*) til testators andre børn, *Robert Megarry* og *M. W. R. Wade*, *The Law of Real Property*, 5. udg., 1984, s. 311.

### 3. *Strict settlements* juridiske konstruktion

common recovery, fik konverteret fee tail til fee simple, men i stedet til et *base fee*.<sup>7</sup> Et base fee har de samme karakteristika som et fee simple med den betydelige modifikation, at base fees eksistens var knyttet til estate in fee tails eksistens. Anlagde den aktuelle besidder af estate in fee tail søgsmål om common recovery og fik han konverteret sit estate til et estate in fee simple ophørte base fee med at eksistere.<sup>8</sup> Ønskede indehaveren af estate in fee tail in remainder at barre estate in fee tail, krævede dette farfarens medvirken, eftersom farfaren besad estate in fee simple in reversion. Farfaren ville gerne gå med til dette forudsat, at barnebarnet gik med til at *resettle*<sup>9</sup> jorden, således at barnebarnet og dets egen ældste søn fik life estates med estate in fee tail in remainder til barnebarnets søns ældste søn. Som tak herfor udbetalte farfaren ofte et pengebeløb til barnebarnet. På denne vis kunne jorden blive ved med at være underlagt en strict settlement i generationer.

### 3. *Strict settlements* juridiske konstruktion

Settlements forekom i to juridiske konstruktioner. Ét hvor legal estate blev delt op mellem de begunstigede og et andet hvor legal estate blev overdraget til trustees. Forskellen mellem de to konstruktioner kan illustreres ved at se på ordvalget i oprettelsen:

*Model 1:*

»unto and to the use of T and his heirs in trust for...«

*Model 2:*

»unto and to the use of A for life, remainder to the use of B and the heirs of his body, remainder to the use of C and his heirs«

Model 1, der er et use upon a use (trust), hvorefter de begunstigede har equitable interests, hører under trusts og vil ikke blive behandlet yderligere i dette kapitel. Interessen samler sig omkring model 2, der netop ikke er en trust men derimod en opdeling af legal estate til flere personer ud i tid. Forinden strict settlements juridiske konstruktion behandles skal det dog bemærkes, at retsinstituttet som følge af tiltag fra lovgivningsmagten fik flere og flere træk til fælles med trusts,

7. Se J. G. Riddall, *Land Law*, 6. udg., 1997, s. 38f.

8. Ved *Fines and Recoveries Act 1833* blev de to søgsmål, der blev anvendt til at barre estate in fee tails, common recovery og fine, overflødiggjort. *Fines and Recoveries Act 1833* indførte i stedet en ny metode hvorved et estate in fee tail kunne barres, nemlig i form af en *disentailing assurance*.

9. Det vil sige oprette en ny strict settlement.

#### IV *Strict settlements of land. Et engelsk fideicommissum?*

hvilket kulminerede med vedtagelsen af Settled Land Act 1925, hvorefter strict settlements og trust for sale fremstod som to trust varianter hvor trust-formuen var fast ejendom. Vedtagelsen af Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 indebar per 1. januar 1997 afslutningen på både strict settlements og trust for sale. Afløseren for disse retsinstitutter er et enstrenget system bestående af den såkaldte *trust of land*.

Strict settlements er baseret på en serie af life estates, estates in remainder og andre begrænsede rettigheder, der alle oprindeligt kun var common law rettigheder:

»A fee simple owner makes what is called a *settlement* by which he retains the benefit of ownership during his own life, but withholds the entire ownership in the shape of the fee simple from his descendants for as long as possible by reducing them, one after the other, to the position of mere limited owners.«<sup>10</sup>

Den til enhver tid værende aktuelle besidder af jorden, som havde et estate mindre end et legal estate in fee simple absolute in possession, bar navnet *life tenant*.<sup>11</sup> Udover at fremstå overfor omverden som værende ejer af jorden nød life tenant også frugterne af denne. Life tenants position har således træk til fælles med en absolut ejer af jorden, men han adskiller sig herfra, idet han skal vise hensyn til de personer, der tillige har rettigheder i jorden i form af f.eks. interests in remainder. Life tenants noget særprægede retsstilling, hvor vedkommende på den ene side fremstod som værende ejer men på den anden side alligevel ikke var det, leder tankerne hen på fiduciarius i det romerretlige fideicommissum og de afskygninger retsinstituttet har fået i moderne ret, herunder særlig tysk ret i form af *Vor- und Nacherbshaft* og dansk ret i form af successionsrækkefølgen.<sup>12</sup> Fiduciarius modtager et formuegode på første plads således, at retten til dette på et senere tidspunkt går videre, hvilket hyppigst er ved fiduciarius død. På tilsvarende måde som life tenant har fiduciarius såvel en ejers pligter og administration som en begunstigets rettigheder og

10. E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15. udg., 1994, s. 67.

11. Navnet life tenant fandt således også anvendelse for en person, der var indehaver af estate in fee tail, jf. L. A. Sheridan, *Keeton and Sheridan's The Law of Trusts*, 12. udg., 1993, s. 47.

12. Se om dansk rets successionsrækkefølge Rasmus Kristian Feldthusen, *Succession*, 2001.

### 3. Strict settlements juridiske konstruktion

nydelse af det pågældende formuegode. *D.W.M. Waters* påpeger også den umiddelbare lighed mellem de to retsinstitutter:

»A common law lawyer familiar with the 'strict settlement' notion which prevailed in England between the seventeenth and early twentieth centuries will recognise a similarity here. In a strict settlement there is a succession of parties with legal interests, and though those interests may be conditionally absolute or limited according to the nature and quantum of estate transferred, prior to the late nineteenth century there is no trustee, and the obligation of each estate holder (a legal estate holder) is to ensure that the property is made available to his successor.«<sup>13</sup>

*D.W.M. Waters* ser imidlertid en grundlæggende forskel mellem romerrettens fideicommissum og engelsk rets strict settlements og trust settlements derhen, at:

»The *fideicommissum* of Rome was a substitution concept. That is, an otherwise absolute owner was required to hand over the assets subject to the *fideicommissum* to another on his, the institute's death or on such other occasion as the creator of the *fideicommissum* chose. The children's game of 'Pass the Parcel', where the parcel is passed from hand to hand in a circle of children until the music stops, is not unlike a fideicommissary substitution. The asset is passed from hand to hand, and ultimately the law, deciding that enough is enough, determines that the last recipient shall be the last of all. The trust of English law involves a succession of persons enjoying the property, but the concept under which each succeeds to the other is totally different from the Roman *fideicommissum*.«<sup>14</sup>

*D.W.M. Waters* har antagelig ret i sin betragtning hvad angår romerrettens fideicommissum og de afskygninger retsinstituttet har fået i civil law landene, hvis retssystem er baseret på Frankrigs Code Civil. Det kan dog diskuteres hvorvidt det tilsvarende gælder for tysk rets fideicommissum i form af Vor- und Nacherbschaft og dansk rets successionsrækkefølge.

---

13. *D.W.M. Waters*, Institution of the Trust in Civil and Common Law, Recueil Des Cours, 1995, Tome 252, s. 138.

14. *D.W.M. Waters*, Institution of the Trust in Civil and Common Law, Recueil Des Cours, 1995, Tome 252, s. 156f. Hertil følger *D.W.M. Waters*, at det romerretlige fideicommissum alene kunne oprettes ved en mortis causa disposition.

# V Equity. En introduktion

## 1. Indledning

For en kontinental jurist, der forsøger at forstå begrebet *equity*, ville det være ønskeligt med en udtømmende definition af dette.

I sagen *Lord Dudley and Ward v. Lady Dudley* blev følgende anført om begrebet *equity*:

»Equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates, and reforms the rigour, hardness, and edge of the law, and is a universal truth; it does also assist the law where it is defective and weak in the constitution (which is the life of the law) and defends the law from crafty evasions, delusions, and new subtleties, invented and contrived to evade and delude the common law, whereby such as have undoubted right are made remediless; and this is the office of equity, to support and protect the common law from shifts and crafty contrivances against the justice of the law. Equity therefore does not destroy the law, nor create it, but assists it.«<sup>1</sup>

Det citerede er ikke så meget en indholdsmæssig definition af *equity* som en forklaring på formålet med *equity*. *R. Pearce og J. Stevens* har følgende definition af *equity*:

»Rather than referring to an abstract concept of justice or fairness in English law the term 'Equity' describes a particular body of law, consisting of rights and remedies, which evolved historically through the Courts of Chancery.«<sup>2</sup>

Det er oven for beskrevet hvorledes Chancellors embede med tiden ændrede karakter til at blive en domstol ved navn Court of Chancery. I begyndelsen var der ikke væsentlige konflikter mellem de to domstolssystemer (common law og *equity*), hvilket skyldtes, at konsultationer mellem Chancellor og common law dommerne var hyppige samt den omstændighed, at Court of Chancery kun anvendte *equity* in personam.<sup>3</sup>

---

1. *Lord Dudley og Ward v. Lady Dudley* (1705) Prec. Ch. 241 til 244 citeret fra *P. V. Baker og P. ST. J. Langan, Snell's Equity*, 29 udg., 1990, s. 6.

2. *R. Pearce og J. Stevens, The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 3.

3. Se også herom neden for kapitel V, 2.

## 1. Indledning

I det 16. århundrede kom det imidlertid til en konflikt. Chancellor havde gennem tiden forøget og udvidet sin kompetence. Årsagen til konflikten var de af Chancellor udstedte common injunctions, hvilke forhindrede parter i at føre sager ved common law domstolene, enten i form af at forhindre sagens videre forløb eller ved at forhindre, at allerede afsagte domme kunne gennemtvinges. Kernen i striden var hvilken af de to systemer, der havde forrang. Kulminationen kom i *Earl of Oxford's Case*<sup>4</sup> i 1615, der med *Patrick Parkinsons* ord anses for at være: »the pivotal case in the history of equity.«<sup>5</sup> Striden ophørte endeligt i år 1616 hvor kongen afgjorde sagen til fordel for Court of Chancery.<sup>6</sup>

Chancellors sejr i år 1616 over common law domstolene skulle vise sig at være en stakket frist, eftersom Court of Chancery i slutningen af det 17. århundrede og gennem det 18. århundrede i stigende grad var plaget af korrupktion, *detournement de proces*, inkompetence og underbemanding. Court of Chancery ophørte med at eksistere i forbindelse med de store retsplejereformer i 1873 og 1875 og dens kompetence blev i medfør af Supreme Court of Judicature Act overført til High Court.<sup>7</sup>

Som følge af retsplejereformerne var common law og equity nu samlet i én og samme domstol. Igen var det relevant at afgøre hvorledes hierarkiet mellem de to retssystemer skulle ordnes. Ved Supreme Court of Judicature Acts 1873, section 25, sub-section 11, der nu er erstattet af Supreme Court Act 1981, section 49, blev det fastslået, at:

»In all matters in which there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail.«

På trods af Supreme Court of Judicature Acts kan der stadig den dag i dag opstå konflikter eller rettere afgrænsningsproblemer i relation til equitys forrang.<sup>8</sup> Såvel Court of Appeal som High Court of Justice vil efter Supreme Court of Judicature Acts håndhæve trusts. Dom-

4. (1615) 1 Ch. Rep. 1; 21 ER 485.

5. Se *Patrick Parkinson*, *The Principles of Equity*, 1996, s. 7.

6. Se *Philip H. Petitt*, *Equity and the Law of Trusts*, 1993, 7 udg., s. 3.

7. County courts har i medfør af County Courts Act 1984 en begrænset kompetence til at pådømme sager om equity.

8. Se f.eks. sagen *Barry v. Barry* (1929) Law Reports 2, King's Bench Division.

## V Equity. En introduktion

stolene vil imidlertid alene behandle trusts ud fra equity og alene tage stilling til påstande funderet på equity samt alene dømme ud fra equity.<sup>9</sup> Supreme Court of Judicature Act medførte ikke en sammensmeltning af common law og equity, men derimod en sammensmeltning af *administrationen* af common law og equity.<sup>10</sup> Det nuværende forhold mellem equity og common law er beskrevet med følgende ord af *W. Ashburner*.<sup>11</sup>

»[T]he two streams of jurisdiction, though they run in the same channel, run side by side and do not mingle their waters.«

Equity finder ikke kun anvendelse indenfor ejendomsretten i forbindelse med trusts men indeholder også regler indenfor andre retsområder, hvoraf de mest betydningsfulde kursorisk vil blive nævnt i det følgende.

### i. Specific performance

Hvor det eneste retsmiddel, der stod til rådighed for en kontrahent der havde været udsat for kontraktbrud i common law var erstatning, blev der i equity skabt mulighed for, at vedkommende kunne kræve naturalopfyldelse.

### ii. Injunctions

En *injunction* er et retsmiddel, der efter anmodning herom kan udstedes af en domstol, hvorefter en person pålægges at afstå fra en bestemt adfærd eller handlemåde. Dansk rets pendant til dette er forbud. Engelsk ret sonderer mellem *prohibitory* og *mandatory*, *perpetual* og *interlocutory*, *quia timet* og *Mareva* injunctions. *Mareva* injunctions er en ganske særegen form for injunction og retsmidlet blev til i sagen *Nippon Yusen v Kaageorgis and Mareva Corparia Navier SA v International Bulcarries SA*.<sup>12</sup> Imødekommes en anmodning om en *Mareva* injunction indefryses alle modpartens aktiver i jurisdiktionen.<sup>13</sup>

9. *Underhill* og *Hayton*, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 27.

10. Jf. *Philip H. Petit*, *Equity and the Law of Trusts*, 1993, 7 udg., s. 9ff. og *Patrick Parkinson*, *The Principles of Equity*, 1996, s. 21ff.

11. *W. Ashburner*, *Principles of Equity*, 2 udg., 1933, s. 18.

12. *All England Reports* 1, 1980, 2 Bn, Court of Appeals.

13. Herudover anvender engelsk ret en såkaldt *world-wide* *Mareva* injunction.

### iii. Anton Piller orders

En *Anton Piller order* pålægger en part, at åbne adgang for den anden part til den første parts område med det formål, at den anden part kan undersøge, eftersøge og fjerne eller kopiere de genstande, der er anført i afgørelsen. Baggrunden for Anton Piller orders er at forhindre en part i at destruere eller fjerne genstande. Retsmidlet blev til i sagen *Anton Piller KG v Manufacturing Press Ltd.*<sup>14</sup>

### iv. Rescission

*Rescission* er baseret på romerrettens *restitutio in integrum* og giver en part ret til at tilsidesætte en kontrakt og kræve, at blive stillet i den samme situation som var der ikke indgået en kontrakt.<sup>15</sup>

### v. Rectification

*Rectification* er en undtagelse til engelsk rets *parole evidence rule*. *Rectification* giver en part ret til at få ændret et dokument således, at dette udviser parternes reelle hensigter bag oprettelsen af dokumentet.

### vi. Account

En person kan kræve *account* hvor en anden uretmæssigt har opnået en berigelse eller uretmæssigt har afholdt en udgift. Ved *account* pålægges det vedkommende at fralægge sig en berigelse til den forsmåede part.

## 2. Equitys maksimer

Equitys maksimer er koncist formulerede udtryk for visse bestemte brede equity principper, der er fremkommet gennem den tid equity har været praktiseret.<sup>16</sup>

Det er vigtigt at være opmærksom på, at maksimerne ikke har lovkraft og at disse ikke kan give svar på problemer i konkrete sager. På den anden side er maksimerne vigtige for forståelsen af equity, eftersom de illustrerer selve ideen bag equity.

14. Chancery division, Court of Appeals, 1976, 55.

15. Der kan her drags en parallel til dansk rets regler om negativ kontraktsinteresse.

16. *Patrick Parkinson, The Principles of Equity*, 1996, s. 24.

## V Equity. En introduktion

Følgende maksimer er de i retslitteraturen oftest anførte:<sup>17</sup>

1. Equity will not suffer a wrong to be without a remedy
2. Equity follows the law
3. Where there is equal equity, the law shall prevail
4. Where the equities are equal, the first in time shall prevail
5. He who seeks equity must do equity
6. He who comes into equity must come with clean hands
7. Delay defeats equity
8. Equality is equity
9. Equity looks to the intent rather than the form
10. Equity look to that as done which ought to be done
11. Equity imputes an intention to fulfil an obligation
12. Equity acts in personam
13. Equity regards as done that which ought to be done
14. Equity will not assist a volunteer
15. Equity will not perfect an imperfect gift
16. Equity will not construe a valid power out of an invalid trust
17. Equity will not permit a trust to fail for want of a trustee
18. Equity will not permit the provisions of a statute intended to prevent fraud to be used as an instrument of fraud

Det falder udenfor rammerne af denne fremstilling at komme med en nøje beskrivelse af de enkelte maksimer i equity. Hertil er emnet alt for stort. Vise af maksimerne vil dog blive omtalt kort i det følgende, i det omfang de har betydning for trusts. Flere af maksimerne kan, om end i en anden form, i et vist omfang genfindes som i dansk ret anerkendte principper.

---

17. Opremsningen af maksimer er ikke udtømmende og et forsøg herpå ville være frugtesløs, jf. *Patrick Parkinson, The Principles of Equity*, 1996, s. 26ff. Se også *P. V. Baker og P. ST. J. Langan, Snell's Equity*, 29 udg., 1990, s. 27ff., *R. P. Meagher, W. M. C. Gummow og J. R. F. Lehane, Equity – Doctrine and Remedies*, 3 udg., 1992, s. 71ff. og *Robert A. Pearce og John Stevens, The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 15ff., *Hanbury og Martin, Modern Equity*, 14 udg. af *Jill E. Martin*, 1993, s. 26ff., *Paul Jackson, The Maxims of Equity Revisited, Equity and Contemporary Legal Developments, The First International Conference on Equity*, 192, *The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University, Israel* s. 100ff.

## 2. *Equitys maksimer*

*Equity will not suffer a wrong to be without a remedy:* denne maksime var Chancellors våben i kampen om at beskytte cestui que use mod svigagtige feoffees. Maksimen banede vejen for, at cestui que use blev anset for at have en ejendomsret i equity.

*Equity follows the law:* maksimen bygger på det princip, at equity som udgangspunkt følger reglerne i common law. Såfremt et område i alle henseender var dækket af common law kunne Court of Chancery ikke fravige herfra. Fravigelse af common law kom først på tale når common law ikke tog højde for et vigtigt aspekt i den konkrete sag.<sup>18</sup> Det er i kraft af denne maksime, at common laws doctrine of estates også gælder i equity.

*Where there is equal equity, the law shall prevail:* maksimen indebærer, at hvor der er to personer med konkurrerende rettigheder i den samme ejendom, vil den person, der har en ret i common law vinde over den andens ret i equity. Dette gælder endog i de tilfælde hvor equity-retten er først i tid.<sup>19</sup> Det er ud fra den maksime, at reglen om en legal bona fide purchaser for value without notice kan udslukke en equity ret.<sup>20</sup> I relation til rettigheder over jord er såvel denne maksime som næste maksime i de fleste situationer nu overflødiggjort af lovgivning.

*Where the equities are equal, the first in time shall prevail:* maksimen indebærer, at hvor to personer har rettigheder i equity i den samme ejendom, og ingen af disse besidder en ret i common law,<sup>21</sup> vil princippet *qui prior tempore, potior est jure* gælde.

*He who seeks equity must do equity:* maksimen har den betydning, at sagsøgeren der anmoder om at equity skal finde anvendelse, i sin adfærd også selv skal handle ud fra equity. Det er på baggrund af denne maksime, at doktrinen *election* har sit udspring.<sup>22</sup>

18. Se i denne retning f.eks. *Barry v. Barry* (1929) Law Reports 2, King's Bench Division.

19. Se *Robert A. Pearce og John Stevens*, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 16.

20. Se om bona fide purchaser for value without notice neden for kapitel X, 4.2.

21. *Legal estate* er defineret i Law of Property Act, section 205(1)(x).

22. *Qui sentit commodum, sentire debet et onus*.

## V Equity. En introduktion

*He who comes into equity must come with clean hands:* denne maksime forekommer umiddelbart ikke at være forskellig fra førnævnte maksime, men adskiller sig alligevel derved, at maksimen ser på fortiden,<sup>23</sup> hvor ovennævnte maksime ser mod fremtiden.

*Delay defeats equity:* maksimen har den betydning, at en sagsøger der selvfor skylt ikke har gjort sin ret gældende i tide, ikke kan forvente beskyttelse efter equity.<sup>24</sup>

*Equality is equity:* maksimen vedrører den situation, hvor to personer har den samme interesse i en ejendom og der ikke eksisterer nogen udtrykkelig aftale mellem parterne eller andet, der peger i retning af parternes ønsker med hensyn til hvorledes ejendommen skal deles mellem dem. Her foreskriver equity, at ejendommen skal deles ligeligt mellem parterne således at der foreligger et såkaldt *tenancy in common*.<sup>25</sup>

*Equity looks to the intent rather than the form:* maksimen betyder, at equity ser på substansen snarere end formen. Oprettes f.eks. en trust uden at ordet trust nævnes overhovedet vil equity alligevel kunne nå frem til, at der foreligger en trust. Maksimen skal imidlertid ikke forstås lige efter sin ordlyd, eftersom equity ikke ukritisk ser bort fra formalia.

---

23. En lejer har f.eks. ikke krav på beskyttelse efter equity, såfremt han forinden har misligholdt sine forpligtelser over for udlejer.

24. Spørgsmål herom vil nu skulle afgøres efter Limitation Act 1980.

25. Overfor equity's præference for at statuere *tenancy in common* står common law's præference for at statuere *joint tenancy*. Ved *tenancy in common* anses hver person for at have en del af ejendommen. Denne del kan ikke udskilles eller fastlås i fysisk forstand. I stedet er delen (aliquot) en portion af alle de rettigheder, der sammen udgør ejendomsretten til hele ejendommen. En tenant in common siges at have en *undivided share*. Denne undivided share er tenant berettiget til at gøre hvad han vil med, dvs. give den bort, sælge den, testerede over den, m.v. Heroverfor står *joint tenancy* hvor de enkelte joint tenants tilsammen ejer hele ejendommen, hvorimod de ikke hver for sig anses for at være i besiddelse af noget. Vil en joint tenant f.eks. give sin »del« til en af de andre joint tenants har han strengt taget ikke noget at give. De enkelte joint tenants anses at være (seised) *per my et per tout* (for intet og det hele), jf. *Peter Butt, Land Law*, 2 udg., 1988, s. 185f.

## 2. Equitys maksimer

*Equity looks on that as done which ought to be done:* maksimen har særligt sin anvendelsesområde indenfor kontraktsretten. I engelsk ret kan en kontrakt, der omhandler jord, for eksempel gennemtvinges ved rettens mellemkomst, såfremt kontrakten er skriftlig. Kontrakten anses for at være en *specifically enforceable contract*.<sup>26</sup> Dette indebærer at efter kontraktens udfærdigelse, overføres retten i equity til køberen mens sælgeren ved en såkaldt *constructive trust*<sup>27</sup> holder legal estate til jorden indtil salget rent faktisk har fundet sted.

*Equity imputes an intention to fulfill an obligation:* maksimen har for eksempel den betydning, at hvor en person er forpligtet til at foretage sig en bestemt handling, f.eks. betale en gæld og personen i stedet i sit testamente har testeret over et beløb, mindst lig med den udestående gæld til kreditor, kan kreditor ikke tage arven som arving og samtidig overfor afdødes dødsbo gøre krav gældende som kreditor.<sup>28</sup>

*Equity acts in personam:* denne maksime er formentlig den mest om-diskuterede i engelsk teori af alle equitys maksimer i relation til trusts. Uenigheden går på om *cestui que trusts* rettigheder er *in personam* eller *in rem*. Denne diskussion belyses neden for.<sup>29</sup>

*Equity regards as done that which ought to be done:* maksimen indebærer, at hvor der foreligger en forpligtelse, der kan opfyldes *in natura*, anser equity allerede forpligtelsen for at være opfyldt. En kontrakt om et lejemål, der kan opfyldes *in natura*, medfører at der allerede foreligger et equitable lejemål.<sup>30</sup> Doktrinen om *conversion* udspringer af denne maksime.

26. Se *Hanbury og Martin*, *Modern Equity*, 14 udg. af *Jill E. Martin*, 1993, s. 28.

27. Streng terminologisk foreligger den en *institutional constructive trust*, jf. *Robert A. Pearce og John Stevens*, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 625. Institutional constructive trusts opstår og optræder i et utal af tilfælde i engelsk ret uden at det vil være muligt at give nogen anden definition end følgende: »The constructive trust imposed by law is not capable of precise definition and is continually developing. For the present it is sufficient to say that a constructive trust is a trust which is imposed by equity in order to satisfy the demands of justice and good conscience.«, *P. V. Baker og P. ST. J. Langan* i *Snell's Equity*, 29 udg., 1990, s. 192. Se nærmere om constructive trusts neden for kapitel XI, 5.

28. *Hanbury og Martin*, *Modern Equity*, 15. udg., af *Jill Martin*, 1997, s. 27.

29. Se neden for kapitel X, 2.

30. Se sagen *Walsh v Lonsdale*, Chancery Division, 21, 1882, 9.

## V Equity. En introduktion

*Equity will not assist a volunteer:* maksimen indebærer, at det ikke er muligt for en gavemodtager eller arving, at eksstingvere en begunstigets ret. Rationalet bag princippet er at en person, der modtager noget vederlagsfrit, ikke har en beskyttelsesværdig interesse i relation til reglerne om eksstinktion og vindikation.

*Equity will not perfect an imperfect gift:* maksimen har den virkning, at en ikke formfuldendt overførsel af stifterens formue til trustee indebærer, at der ikke foreligger en gyldig oprettet trust.<sup>31</sup> Dog vil equity anse en trust for at være gyldigt oprettet, hvor settlor har foretaget alt hvad der kan forventes af ham, såfremt den formgyldige overførsel er blevet forhindret af en formalitet.<sup>32</sup>

*Equity will not permit a trust to fail for want of a trustee:* maksimen har den retsfølge, at den omstændighed at der på et tidspunkt ikke er nogen aktuelle trustees i en trust, ikke indebærer, at trusten ophører. Staten eller domstolene griber her ind og udpeger en eller flere trustees.

---

31. Se sagen *Milroy v Lord*, De GF & J 4, 1862, 264.

32. Se sagen *Re Rose*, Chancery Division, Court of Appeal, 1952, 499.

# VI Grundlæggende om trusts

## 1. Etymologi

Det er oven for kapitel I beskrevet, at ordet trust efter alt at dømme har sin oprindelse (etymologi) fra enten det danske ord *trøst* eller det norske ord *traust*, der begge betyder (for)-trøstning og tillid på henholdsvis dansk og norsk.

## 2. Definition

Litteraturen om trusts er fyldt med et utal af forskellige bud på den mest rammende definition af trusten. I det følgende vil de mest centrale af disse definitioner blive citeret:

**Lord Coke, citeret fra *Parker og Mellows, The Modern Law of Trusts*, 6. udg., 1994, s. 7:**

»... a confidence reposed in some other, not issuing out of the land but as a thing collateral thereto, annexed in privity to the estate of the land, and to the person touching the land, for which *cestui que trust* has no remedy but by subpoena in the Chancery.«

***Underhill og Hayton Law of Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 1:**

»A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or *cestuis que trust*), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation. Any act or neglect on the part of a trustee which is not authorised or excused by the terms of the trust instrument, or by law, is called a breach of trust. The control of the trustee may, under the terms of a trust, be subject to fiduciary or personal powers vested in another person, who may sometimes be expressly designated a 'protector' or who may simply be the settlor or the settlor's widow, brother, or eldest son.«<sup>1</sup>

---

1. *Underhill og Haytons* definition angår ikke kun trusts men også en definition af *trustee*, *trust property*, *beneficiary* og *breach of trust*.

## VI Grundlæggende om trusts

*Underhill* og *Haytons* definition af en trust er blevet anerkendt judicielt i sagen *Marshall's Will Trusts* hvor dommeren, *Cohen J.*, efter at have citeret *Underhill* og *Haytons* definition i 8. udgaven af deres bog, i præmisserne anfører:

»In my opinion, Settled Land Act trustees are trustees of a trust within that definition.«<sup>2</sup>

*Underhill* og *Haytons* definition anses dog ikke for at være dækkende af *Philip H. Pettit*, der støttes af *J. G. Riddall*<sup>3</sup> samt *Parker* og *Mellows*.<sup>4</sup> *Pettit* ønsker at supplere førnævntes definition med følgende, efter ordet [obligation] og med et komma i stedet for et punktum:

»... or for a charitable purpose, which may be enforced at the instance of the Attorney General, or for some other purpose permitted by law though unenforceable.«<sup>5</sup>

**L. A. Sheridan, Keeton and Sheridan's The Law of Trusts, 12. udg., 1993, Sheridan and Barry Rose Law Publishers Ltd., s. 3:**

»A trust is the relationship which arises wherever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries or other objects of the trust. There can be no trust without trust property.

As well as being created expressly, a trust may be imposed by operation of law either to give effect to the intention of the parties to a transaction (the implied or resulting trust) or to correct the enrichment of one person who ought, in equity, to have the property (the constructive trust).«

*Keeton* og *Sheridan's* definition har støtte af *P. V. Baker* og *P. St. J. Langan*, der anfører:

2. *Marshall's Will Trusts*, Law Reports 1945, Chancery Division, s. 217ff. Se også sagen *Green v. Russell*, Law Reports 1959, nr. 2, Queen's Bench Division, s. 226ff.

3. *J. G. Riddall*, *The Law of Trusts*, 5. udg., 1996, s. 267.

4. *Parker og Mellows*, *The Modern Law of Trusts*, 6. udg., 1994, s. 7.

5. *Philip Pettit*, *Equity and the Laws of Trusts*, 7. udg., 1993, s. 23. *Pettit* gør dog opmærksom på, at kritikken på dette punkt for så vidt er uberettiget, idet *Underhill* og *Haytons* definition er lavet med private trusts for øje og således ikke trusts med velgørenhed for øje.

## 2. Definition

»Perhaps the most satisfactory definition is that of Professors Sheridan and Keeton.«<sup>6</sup>

og *J. G. Riddall*, der i ønsket om en lille ændring i definitionen, anfører:

»The word 'relationship' although appropriate when speaking of that which exists between the trustee and the beneficiary is less satisfactory when a trust is looked at from outside, when a key characteristic is the legally enforceable nature of the duty imposed on the trustee. With the substitution of 'arrangement' for 'relationship', Professor Keeton's definition is perhaps the most satisfactory definition so far to have been devised.«<sup>7</sup>

*H. A. J. Ford* og *W. A. Lee*, *Principles of the Law of Trusts*, 2. udg., 1990, s. 3f. har følgende definition:

»A trust may be defined as an obligation enforceable in equity which rests on a person (the trustee) as owner of some specific property (the trust property) to deal with that property for the benefit of another person or for the advancement of certain purposes.

The principal liability of a trustee is to account in respect of trust property. The liability is enforceable by legal proceedings but the principles governing the liability stem from the part of the English law known as equity in contrast to common law.

The liability of a trustee may be voluntarily assumed. A beneficial owner of some specific property may take herself or himself a trustee of that property. There can be a trust of a chose in action which comes into existence as part of the transaction creating the chose in action. Trusteeship can also be assumed by a person who succeeds another in the ownership of specific property on terms that the successor is to hold on trust. In some circumstances a person may have the liability of trustee imposed without having voluntarily assumed the liability.

The liability of a trustee may or may not be presently enforceable. In a trust for the benefit of another person (as distinct from a trust for a purpose) the liability is enforceable at the suit of the beneficiary. Where the beneficiary is ascertained the liability is, in general, presently enforceable. There can be a trust for beneficiaries, all of whom are yet to be ascertained in the future. If a beneficiary is later ascertained, the trustee's liability to account in respect

---

6. *P. V. Baker* og *P. St. J. Langan*, *Snell's Equity*, 29. udg., 1990, s. 89.

7. *J. G. Riddall*, *The Law of Trusts*, 5. udg., 1996, s. 265f.

## VI Grundlæggende om trusts

of the period since becoming trustee will become enforceable. In a trust for the advancement of a purpose which is charitable the liability of the trustee is presently enforceable at the suit of the Attorney General of the appropriate jurisdiction or by certain other persons.

The essential feature of every trust is that one person is owner but is bound to use the legal position as owner for the benefit of another person or for the advancement of some impersonal purpose. At one extreme it is possible to impose on the fiduciary owner or trustee no duties beyond the duty of transferring ownership when called upon to do so. In such a bare or passive trust, the trustee does little more than hold title. At the other extreme it is possible to impose on a trustee a wide range of duties and powers so that the beneficiary can have the enjoyment of property without the burdens of administration. A trust may be on a small scale where a trustee holds for a small number of beneficiaries, or it may be a large endeavour where the trustee holds for the benefit of thousands of persons. A trust may be short-lived as where a solicitor receives money on behalf of a client for a few days or it may last for years or, in the case of charitable trust, for centuries.«

Til ovennævnte kan tilføjes definitionen i Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, art. 2:

»For the purpose of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationship created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics –

- (a) the assets constitute a separate fund and are not part of the trustee's own estate;
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.«

Som det fremgår af ovennævnte eksisterer der ikke nogen kort definition eller karakteristik af retsinstituttet trust, og der ses heller ikke at

### 3. Beslægtede retsfigurer

være gjort noget forsøg på at opstille en sådan. Trustens væsentligste karakteristika kan dog kort beskrives således:

En trust er kendetegnet ved, at en person betegnet *settlor* (stifteren) overfører aktiver til en anden person betegnet *trustee*, idet stifteren samtidigt instruerer trustee om at forvalte aktiverne til fordel for en eller flere begunstigede. Trustee har en ejendomsret til de overførte aktiver i henhold til common law og de begunstigede har tillige en ejendomsret til de overførte aktiver i equity.

Trustee fremstår over for omverden som værende ejer af trust-aktiverne, men trustee kan ikke råde frit over aktiverne, idet trustee er bundet af stifterens instrukser. De begunstigede er i henhold til de særlige regler og principper i equity i vidt omfang beskyttet mod trustees private kreditorer og aftaleerhververe.

Det er endvidere væsentligt at være opmærksom på, at trusten ikke er en juridisk person.

### 3. Beslægtede retsfigurer

Det er i engelsk teori almindeligt at sammenholde trusts og beslægtede retsfigurer, hvilket er ganske formålstjenesteligt i forståelsesmæssig sammenhæng. Her skal alene nævnes *contract*, *bailment*, *agency* og *power of appointment*.<sup>8</sup>

#### 3.1. Contract

»[A]n *agreement*, enforceable by the law, between two or more persons to do or abstain from doing some act or acts, their intention being to create *legal relations* and not merely to exchange mutual promises, both having given something, or having promised to give something of *value as consideration* for any benefit derived from the agreement.«<sup>9</sup>

---

8. I engelsk teori sammenholdes yderligere trusts og: *personal representatives*, *loans*, *fiduciary relationships* og *common law gifts*.

9. Dennis Keenan, Smith and Keenan's English Law, 9. udg., 1989, s. 187, der hertil tilføjer: »The definition can be criticized in that some contracts turn out to be unenforceable, and, in addition, not all legally binding agreements are true contracts. For example, a transaction by deed under seal derives its legally binding quality from the special way in which it is made rather than from the operation of laws of contract, e.g. a deed is enforceable even in the absence of valuable consideration. In consequence, transactions under seal are not true contracts.«

## VI Grundlæggende om trusts

En væsentlig forskel mellem kontrakter og trusts består i retsvirkningerne af at begunstige en tredjemand. Indeholder en kontrakt et tredjemandsløfte, er det efter engelsk rets regler om *privity of contract* som udgangspunkt ikke muligt for tredjemanden at håndhæve tredjemandsløftet overfor kontrahenterne. Det er kun en kontrahent, der kan håndhæve tredjemandsløftet overfor den anden kontrahent. Er der omvendt stiftet en trust, hvori tredjemanden er indsat som begunstiget, kan tredjemanden nu gøre sin ret gældende direkte overfor trustee. Endvidere har stiftelsen af en trust den retsvirkning, at stifteren er afskåret fra at gøre krav gældende overfor trustee.<sup>10</sup> En adgang for stifteren til at gøre krav gældende mod trustee kræver enten, at stifteren senest ved stiftelsen af trusten har forbeholdt sig en sådan adgang eller at trustee har indgået kontrakt med stifteren om førstnævnte forpligtelser i udførelsen af embedet som trustee. I sidstnævnte situation følger stifterens ret af den indgåede kontrakt og ikke af oprettelsen af trusten. Dette viser sig ved, at stifterens adgang til at gennemtvinge trustees forpligtelser kun eksisterer så længe, det er kontrahenten, der er trustee. Afgår for eksempel trustee ved døden og erstattes han af en ny trustee, vil stifteren ikke kunne støtte et krav mod sidstnævnte på den tidligere indgåede kontrakt.<sup>11</sup>

### 3.2. Bailment

»A bailment arises when one person (the bailor) hands over his property to the care of another (the bailee).

A bailment is an independent legal transaction and need not necessarily originate in contract. When X hands his goods to Y under a bailment Y has certain duties in regard to the care of the goods even though the bailment is not accompanied by a contract. Thus Y may be held liable for negligent damage to the goods even though he had not been promised any money or other benefit for looking after them.«<sup>12</sup>

---

10. Er situationen således den, at den begunstigede er berettiget til at kræve trust property udleveret til sig efter princippet i *Saunders v. Vautier* (1841) 4 Beav. 115, vil trustee være forpligtet hertil på trods af settlors protest herimod.

11. Se H. A. J. Ford og W. A. Lee, *Principles of the Law of Trusts*, 2. udg., 1990, s. 38ff.

12. *Dennis Keenan, Smith and Keenan's English Law*, 9. udg., 1989, s. 186.

I lighed med trusts finder der ved Bailment en overdragelse sted af et formuegode fra en person til en anden person. I lighed med trustee er modtageren forpligtet til at på forsvarlig vis tage vare på det overdragne. Til forskel fra trustee får modtageren ved bailment ikke nogen ejendomsret, hverken i common law eller equity.

### 3.3. Agency

- »(1) Agency is the fiduciary relationship which exists between two persons, one of whom expressly or impliedly consents that the other should act on his behalf, and the other of whom similarly consents so to act or so acts. The one on whose behalf the act or acts are to be done is called the principal. The one who is to act is called the agent. Any person other than the principal and the agent may be referred to as a third party.
- (2) In respect of the acts which the principal expressly or impliedly consents that the agent shall do on the principal's behalf, the agent is said to have authority to act; and this authority constitutes a power to affect the principal's legal relations with third parties.
- (3) Where the agent's authority results from a manifestation of consent that he should represent or act for the principal expressly or impliedly made by the principal to the agent himself, the authority is called actual authority, express or implied. But the agent may also have authority resulting from such a manifestation made by the principal to a third party; such authority is called apparent authority.«<sup>13</sup>

Agenten varetager – ligesom trustee – ikke sine egne interesser men en andens, i agentens tilfælde principalen og i trustees tilfælde den begunstigede. Agenten er endvidere i lighed med trustee underlagt reglerne i equity.<sup>14</sup> Til forskel er agency baseret på en aftale (agreement) mellem principalen og agenten, hvilket ikke er tilfældet mellem trustee og den begunstigede. Endvidere kan agenten handle på vegne af sin principal og således forpligte principalen overfor tredjemænd, hvilket ikke er muligt for en trustee, der i stedet bliver personligt ansvarlig. Hertil kommer, at i modsætning til trusts, hvor den begunstigede kan kræve trust-formuen udleveret som sin egen ejendom, såfremt trustee måtte gå konkurs, har principalen i henhold til

---

13. *F. M. B. Reynolds*, *Bowstead on Agency*, 15. udg., 1985, s. 1.

14. I forholdet mellem principal og agent ligesom mellem trustee og begunstiget.

## VI Grundlæggende om trusts

common law kun et personligt krav mod agenten, hvis denne går konkurs.<sup>15</sup>

En anden ting er, at agenten i medfør af de særlige regler om *constructive trusts*, kan blive trustee for principalen. Dette behandles neden for kapitel XI, 5.

### 4. Grundbetingelser

I engelsk retspraksis<sup>16</sup> er det fastslået, at tre betingelser (*three certainties*) skal være opfyldt for at der foreligger en trust.

#### 4.1. Certainty of words or intention

Der stilles ikke i engelsk ret krav om, at bestemte ord anvendes for at oprette en trust. Dette følger også af maksimen *equity looks to the intent rather than the form*. Det er således tilstrækkeligt, at en person har haft til hensigt at oprette en trust. Det der ligger bag hensigten eller ordvalget skal imidlertid kunne udledes med sikkerhed.

#### 4.2. Certainty of subject

Dette kriterium deles bedst op i to dele; *certainty of subject matter* og *certainty of beneficial interests*.

Kan det ikke med sikkerhed afgøres, hvad der er *trust property*,<sup>17</sup> er den pågældende trust ugyldig som følge af mangel på *certainty of subject matter*.

Er betingelserne om *certainty of words* og *certainty of subject matter* opfyldt men har vedkommende, der ønsker at oprette en trust, ikke i en tilstrækkelig sikker grad defineret den eller de begunstigedes retigheder – kravet om *certainty of beneficial interests* – vil trustee holde *trust property* i en såkaldt *resulting trust*<sup>18</sup> for vedkommede, der ønskede at oprette en trust til fordel for en eller flere begunstigede. Der er dog tre undtagelser:

---

15. Underhill og Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 5f.

16. Se bl.a. *Wright v. Atkyns* (1823) *Turn & R* 143 at 157 og *Knight v. Knight* (1840) 3 *Beav.* 148.

17. Se om *trust property* neden for 5.

18. Se om *resulting trusts* neden for kapitel VIII, 6.

## 5. Trust property

- i. hvis der er tale om en *discretionary trust*,<sup>19</sup> dvs. at trustees af settlor er tildelt kompetence til at fordele *trust property* efter for-godtbefindende;
- ii. hvis en domstol kan anvende maksimen *equality is equity*,<sup>20</sup> og således dele den equitable rettighed mellem de begunstigede;
- iii. hvis hovedgaven er til en begunstiget med forbehold af en anden begunstigets rettigheder til en ikke nærmere defineret del af gaven. Her vil den udefinerede del af gaven være ugyldig og vedkommende, der er begunstiget i første række, vil således modtage hele gaven.

### 4.3. Certainty of objects

De begunstigede i henhold til en trust eller en trusts formål<sup>21</sup> skal kunne bestemmes med sikkerhed.

Hvis ovennævnte to betingelser, *certainty of words or intention* og *certainty of subject matter* er opfyldt, men derimod ikke betingelsen om *certainty of objects*, vil trustee holde *trust property* i *resulting trust* for vedkommende, der ønsker at oprette en trust til fordel for en eller flere begunstigede eller et eller flere formål.

## 5. Trust property

Ønskes en trust oprettet er det et krav, at trusten har et formuegodt at – så at sige – 'gribe fast i'. Ved overdragelsen bliver formuegodet *trust property*, hvilket indebærer, at formuegodet ikke længere kan anses for at tilhøre opretterens private formuesfære. Selv hvor opretteren tillige er trustee tilhører formuegodet ham alene i sin egenskab af at være trustee, og formuegodet kan derfor ikke anvendes til private formål. En trust kan ikke eksistere uden *trust property*, jf. *Kekewich's* udtalelse i sagen *Re Barney*.<sup>22</sup>

»... it is essential to the character of a trustee that he should have trust property actually vested in him or so far under his control that he has nothing to

19. Se om *discretionary trusts* neden for VIII, 8.

20. Se om *equity's maksimer* oven for kapitel V, 2.

21. En trust behøver ikke at have begunstigede, men kan i stedet være oprettet til at tjene et formål, såkaldt *purpose trust*.

22. *Re Barney*, The Law Reports, 1892, Chancery Division, s. 265ff.

## VI Grundlæggende om trusts

do but require that, perhaps by one process, perhaps by another, it should be vested in him.«<sup>23</sup>

*Underhill* og *Hayton* har følgende afgrænsning af hvilke formuegoder, der kan udgøre trust property:<sup>24</sup>

»All property real or personal, legal or equitable, at home or abroad and whether in possession or action, remainder or reversion, and whether vested or contingent, may be made the subject of a trust, unless:

- (1) the policy of law or some statutory statement has made it inalienable; or
- (2) where property is land abroad, the trusts sought to be created are inconsistent with the *lex loci situs*.<sup>25</sup>

I stedet for det engelske udtryk 'trust property' vil udtrykket 'trustmidler' eller 'trust-formue' fortrinsvist blive anvendt i det følgende.

### 6. Personkredsen

For at en trust kan eksistere, skal der til enhver tid være mere end én person tilknyttet trusten,<sup>26</sup> eftersom personsammenfald mellem trustee og en enebegunstiget indebærer, at der foreligger konfusion og trusten vil da ophøre.<sup>27</sup>

Den person, der opretter trusten benævnes *settlor*. Settlor kan tillige træffe bestemmelse om, at han skal være *enten* trustee *eller* begunstiget i trusten. Den, der har fordel af trusten, benævnes *beneficiary*. Beneficiary har retten til trusten i equity. Vedkommende, der har retten i common law til trusten, benævnes *trustee*. Det påhviler trustee at føre trusten ud i livet således som dette er foreskrevet i oprettelsesdokumentet (*trust deed*) og hvad der følger af equitys retspraksis.

---

23. *Re Barney*, The Law Reports, 1892, Chancery Division, s. 273.

24. Se også *George T. Bogert*: »In general, any right, interest, or thing which may be the subject of property may be granted in a trust. Every kind of vested right which the law recognizes as valuable may be transferred in trust«, Trusts, 6. udg., 1987, USA, s. 72.

25. *Underhill* og *Hayton*, Law Relating to Trusts and Trustees, 15. udg., 1995, s. 159.

26. Den eneste mulige undtagelse til denne regel er den situation, hvor opretteren har oprettet en purpose trust og gjort sig selv til trustee.

27. Dog kan en beneficiary tillige være trustee forudsat, at vedkommende ikke er den eneste beneficiary.

I modsætning til hvad der gælder for oprettere og begunstigede, indeholder engelsk ret en stor mængde regler for trustees.

Som udgangspunkt kan enhver, der er i stand til at besidde aktiver, være trustee.<sup>28</sup> Den omstændighed, at vedkommende ikke er britisk, Commonwealth eller nordirsk statsborger, fratager ikke ham fra at kunne holde aktiver som trustee i engelsk ret.<sup>29</sup> I modsætning til løsøre, hvor det maksimale antal af trustees er ubegrænset, begrænser Trustee Act 1925 section 34 det maksimale antal til fire trustees når trust property er fast ejendom.<sup>30</sup>

Trustee kan være såvel en fysisk som en juridisk person. Trustee i form af juridiske personer findes i en række afskygninger.

### i. Judicial Trustee

Ved vedtagelsen af Judicial Trustees Act 1896 blev der åbnet mulighed for, at High Court – efter anmodning herom – kunne udpege en såkaldt *Judicial Trustee*. Anmodningen kan fremsættes af vedkommende, der opretter eller har til hensigt at oprette en trust, fra de begunstigede eller på vegne af disse. Judicial Trustee kan udpeges til at varetage hvervet enten sammen med andre eller alene, eller såfremt der foreligger en god grund hertil, i stedet for en eller alle de eksisterende trustees.<sup>31</sup> Hvorvidt der skal udpeges en Judicial Trustee er helt overladt til High Court's skøn.

Baggrunden for indførelsen af Judicial Trustee var de situationer, hvor administrationen af trusts var brudt sammen, men hvor det ikke var ønskeligt, at sætte den pågældende trust under High Courts

28. Dog stilles der krav om myndighed, se Law of Property Act 1925, section 20 »The appointment of an infant to be a trustee in relation to any settlement or trust shall be void, but without prejudice to the power to appoint a new trustee to fill the vacancy.« Ifølge Halsbury's Statutes note til denne bestemmelse, angår bestemmelsen ikke kun fast ejendom i form af legal estates men trusts bestående af alle former for aktiver, se Halsbury's Statutes, 4. udg., 1987, vol. 37., s. 96.

29. British Nationality Act 1981, section 50, se *Underhill og Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 243.

30. Der gælder dog en række undtagelser hertil, hvor den vigtigste er, såfremt fast ejendom holdes af trustess for velgørende, religiøse (ecclesiastical) eller offentlige formål, se Trustee Act 1925, section 34, Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 300.

31. Se Judicial Trustees Act 1896, section 1(1), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 233. Med hjemmel i Judicial Trustees Act 1896 har Lord Chancellor udstedt Judicial Trustees Rules 1983, Statutory Instruments, 1983, part 1, section 2, 1984, (SI) 1983/370.

## VI Grundlæggende om trusts

administration.<sup>32</sup> High Court kan give Judicial Trustee instrukser i, hvorledes den pågældende trust skal administreres. Judicial Trustee kan herudover også udpeges til at administrere dødsboer.<sup>33</sup>

*Underhill* og *Hayton* antager, at Judicial Trustees ikke har vundet indpas i nogen særlig grad i det praktiske liv. *Underhill* og *Hayton* er dog af den opfattelse, at der forekommer flere situationer hvor udpegelsen af en Judicial Trustee vil kunne være fordelagtig. Som eksempel herpå nævnes de situationer, hvor der er behov for at rydde op i administrationen af en trust. Udpegningen af en Judicial Trustee indebærer en høj grad af sikkerhed, hvilket forfatterne anfører følgende årsager til.<sup>34</sup>

- (1) Judicial Trustee er en offentlig person, eller
- (2) alternativt, en person, der stiller sikkerhed for vedkommendes hæderlighed, og
- (3) hvis regnskab skal tages til revision årligt, og
- (4) hvem High Court generelt pålægger at handle »in concert« med domstolen og under sådanne forhold, at domstolen har mulighed for at føre tilsyn med vedkommendes dispositioner.

### ii. Public Trustee

Vedtagelsen af Public Trustee Act 1906<sup>35</sup> indførte den såkaldte *Public Trustee*. Baggrunden for indførelsen af Public Trustee embedet var de

---

32. *Hanbury og Martin*, *Modern Equity*, 14 udg. af *Jill E. Martin*, 1993, s. 477 samt *Underhill og Hayton*, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 764.

33. *Judicial Trustees Act 1896*, section 1(1), *Halsbury's Statutes*, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 233. Angår anmodningen et dødsbo har High Court diskretion til at anse anmodningen som hørende under *Administration of Justice Act 1985* section 50, der giver retten kompetence til at udpege en substitut for en eksisterende personal representative eller fjerne den eksisterende personal representative, *Underhill og Hayton*, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 762.

34. *Underhill og Hayton*, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 765. Dog tager forfatterne forbehold for hvorvidt judicial trustee har vundet indpas eftersom næsten alle udpegninger af judicial trustee finder sted *in chambers*, hvilket gør det vanskeligt at få et overblik over udbredelsen. Forfatterne antager, at der ikke – som det er tilfældet med Public Trustee – gælder en hæftelse for staten i tilfælde af judicial trustees breach of trust.

35. Med hjemmel i Public Trustee Act 1906 er der udstedt The Public Trustee Rules 1912, *Statutory Rules and Orders 1912/348*, der er ændret ved *Statutory Rules and Orders 1916/389*. *Statutory Instruments 1975/1189* ophævede The Public Trustee Rules 1912, og er senere ændret ved *Statutory Instruments 1976/386*, *Statutory Instruments 1981/358*, *Statutory Instruments 1983/1050*, *Statutory Instruments 1984/109*, *Statutory Instruments 1985/132*, *Statutory Instruments 1987/1891*, *Statutory Instruments 1987/2249* og senest ved *Statutory Instruments 1994/2519*.

problemer, der kunne være forbundet med at finde en person, der var villig og i stand til at påtage sig opgaven som trustee. Public trustee er et *corporation sole*<sup>36</sup> og en *trust corporation*, således som trust corporations er defineret i Trustee Act 1925, section 68(2)(18):

»68. Definitions

[(1)] In this Act, unless the context otherwise requires, the following expressions have the meanings hereby assigned to the respectively, that is to say:

(1)–(17) ...

(18) »Trust Corporation« means the Public Trustee or a corporation either appointed by the court in any particular case to be trustee, or entitled by rules made under subsection (3) of section four of the Public Trustee Act 1906, to act as custodian trustee.«<sup>37</sup>

Det faktum, at Public Trustee er *corporation sole*, sikrer en konsensus, eftersom juridiske personer ikke afgår ved døden. Den engelske stat hæfter for Public Trustee's *breach of trust*.<sup>38</sup> Public Trustee kan udpeges til enten at varetage hvervet alene eller sammen med andre personer, og Public Trustee kan være *custodian*, *ordinary* eller *judicial trustee* og er berettiget til at administrere små boer.<sup>39</sup> Public Trustee er berettiget til at afslå at fungere som trustee i den pågældende trust. Dog må Public Trustee ikke afslå dette alene med den begrundelse, at trust property er af for ringe værdi.<sup>40</sup>

36. Se Public Trustee Act 1906, section 1(2), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 238. *Corporation sole* er som navnet siger, en juridisk person baseret på blot én fysisk person. Corporations sole stammer helt tilbage fra kanonisk ret hvor kirken stod over for problemet med f.eks en biskop, der havde jordbesiddelser. Kanonisk ret så indehaveren af embedet som udgørende et *corporation sole*, hvilket er en juridisk person. Udover biskopper anså *common law* også *the Crown* som et *corporation sole*. Udover Public Trustee har det engelske parlament bl.a. oprettet corporations sole i relation til *Corporate Office of the House of Lords* og *Corporate Officer of the House of Commons*, se Stephen W. Mayson, Derek French og Christopher L. Ryan, *Company Law*, 13. udg., 1996, s. 3f. og Harry G. Henn og John R. Alexander, *Laws of Corporations and other Business Enterprises*, 3. udg., 1983.

37. Se Trustee Act 1925 68(2)(18), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 241ff.

38. Se Public Trustee Act 1906, section 7, Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 238. Det er den såkaldte *Consolidated Fund of the United Kingdom*, der hæfter for Public Trustee's handlinger.

39. Se Public Trustee Act 1906, section 2(1)(a-d), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 239.

40. Se Public Trustee Act 1906, section 2(3), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 239.

## VI Grundlæggende om trusts

Public Trustee må ikke acceptere at gå ind i en trust, der indebærer ledelsen af eller udførelsen af nogen form for erhvervsmæssig virksomhed, bortset fra de tilfælde, hvor Public Trustee Act 1906 giver adgang hertil. I medfør af Public Trustee Rules 1912, r. 7, må Public Trustee:

- (1) act as custodian trustee of a trust which involves the management or carrying on of any business, but upon the conditions that:
  - (a) he shall not act in the management or carrying on of such business, and
  - (b) he shall not hold any property of such a nature as will expose the holder thereof to any liability except under exceptional circumstances, and when he is satisfied that he is fully indemnified or secured against loss; and
- (2) accept as ordinary trustee, under exceptional circumstances, a trust which involves the management or carrying out of any business, but upon the conditions that, except with the consent of the Treasury, he shall only carry on the same
  - (a) for a short time not exceeding eighteen months, and
  - (b) with a view of sale, disposition or winding-up, and
  - (c) if satisfied that the same can be carried out without risk or loss.<sup>41</sup>

Public Trustee må endvidere ikke acceptere en trust, der udelukkende har et religiøst øjemed eller velgørenhed som sit formål.<sup>42</sup>

### iii. Custodian Trustee

Public Trustee Act 1906 oprettede ikke kun embedet Public Trustee, men indeholdt i section 4 også regler for den såkaldte *Custodian Trustee*.

#### 4. Custodian Trustee

- (1) Subject to the rules under this Act the public trustee may, if he consents to act as such, and whether or not the number of trustees has been reduced below the original number, be appointed to be custodian trustee of any trust

---

41. Se Public Trustee Act 1906, note til sub-section (4), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 240. En trust om hvilken settlor har bestemt, at hans enke skal have en life interest, hvorefter den pågældende trusts formål skal være velgørenhed, vil Public Trustee godt kunne acceptere, idet formålet ikke *udelukkende* er velgørenhed, se *Underhill og Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 769.

42. Se Public Trustee Act 1906, section 2(5), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 239.

- (a) by order of the court made on the application of any person on whose application the court may order the appointment of a new trustee; or
  - (b) by the testator, settlor, or other creator of any trust; or
  - (c) by the person having power to appoint new trustees.
- (2) ...

Det er ikke kun Public Trustee, der kan udpeges som custodian trustee. Også banker og forsikringsvirksomheder kan udpeges som sådanne.<sup>43</sup> Endvidere kan en række andre juridiske personer tillige udpeges som custodian trustee.<sup>44</sup> Udover engelske selskaber (corporations), der opfylder betingelserne, kan tillige EU-selskaber, der opfylder samme betingelser samt driver trust-virksomhed i Storbritannien, udpeges som custodian trustees.<sup>45</sup> Reglerne herom er udstedt med hjemmel i Public Trustee Act 1906 som Statutory Instruments, hvor det vigtigste afsnit er citeret nedenfor:

»Corporate Bodies as Custodian Trustees

30.

- (1) The following corporations shall be entitled to act as custodian trustees
- (a) the Treasury Solicitor;
  - (b) any corporation which:
    - (i) is constituted under the law of the United Kingdom or of any part thereof, or under the law of any other Member State of the European Economic Community or of any part thereof;
    - (ii) is empowered by its constitution to undertake trust business (which for the purpose of this rule means the business of acting as trustee under wills and settlements and as executor and administrator) in England and Wales;
    - (iii) (...)
    - (iv) has one or more places of business in the United Kingdom; and
    - (v) is –
      - a company incorporated by special Act of Parliament or Royal Charter, or
      - a company registered (with or without limited liability) in the United Kingdom under the Companies Act 1948 (a) or under the Companies Act (Northern Ireland) 1960 (b) or in another Mem-

---

43. Se Public Trustee Act 1906, section 4(3), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 243.

44. I medfør af henhold til Public Trustee Rules 1912, Statutory Rules and Orders 1912/348, med senere ændringer.

45. *Hanbury og Martin*, Modern Equity, 14 udg. af *Jill E. Martin*, 1993, s. 479 note 83.

## VI Grundlæggende om trusts

ber State of the European Economic Community and having a capital (in stock or shares) for the time being issued of not less than £ 250,000 (or its equivalent in the currency of the State where the company is registered), of which not less than £ 100,000 (or its equivalent) has been paid up in cash, or  
a company which is registered without limited liability in the United Kingdom under the Companies Act 1948 or the Companies Act (Northern Ireland) 1960 (b) or in another Member State of the European Economic Community and of which one of the members is a company within any of the classes defined in this sub-paragraph;

(c) ...«<sup>46</sup>

Retsvirkningen af udpegelse af en Custodian trustee er, at trust-formuen bliver overført til denne som om Custodian Trustee var den eneste trustee. De allerede eksisterende trustees i den pågældende trust bliver fremover *managing trustee*.<sup>47</sup> Managing trustee beholder kompetencen til at administrere trust-formuen samt udøve deres *trust power*.<sup>48</sup> En fordel ved at udpege en Custodian Trustee er, at Custodian Trustee skal give sit samtykke til dispositioner og handlinger, som managing trustee agter at udføre.<sup>49</sup> Udpegelsen af nye managing trustees kan finde sted uden at der behøver finde en overdragelse sted af trust-formuen til de tiltrædende trustees. Anvendelsen af Custodian Trustees er således særlig attraktiv, hvor det skønnes, at en trust vil fortsætte sin eksistens i længere tid samt hvor den pågældende trusts midler er store.<sup>50</sup> I særlig grad er custodian trusteeship anvendeligt i relation til velgørende trusts, der har en stor og varierende mængde af trustees. Dog skal det her holdes for øje, at Public Trustee ej heller i egenskab af Custodian Trustee må acceptere trusts, der udelukkende har et religiøst øjemed eller velgørelse som sit formål.

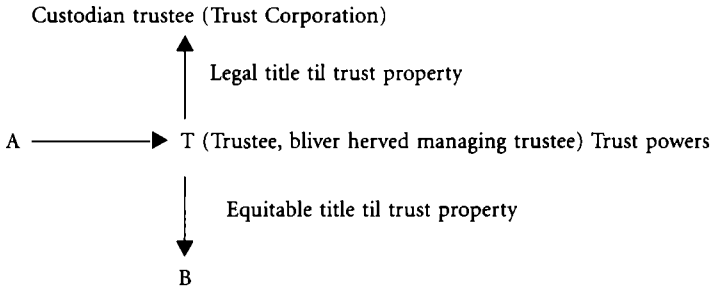
46. Statutory Instruments 1975/1189, som senere ændret af Statutory Instruments 1976/386, Statutory Instruments 1981/358, Statutory Instruments 1983/1050, Statutory Instruments 1984/109, Statutory Instruments 1985/132, Statutory Instruments 1987/1891, Statutory Instruments 1987/2249 og senest ved Statutory Instruments 1994/2519.

47. Se Public Trustee Act 1906, section 4(2)(a-b), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 243.

48. Se om *trust power* neden for kapitel VIII, 8.2.

49. Bortset fra når dispositionen eller handlingen udgør et *breach of trust* eller vil pådrage custodian trustee en personlig hæftelse, Se Public Trustee Act 1906, section 4(2)(a-b), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 243.

50. *Spencer G. Maurice*, The Office of Custodian Trustee, The Conveyancer and Property Lawyer, 1960, vol. 24, s. 196ff.



I eksemplet ses det tydeligt, at der finder en opdeling sted af de rettigheder, som en sædvanlig trustee besidder. Legal title til trust-formuen overføres til custodian trustee, mens administrationen af denne bevarer hos den oprindelige trustee, der nu bliver managing trustee. Beneficiarys retsstilling ændrer sig ikke herved. Han har stadig equitable title til trust-formuen.

#### iv. Trust Corporations

En kort beskrivelse af *Trust Corporations* kan kun vanskeligt lade sig gøre hvilket kan illustreres ved følgende afgrænsning af disse i Law of Property Act 1925, Settled Land Act 1925, Trustee Act 1925, Administration of Estates Act 1925 og Supreme Court Act 1981:

»‘Trust Corporation’ includes the Treasury Solicitor, the Official Solicitor and any person holding any other official position prescribed by the Lord Chancellor, and, in relation to the property of a bankrupt and property subject to a deed of arrangement, includes the trustee in bankruptcy and the trustee under the deed respectively, and, in relation to charitable ecclesiastical and public trusts, also includes any local or public authority so prescribed, and any other corporation constituted under the laws of the United Kingdom or any part thereof which satisfies the Lord Chancellor that it undertakes the administration of any such trusts without remuneration, or that by its constitution it is required to apply the whole of its net income after payment of outgoings for charitable, ecclesiastical or public purposes, and is prohibited from distributing, directly or indirectly, any part thereof by way of profits amongst any of its members, and is authorised by him to act in relation to such trusts as a trust corporation.«<sup>51</sup>

51. C. H. Sherrin, R.F.D. Barlow, R.A. Wallington assisteret af Susannah Meadway, Williams on Wills, 7. udg., vol. 2., 1995, s. 2003. *Treasury Solicitor* er vedkommende, der varetager His Majesty's Treasury og omfatter også *solicitor for Duchy of Lancaster*. Det citerede er fra lovene: Law of Property Act 1925, Settled Land Act 1925, Trustee Act 1925, Administration of Estates Act 1925 og Supreme Court Act 1981.

## VI Grundlæggende om trusts

Trust Corporations kan, som vi har set i de foregående afsnit, være Judicial Trustee,<sup>52</sup> Public Trustee og Custodian Trustee.<sup>53</sup> Herudover kan en række andre juridiske personer fungere som trustee i form af Trust Corporations. De juridiske personer, der kvalificerer sig til at fungere som sådanne, er ens for de juridiske personer, der kan fungere som Custodian Trustee.<sup>54</sup> I relation til private trusts vil Corporate Trustee i de oftest forekommende tilfælde være et pengeinstituts *Executor and Trustee Company*.

Trust Corporations anvendes i stigende grad eftersom de kan tilbyde stor erfaring i trust-administration samt udvise fleksibilitet og kontinuitet. Hertil kommer, at Trust Corporation som juridisk person ikke afgår ved døden, hvorfor der ikke vil være behov for, at legal title til trust-formuen skal skifte hænder.

### 7. Rule against perpetuities

I lighed med dansk rets begrænsninger i successionsrækkefølgers tidsmæssige udstrækning,<sup>55</sup> jf. Grundlovens § 94 og arvelovens § 68 og familiefondes tidsmæssige udstrækning, jf. lov om fonde § 7 og lov om erhvervsdrivende fonde § 8, indeholder engelsk ret begrænsninger i en trusts tidsmæssige udstrækning, common laws *Rule against perpetuities* og Perpetuities and Accumulations Act 1964. I det følgende vil engelsk rets regler om de tidsmæssige grænser for trusts blive beskrevet.

#### 7.1. Common laws Rule against perpetuities

*Rule against perpetuities* (kaldes også for *rule against remoteness*) vedrører den situation, hvor en person har stiftet en eller flere future

---

52. Såfremt det er Public Trustee, der handler i denne egenskab.

53. Se Trustee Act 1925 68(2)(18), Halsbury's Statutes, 4. udg. 1995 reissue, vol. 48, s. 241ff.

54. Statutory Instruments 1975/1189, som senere ændret af Statutory Instruments 1976/386, Statutory Instruments 1981/358, Statutory Instruments 1983/1050, Statutory Instruments 1984/109, Statutory Instruments 1985/132, Statutory Instruments 1987/1891, Statutory Instruments 1987/2249 og senest ved Statutory Instruments 1994/2519. Se *Hanbury og Martin, Modern Equity*, 14 udg. af *Jill E. Martin*, 1993, s. 480.

55. Se om successionsrækkefølgens tidsmæssige udstrækning i dansk ret, *Rasmus Kristian Feldthusen, Succession*, 2001, s. 78 ff.

## 7. Rule against perpetuities

interests,<sup>56</sup> som er gjort betinget af et eller flere forhold, der først vil blive aktuelle engang i fremtiden. Som eksempel herpå kan nævnes den situation, at stifteren har bestemt, at hans endnu ufødte barnebarn skal erhverve en ret i den af stifteren oprettede trust. Der er her tale om en *contingent future interest* (suspensivt betinget fremtidig ret)<sup>57</sup> hvis indtræden afhænger af en fremtidig begivenhed hvis indtræden er usikker. Rule of perpetuities omfatter alene *contingent future interests* i modsætning til *vested future interests* (ikke betingede fremtidige rettigheder). Rule against perpetuities benytter sig af en noget særpræget måde at fastlægge den legale tidsmæssige udstrækning på. Perpetuity perioden gøres op som:<sup>58</sup> A) den eller de persons levealder, som er nævnt i stiftelsesdokumentet og som er i live på tidspunktet for stiftelsen, og hvis levealder er bestemt til at fastlægge perpetuity perioden, plus B) 21 år. Personer, hvis levealder benyttes til at fastlægge perpetuity perioden betegnes *lives in being*. I medfør af Rule against perpetuities er det et krav, at det senest inden 21 år efter at *a life in being* er afgået ved døden med sikkerhed kan afgøres, om contingent future interest vil være fri for betingelser (certain to vest).<sup>59</sup> Det er vigtigt at understrege, at det ikke er et krav, at selve betingelsen opfyldes. Afgørende er blot, at *hvis* betingelsen indtræder, *skal* dette ske indenfor perpetuity perioden. Reglen kan for at fremme forståelsen også vendes om, således at den forbyder contingent future interests hvorom det først *efter* perpetuity perioden kan afgøres, om betingelsen er opfyldt:

»What the Rule [against perpetuities]<sup>60</sup> demands, in essence, is that the contingency should be something which *could not possibly occur* at a date later than the end of the life-plus-21-years period.«<sup>61</sup>

56. Se om future interests Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, s. 60ff. og 175ff.

57. Se om contingent future interests Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, s. 175ff.

58. Se tilsvarende Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, s. 77.

59. Starttidspunktet for beregningen af tidsperioden er forskellig alt efter om stiftelsesdokumentet er et deed eller et testamente. Ved et deed, der eksekveres i stifterens levende live, er starttidspunktet tidspunktet for eksekveringen. Ved et testamente, der først eksekveres ved stifterens død, udskydes starttidspunktet til stifterens død.

60. Min tilføjelse.

61. Paul Todd, Textbook on Trusts, 3. udg., 1996, s. 144.

## VI Grundlæggende om trusts

Det kræves således, at stifteren udpeger et eller flere *lives in being* i stiftelsesdokumentet, hvis stifteren ønsker at benytte sig af suspensivt betingede rettigheder.

Det kan dog allerede fra starten i relation til det eller de relevante *lives in being* fremgå, at *perpetuity* perioden ikke overskrides, f.eks.: stifteren har gjort en ret suspensivt betinget af, at hans barn en dag indgår ægteskab. Her er stifterens barn det relevante *life in being*, og det kan med det samme afgøres, at *perpetuity* perioden ikke overskrides. Dette skyldes det selvfølgelig, at såfremt stifterens barn gifter sig må det nødvendigvis ske i barnets levetid. Der er i dette eksempel ikke brug for de ekstra 21 år, som tildeles efter at *life in being* er afgang ved døden. I eksemplet er det ikke sikkert, om stifterens barn nogensinde gifter sig, og det er heller ikke relevant i relation til *Rule against perpetuities*.

Som oftest vælger stifteren en såkaldt »royal lives« klausul.<sup>62</sup>

**7.2. Perpetuities and Accumulations Act 1964 'wait and see' rule**  
*Perpetuities and Accumulations Act 1964* fastsætter en legal *perpetuity* periode på 80 år. Man 'venter og ser' om det indenfor de anførte 80 år kan afgøres, om betingelsen vil blive opfyldt. I praksis anvendes den legale *perpetuity* periode oftest, idet det således med sikkerhed kan afgøres, på hvilket tidspunkt trusten ophører med at eksistere.

---

62. Jf. *Paul Todd, Textbook on Trusts*, 3. udg., 1996, s. 144.

# VII Trustens retlige struktur

## 1. Indledning

Særkendet for trusts er det forhold, at to personer hver kan have en ejendomsret, der på en og samme tid hviler på ét og samme formuegode. Den ene person (trustee) har en ejendomsret *in (common) law* og den anden person har en ejendomsret *in equity* (beneficiary).<sup>1</sup> Dette udtrykkes i engelsk ret enten som at trustee er *legal owner* og beneficiary er *equitable owner*, eller som at trustee er *nominal owner* og beneficiary er *real or beneficial owner*.<sup>2</sup> Disse udtalelser er alene egnede til at give et generelt indtryk af trustkonceptet, og falder kort ved mere specielle trust konstruktioner.<sup>3</sup>

Engelsk ejendomsret, der fra en kontinentalsk synsvinkel har en besynderlig opdeling af ejendomsretten, hvilket ofte giver anledning til, at der tales om et dobbelt ejerskabskoncept, ses med ganske andre øjne i moderne engelsk ret, der i stedet anser common law og equity for at være ét samlet integreret system, som udtalt af *Lord Browne-Wilkinson* i sagen *Tinsley v. Milligan*:

»In 1993, English law has one single law of property made up of legal and equitable interests.«<sup>4</sup>

R. Pearce og J. Stevens:

»It is only legal and equitable rights together that form a coherent law of property.«<sup>5</sup>

- 
1. Hviler begge rettigheder på en og samme person og er der ikke andre berettigede – det være sig i common law eller equity – anses vedkommende for at være absolut ejer af det pågældende formuegode. Der ses her bort fra, at al fast ejendom i England teoretisk set ejes af den engelske monark.
  2. *Philip Pettit*, *Equity and the Laws of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 23.
  3. Såsom når der foreligger en *sub-trust*, eller en trust er opstået ud fra *estoppel*, se om sidstnævnte kapitel XI, 5.
  4. *Tinsley v. Milligan*, *All England Reports*, 3, 1993, 86.
  5. R. Pearce og J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1993, s. 75.

## VII Trustens retlige struktur

Om det indbyrdes forhold mellem legal rights og equitable rights anfører *Kevin Gray*:

»It is important to remember that the legal title to land, while of course it binds the whole world, is otherwise relatively unimportant. It comprises merely a 'paper title', indicating those persons who are entrusted with nominal ownership and the appropriate powers of management and disposition. In other words, the legal title is concerned with internal administration and formal transfer ... .. Equitable ownership, by contrast, is concerned with actual beneficial enjoyment – enjoyment either of the residential utility conferred by occupation of the land or of the rents and profits derived from letting the land, and ultimately of course enjoyment of the proceeds resulting from any sale of land.«<sup>6</sup>

Forskellen mellem trustee som legal owner og den begunstigede som equitable owner viser sig i en lang række forskellige relationer. I det indbyrdes forhold har trustee en række fiduciariske pligter (fiduciary duties) overfor den begunstigede.<sup>7</sup> I det eksterne forhold er beneficiary beskyttet mod trustees kreditorer og den begunstigede kan vindicere sin ret overfor ondtdroende aftaleerhververe.<sup>8</sup>

## 2. Trustens grundstruktur

Ejendomsretten til et formuegode består i engelsk ret af et legal estate og et equitable estate.<sup>9</sup> Denne opdeling påkalder sig ikke altid interesse, idet begge estates kan være ejet af én og samme person. Dette vil for eksempel være tilfældet hvor en person A ejer en fast ejendom som han også bebor. Koncentrerer vi os for nærværende udelukkende om legal estate, kan A's ejendomsret til den faste ejendom grafisk illustreres således:

---

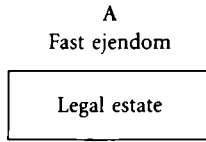
6. *Kevin Gray*, *Elements of Land Law*, 2 udg., 1993, s. 510f.

7. Se om trustees fiduciariske pligter neden for kapitel IX.

8. Se om den begunstigedes retsstilling overfor trustees kreditorer og aftaleerhverve neden for kapitel X, 3. og 4.

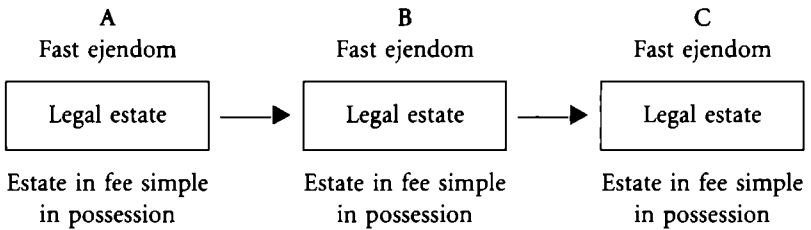
9. Det er i det følgende vigtigt at erindre det ovenfor anførte om, at rettighederne i equity som udgangspunkt følger de samme regler som gælder for rettigheder i common law, nemlig doctrine of estates.

## 2. Trustens grundstruktur



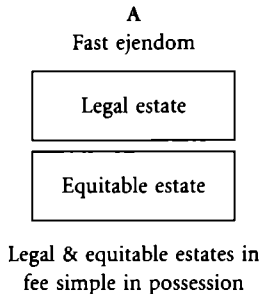
A har i eksemplet et legal estate in fee simple absolute in possession (i det følgende blot benævnt legal fee simple in possession), hvilket er den præcise engelske betegnelse for den største ejendomsret, der kan tilkomme en person. A vil kunne overdrage sin ejendomsret til B, der herefter vil kunne videreoverdrage sin ejendomsret til C osv. hvilke overdragelser grafisk kan illustreres således:

A, der har legal estate in fee simple absolute in possession til en fast ejendom, overfører dette estate til sin bror B. B overfører herefter sit legal estate in fee simple absolute in possession til C.



Eksemplet er ganske ukompliceret, idet det blot illustrerer en ganske almindelig overdragelse og videreoverdragelse af en fast ejendom. Der er tale om tidsforskudte dispositioner over legal estate til en fast ejendom. A, B og C har hver især – i den tid de var i besiddelse af legal estate in fee simple absolute in possession – været fuldstændige ejere af den faste ejendom.

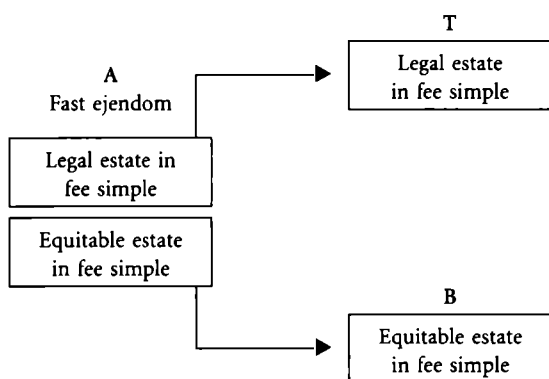
Udbygges eksemplet til nu også at omfatte equitable estates, kan A's ejendomsret til den faste ejendom illustreres således:



## VII Trustens retlige struktur

A har i eksemplet estate in fee simple absolute in possession i såvel common law som equity i den faste ejendom. A kan samlet overdrage disse estates til en anden person, f.eks. B. Modtager B såvel legal som equitable estates i den faste ejendom vil han være fuldstændig ejer af den faste ejendom.

En trust foreligger, hvor legal estate og equitable estate så at sige ikke følges ad. Har A for eksempel overdraget equitable estate i den faste ejendom til T og legal estate til B, foreligger der en trust, hvilket kan illustreres grafisk således:

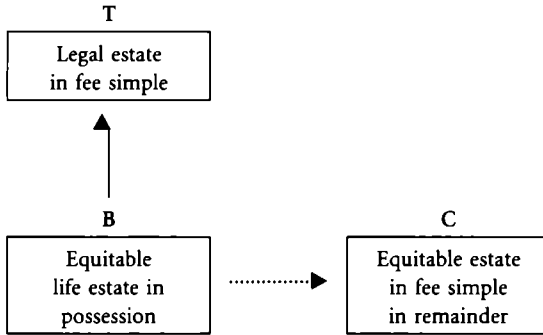


I eksemplet har T (trustee) legal estate in fee simple in possession og B (begunstiget) equitable estate in fee simple in possession. A, der i trust terminologi kaldes settlor (stifter), glider ud af billedet, og der er herefter kun parterne T og B. T holder den faste ejendom i trust for B. Den faste ejendom udgør i eksemplet trust-formuen.

Som anført ovenfor har der siden 1925 i engelsk ret kun eksisteret to legal estates; estate in fee simple og term of years. I modsætning hertil eksisterer det fulde arsenal af forskellige estates stadig i equity.<sup>10</sup> Ønsker A således, at B kun skal have en livsvarig ret (life estate) alt imens C skal have ejendomsretten (estate in fee simple) må A oprette en trust, med to begunstigede B og C. B vil have et equitable life estate og C et equitable estate in fee simple, hvilket grafisk kan illustreres således:

10. I medfør af maksimen equity follows the law benytter equity sig af de samme estates, som findes og fandtes i common law. Der kan derfor i equity også eksistere equitable estate in fee simple og equitable term of years. At equity anvender samme system som common law fremmer overskueligheden.

## 2. Trustens grundstruktur



I eksemplet har B en livsvarig ret til værdierne i trusten, og ved hans død transformeres C's ret fra at være et equitable estate in fee simple *in remainder* til at være et equitable estate in fee simple *in possession*.

En trust behøver ikke at involvere tre forskellige fysiske og/eller juridiske personer. Det er tilstrækkeligt med kun to fysiske og/eller juridiske personer. En stifter kan sagtens erklære sig selv for at være trustee og ved en overdragelse af equitable estate indsætte en begunstiget. Omvendt kan stifteren også gøre sig selv til begunstiget ved at overdrage legal estate til en trustee. Stifteren kan dog ikke være både eneste trustee og eneste begunstigede på én og samme gang. For at stifteren (eller en hvilken som helst anden person) gyldigt på en og samme tid kan være både trustee og begunstiget, skal der som minimum være enten én yderligere trustee eller begunstiget.<sup>11</sup>

Den i eksemplet ovenfor skitserede trust hører til blandt de mest simple af alle trusts. En trust kan hurtigt gå fra at have en ganske ukompliceret struktur til at bestå af et fint vævet net af indbyrdes forskellige rettigheder af en særdeles kompleks natur.<sup>12</sup>

11. Jf. *Philip Pettit*, *Equity and the Laws of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 41: »It should be added that a beneficiary may be a trustee, even a sole-trustee, though a sole trustee cannot hold on trust for himself as sole beneficiary. No trust can exist where the entire estate, both legal and equitable, is vested in one person.«

12. Dette skyldes blandt andet den omstændighed, at det er muligt at oprette såkaldte 'sub-trusts', hvor trust property er equitable estates.

### 3. Flere trustees joint tenants

#### 3.1. Indledning

Er der mere end en trustee i en trust, har trustees legal ownership til trust midlerne som *joint tenants* (de ejer trust midlerne i *joint tenancy*). Joint tenancy er en blandt flere forskellige sameje former (co-ownership) i engelsk ret. Der har i engelsk ret eksisteret helt op til fire forskellige former for sameje; *joint tenancy*, *tenancy in common*, *tenancy by entirities* og *coparcenary*. De sidste to former for co-ownership er nu uden praktisk betydning og vil ikke blive gjort til genstand for behandling her. Hvor såvel joint tenancy som tenancy in common kan optræde i equity er det kun muligt at træffe bestemmelse om joint tenancy i common law.<sup>13</sup>

I det følgende vil joint tenancy kort blive beskrevet, herunder betydningen af at to eller flere trustees ejer trust-midlerne som joint tenants.

#### 3.2. Joint tenancy

Joint tenancy er baseret på, at hver joint tenant er berettiget til alt, hvad der er genstand for det pågældende joint tenancy. Den enkelt joint tenant har en uadskillelig andel i den pågældende genstand, der er i co-ownership. Den enkelte joint tenant har således alt og alligevel ingenting, eftersom det kun er joint tenants i forening, der kan siges at eje noget.<sup>14</sup> Heroverfor står *tenancy in common*,<sup>15</sup> hvor de enkelte tenants in common decideret har andele i den genstand, der er i co-ownership. Der er imidlertid flere træk, der adskiller joint tenancy fra tenancy in common. Disse træk kan opdeles i to kategorier; *Ius accrescendi* (right of survivorship) og de fire enheder (the four unities).

##### 3.2.1. *Ius accrescendi*

Dette princip indebærer, at når en joint tenant afgår ved døden, falder hans ret i den genstand, der er i co-ownership, ikke i arv efter ham. De resterende joint tenants ret udvides blot i tilsvarende omfang. Dette kan illustreres ved følgende eksempel:

13. Dette er en konsekvens af vedtagelsen af Law of Property Act 1925.

14. Kevin Gray, Elements of Land Law, 1987.

15. Tenancy in common er beskrevet oven for kapitel II, 3.1.

### 3. Flere trustees joint tenants

A, B og C er alle joint tenants i den faste ejendom. Afgår C nu ved døden, vil hans ret som joint tenant ikke gå ind i hans dødsbo for at tilfalde hans arvinger. I stedet vil antallet af joint tenants, der ejer den faste ejendom, blot være reduceret til to, nemlig A og B. Afgår nu B ved døden, ser billedet anderledes ud. A vil fra dette tidspunkt ophøre med at være joint tenant, idet dette i sagens natur forudsætter, at der er mindst to personer, der ejer den faste ejendom. A's ret over den faste ejendom, der forinden B's død var i joint tenancy, vil i samme øjeblik B dør, være en fuldstændig ejendomsret og eftersom A fra dette tidspunkt ikke længere er joint tenant vil den faste ejendom herefter være ejet af A som estate in fee simple.<sup>16</sup>

Joint tenancy anvendes hyppigt mellem ægtefæller som en hurtig og omkostningsbillig måde hvorpå den efterlevende ægtefælle kan overtage f.eks. den fælles faste ejendom på.<sup>17</sup>

Joint tenancy anvendes endvidere, hvis der er to eller flere trustees. Afgår en trustee ved døden anses den eller de overlevende trustees for at have erhvervet den afdøde trustees andel, jf. The Trustee Act 1925 s. 18.<sup>18</sup>

Joint tenancy anvendes endvidere også som et værn for de efterlevende joint tenants mod den eller de af den afdøde joint tenants kreditorer, der ikke har sikkerhed for deres gæld.<sup>19</sup> Genbruger vi eksemplet ovenfor og forestiller vi os, at C har stiftet en betydelig usikret gæld, hvilket der ikke er dækning for i hans dødsbo, vil C's usikrede kreditorer ikke kunne søge sig fyldestgjort i C's tidligere ret som joint tenant. A og B's ret til den faste ejendom udvides i samme øjeblik, C afgår ved døden og er undtaget eventuelle usikrede krav som C's kreditorer måtte have mod C.<sup>20</sup> Ændrer vi i stedet eksemplet til, at det er A, der er forgældet og således har en række usikrede kreditorer, er A's ret som joint tenant i den faste ejendom kun beskyttet mod

---

16. Forudsat at A, B og C fik overdraget den faste ejendom som *estate in fee simple*.

17. Hertil kommer, at der også kan være en skattebesparelse i at lade f.eks. den faste ejendom tilfalde den efterlevende ægtefælle på denne vis i stedet for ved en testamentarisk disposition, jf. The Trustee Act 1925 s. 18.

18. Er der kun én trustee tilbage og afgår han ved døden bliver den afdøde trustees *personal representatives* trustees.

19. Kevin Gray, *Elements of Land Law*, 1987, s. 300.

20. Om den situation hvor Cs kreditorer havde en sikret ret i ejendommen for C's gæld, se oven for om *severance* kapitel II, 3.1.

## VII Trustens retlige struktur

kreditorforfølgning så længe A er joint tenant i den faste ejendom. Afgår både C og B ved døden står A som ejer af et *estate in fee simple*<sup>21</sup> i den faste ejendom og vil fra dette øjeblik ikke nyde nogen beskyttelse, og de usikrede kreditorer kan således søge sig fyldestgjort i den faste ejendom.

---

21. Forudsat at A, B og C fik overdraget den faste ejendom som *estate in fee simple*.

# VIII Forskellige grundtyper af trusts

## 1. Indledning og oversigt

Trusts kommer i et utal af forskellige variationer alt afhængig af hvilket formål, settlor ønskede at tilgodese med den pågældende trust. At forsøge give en udtømmende liste over alle trust former vil således være frugtesløst. I stedet vil de mest grundlæggende former for trusts blive behandlet kort.

En rubricering af grundformerne for trusts kan foretages på forskellige måder alt afhængig af hvor udgangspunktet tages: *oprettelse*, *pligter* og *rettigheder*.<sup>1</sup> Rubriceringen indenfor de forskellige udgangspunkter er opstillet i oversigten nedenfor:

- Oprettelse:
  - statutory trusts
  - express trusts
  - implied trusts
  - resulting trusts
  - constructive trusts
- Pligter pålagt trustee:
  - simple/bare trusts
  - special/active trusts
- Rettigheder tilkommende de begunstigede
  - fixed trusts
  - discretionary trusts

Gennemgangen af trust formerne nedenfor tager udgangspunkt i oversigten ovenfor, idet den såkaldte *charitable trust* tillige beskrives.

---

1. Se bl.a. *David J. Hayton*, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 41ff, *Philip Pettit*, *Equity and the Laws of Trusts*, 7. udg., 1993, s. 58ff. og *Parker, Mellows*, *The Modern Law of Trusts*, 6. udg., 1994, s. 26ff. *Robert A. Pearce* og *John Stevens*, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 545ff. og *Kevin Gray*, *Elements of Land Law*, 2. udg., 1993, s. 371ff.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

### 2. Statutory trusts

*Statutory trusts* er trusts, der opstår med hjemmel i blandt andet følgende love:

- Section 33 i Administration of Estates Act 1925
- Sections 19 og 34-36 i Law of Property Act 1925
- Section 75 i Land Registration Act 1925
- Sections 313 og 314 i Companies Act 1985

### 3. Express trusts

I modsætning til blandt andre statutory trusts oprettes *express trusts* ved, at settlor erklærer sin hensigt med at oprette en trust. Settlors hensigt med at oprette en trust kan være udtrykt på en hvilken som helst måde. Det er således tilstrækkeligt, hvis hensigten kan udledes af settlors handlemåde. Det eneste krav, der stilles er, at det fremgår *eksplicit*, at settlor havde til hensigt at oprette en trust.<sup>2</sup>

Herudover findes der en række formelle krav, der skal være opfyldt for, at der foreligger en gyldig *express trust*, der giver de begunstigede rettigheder. Kravene til en gyldigt stiftet trust afhænger af, om der er tale om *declaration of trust*<sup>3</sup> eller *disposition of an equitable interest*.<sup>4</sup> Herudover er det relevant, hvorvidt trusten er oprettet i settlors levende live eller i stedet *mortis causa*. Endelig har det betydning hvilken type formuegode, der skal udgøre trust-formuen.

- Betingelse for at der foreligger en *express trust*:
  - det skal fremgå eksplicit, at settlor har eller har haft til hensigt at oprette en trust,
- Herudover stilles en række yderligere krav:
  - trust oprettes *inter vivos* eller *mortis causa*,
  - foreligger en deklaration af trust eller disposition over en *equitable* rettighed,
  - hvilke aktiver skal udgøre trust property,
  - er trustee pålagt pligter (bare eller special trust).

---

2. I modsætning til hvad der gælder for *implied trusts*.

3. Section 53(1)(b) i Law of Property Act 1925.

4. Section 53(1)(c) i Law of Property Act 1925.

Behandlingen vil i det følgende alene fokusere på, hvilke formelle krav der stilles til oprettelse af express trusts i fast ejendom inter vivos og mortis causa.<sup>5</sup> Dette valg er truffet i erkendelse af, at det ville være uoverskueligt at behandle alle de forskellige formelle regler, der finder anvendelse for de forskellige typer af formuegode, hver for sig.

Formkravene til *deklaration af en express trust*, hvor trust property består af fast ejendom, findes i Law of Property Act 1925 section 53(1)(b). Bestemmelsen kan således 'byttes ud' med den relevante bestemmelses formkrav til andre typer af formuegoder. I modsætning til formkravene for oprettelse af express trust, hvor settlor overfører legal ownership til et formuegode, er formkravene til *dispositioner over equitable rights* generelle og gælder således i alle tilfælde, jf. Law of Property Act section 53(1)(c). Det er afgørende at sondre mellem *declaration of trust* og *disposition of an equitable right*. Betydningen heraf vil blive illustreret neden for 3.1. og 3.2.

Formkravene til express trusts følger af nedenfor citerede bestemmelser:

**Section 52(1) og 53 i Law of Property Act 1925:**

**»52. Conveyances to be by deed**

- (1) All conveyances of land or of any interest therein are void for the purpose of conveying or creating a legal estate unless made by deed
- (2) ...

**53. Instruments required to be in writing**

- (1) Subject to the provisions hereinafter contained with respect to the creation of interests in land by parole –
  - (a) no interest in land can be created or disposed of except by writing signed by the person creating or conveying the same, or by his agent thereunto lawfully authorised in writing, or by will, or by operation of law;
  - (b) a declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will;
  - (c) a disposition of an equitable interest or trust subsisting at the time

---

5. Kravene til overførsel af andre aktivtyper behandles således ikke her. Der henvises i stedet til den for det konkrete tilfælde relevante engelske litteratur. Dog skal det her bemærkes, at der ikke stilles nogen formelle krav til overførsel af legal estate i løsøre og penge, bortset fra section 53(1)c), der gælder for equitable interests i *alle* aktivtyper, se nærmere neden for.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

of the disposition, must be in writing signed by the person disposing of the same, or by his agent thereunto lawfully authorised in writing or by will.

- (2) This section does not affect the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts.«<sup>6</sup>

### Section 2 i Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989:

#### »2. Contracts for sale of land to be made by signed writing

- (1) A contract for the sale or other disposition of an interest in land can only be made in writing and only by incorporating all the terms which the parties have expressly agreed in one document or, where contracts are exchanged, in each.
- (2) The terms may be incorporated in a document either by being set out in it or by reference to some other document.
- (3) The document incorporating the terms, or where contracts are exchanged, one of the documents incorporating them (but not necessarily the same one) must be signed by or on behalf of each party to the contract.
- (4) Where a contract for the sale or other disposition of an interest in land satisfies the conditions of this section by reason only of the rectification of one or more documents in pursuance of an order of a court, the contract shall come into being, or be deemed to have come into being, at such time as may be specified in the order.
- (5) ...«<sup>7</sup>

### Section 9 i Wills Act 1837:

No will shall be valid unless –

- (a) it is in writing, and signed by the testator, or by some other person in his presence and by his direction; and
- (b) it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will; and
- (c) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time; and
- (d) each witness either –
- (i) attests and signs the will; or
- (ii) acknowledges his signature, in the presence of the testator (but not necessarily in the presence of any other witness),

but no other form of attestation shall be necessary.

---

6. Halsbury's Statutes, 4.udg., 1987, vol. 37. s. 152f.

7. Halsbury's Statutes, 4. udg., Current Statutes Service, vol. 37., issue 76, 1997, s. 8.

Express trusts kan oprettes på en række forskellige måder, hvilket kan give anledning til en række vanskelige problemstillinger, hvis løsning langt fra er givet på forhånd.

### 3.1. Declaration of trust

Declaration of trust beskrives i Law of Property 1925 section 53(1)(b) som det tilfælde, hvor settlor træffer bestemmelse om, at nogle aktiver fremover skal holdes i trust for en eller flere begunstigede.

I henhold til Law of Property Act 1925 section 53(1)(b) skal en declaration of trust være:

»... manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will.«

Der stilles krav om skriftlighed, men det er tilstrækkeligt, at der fremskaffes skriftligt bevis for, at der er foretaget en deklaration af trust.<sup>8</sup> Det antages af *Philip H. Petit*, at den overvejende del af den engelske teori anser, at manglende overholdelse af bestemmelsen ikke gør deklarationen ugyldig, men kun at deklarationen ikke kan håndhæves.<sup>9</sup> Law of Property 1925 section 53(1)(b) gælder for »any land or any interest therein«, hvilket indbefatter såvel legal som equitable rettigheder i fast ejendom.

Deklaration af trusts kan finde sted i tre forskellige henseender:

- (i) Settlor overfører *både* legal og equitable estate til trustee,
- (ii) Settlor overfører *alene* legal estate til trustee,
- (iii) Settlor overfører *alene* equitable estate til den begunstigede.

---

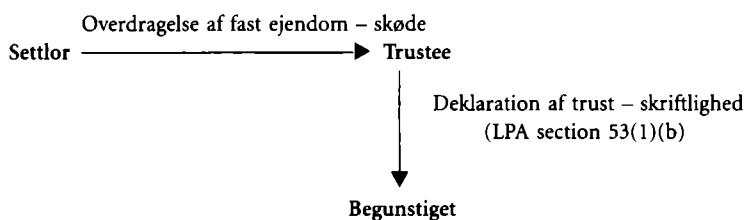
8. LPA section 53(1)(b) har sine rødder i Statute of Frauds 1677. I sagen *Rouchefoucauld v Rouchefoucauld* blev det anført: »It is further established by a series of cases, the propriety of which cannot now be questioned, that the Statute of Frauds does not prevent the proof of a fraud; and that it is a fraud on the part of a person to whom land is conveyed as a trustee, and who knows it was so conveyed, to deny the trust and claim the land himself. Consequently, notwithstanding the statute, it is competent for a person claiming land conveyed to another to prove by parol evidence that it was so conveyed upon trust for the claimant, and that the grantee, knowing the facts, is denying the trust and relying upon the form of conveyance and the statute, in order to keep the land for himself.«, Chancery 1, 1897, s. 196ff., s. 206.

9. *Philip Petit*, *Equity and the Law of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 82.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

### i. Både legal og equitable estate overføres

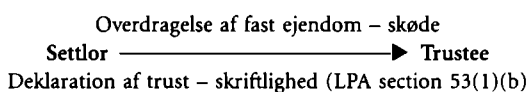
Overfører en settlor såvel legal som equitable estate i sin faste ejendom har settlor overdraget sin fulde ejendomsret, og han har efter overdragelsen ikke længere nogen rettigheder i den faste ejendom. Det er denne trust-figur, der formentlig er den bedst kendte i ikke-common law lande.



Af illustrationen følger, at settlor for det første skal udforme skøde (deed) i relation til overdragelsen af legal estate i den faste ejendom. Trustee modtager imidlertid ikke den faste ejendom i gave, men skal holde denne i trust som foreskrevet af settlor. Settlor har med andre ord deklareret en trust og til en sådan deklARATION stilles der krav om skriftlighed i medfør af LPA section (53)(1)(b), som nærmere beskrevet ovenfor.

### ii. Alene legal estate overføres

Ved kun at overføre legal estate forbeholder settlor sig equitable estate og bliver dermed beneficiary i den således oprettede trust.

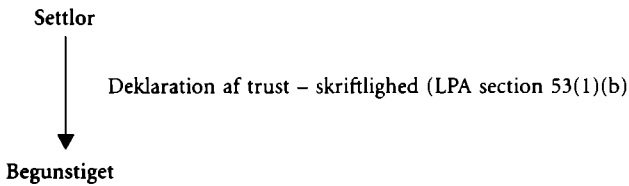


Udover at overdragelsen skal ske i et skøde, skal settlor tillige overholde kravet om skriftlighed i LPA section 52(1)(b).<sup>10</sup>

### iii. Alene equitable estate overføres

Ved i stedet kun at overføre equitable estate, bliver settlor efter overdragelsen trustee for modtageren af equitable estate, der nu er beneficiary.

10. *Graham Moffat*, *Trusts Law Text Materials*, 2. udg., 1994, s. 94f.



Af illustrationen fremgår, at der ikke skal oprettes skøde, eftersom der ikke overdrages et legal estate. Legal estate forbliver hos settlor, der nu er trustee. Derimod skal formkravene i Law of Property Act 1925 section 53(1)(b) overholdes, eftersom settlor deklarerer en trust til fordel for den begunstigede.

Uagtet, at der finder en overdragelse sted af equitable estate, nemlig fra settlor til beneficiary, foreligger der *ikke* en *disposition of an equitable interest*. Af ordlyden til Law of Property Act 1925 section 53(1)(c) følger at dette gælder, hvor der er tale om dispositioner over equitable rettigheder eller trust »subsisting at the time of the disposition«. Ordlyden er fortolket af *Jill E. Martin* således, at der ikke i denne situation foreligger en disposition over en equitable rettighed eller trust i lovens forstand, eftersom den equitable rettighed eller trust ikke er »subsisting«, hvorved menes, at den pågældende equitable rettighed eller trust i forvejen er adskilt fra legal estate:

»Of course, it might be said that the equitable interest is disposed of whenever an absolute owner declares himself trustee of the property. Such a view would, however, make section 53(1)(b) meaningless. The word 'subsisting' in section 53(c) indicates that the subsection only applies where the equitable interest has already been separated from the legal estate.«<sup>11</sup>

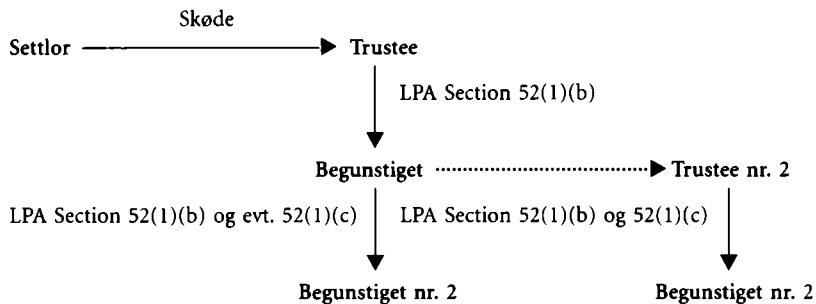
#### 3.2. Disposition of an equitable right

Kendetegnet ved tilfældene (i-iii) rubriceret under declaration of trust oven for er, at adskillelsen mellem legal og equitable estate har fundet sted ved selve *oprettelsen* af trusten. Disposition of an equitable estate foreligger derimod først, når der disponeres over et equitable estate, der i *forvejen* er blevet adskilt fra legal estate. Disposition of an equitable estate kan foretages i en række forskellige henseender, der vil blive belyst i det følgende.

I figuren neden for illustreres to måder, hvorpå der kan disponeres over equitable estate (betegnet tilfælde A og tilfælde B):

11. *Hanbury og Martin, Modern Equity, 15.ed., af Jill Martin, 1997, s. 79.*

## VIII Forskellige grundtyper af trusts



Tilfælde A er den situation, hvor den begunstigede overdrager sit equitable estate til begunstiget nr. 2. Herved bliver den begunstigede trustee<sup>12</sup> over den overdragne ret i forhold til begunstiget nr. 2. Overdragelsen fra den begunstigede til begunstiget nr. 2 er en declaration of trust, og formkravene i LPA section 53(1)(b) skal overholdes. Hvorvidt der tillige foreligger en disposition of an equitable estate afhænger af, hvorvidt declaration of trust er en såkaldt *bare trust* eller *special trust*.

Bare trust er betegnelsen for en trust, hvor trustee ikke er pålagt nogen forpligtelser i relation til den begunstigede bortset fra, at holde trust property i trust for den begunstigede. I en special trust derimod er trustee pålagt en række forpligtelser udover at holde trust property i trust for den begunstigede.<sup>13</sup>

Har den begunstigede alene oprettet en bare trust har der fundet en disposition of an equitable estate sted, og formkravene i LPA section 53(1)(c) skal derfor tillige overholdes. Begrundelsen for dette er, at den begunstigede så at sige forsvinder ud af billedet, idet begunstiget nr. 2 er absolut berettiget til det overførte equitable estate, og derfor anses for at være den ultimative beneficiary.<sup>14</sup>

Har den begunstigede i stedet oprettet en special trust, forbliver den begunstigede i billedet. Den begunstigede får her en dobbeltrolle. På den ene side er den begunstigede stadig begunstiget i henhold til

12. Den begunstigede er strengt taget også settlor, idet han opretter en trust over equitable estate.

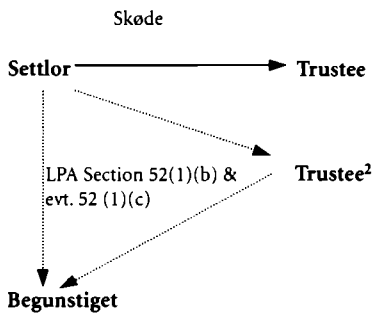
13. Bare trust behandles mere udførligt neden for 7.

14. Jf. *Philip Pettit, Equity and the Law of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 83: »... s 53(1)(c) applies where the trust declared is a bare or a simple trust under which the trustee has no active duties to perform, when the settlor disappears from the picture and the equitable interest is in effect transferred to the ultimate beneficiary.«

den oprindelige trust og han har et equitable estate i denne trust. På den anden side er han trustee i forhold til begunstiget nr. 2, og trustformuen udgør her et mindre equitable estate, der er skåret ud af den begunstigedes originale equitable estate. At den begunstigede stadig er indehaver af det oprindelige equitable estate medfører, at der ikke har fundet en disposition of an equitable estate sted, hvorfor formkravene i LPA section 53(1)(c) ikke er aktuelle her.<sup>15</sup> Den problemstilling, at der nu er to begunstigede med indbyrdes forskellige trustees, løser engelsk ret ved at oprette en *sub-trust*. Hovedtrusten består herefter af parterne settlor, trustee og den begunstigede. Sub-trusten består af den begunstigede og begunstiget nr. 2.

Tilfælde B er den situation, hvor den begunstigede overdrager sit equitable estate til trustee nr. 2, der fremover holder equitable estate i trust for begunstiget nr. 2. Tilfælde B adskiller sig fra tilfælde A ved, at der – udover declaration of trust – altid anses for at være foretaget en disposition of an equitable estate. Formkravene i LPA section 53(1)(b) og (c) skal derfor alle overholdes.

Udover tilfælde A og B kan vi også opstille tilfælde C og D hvor settlor *først* overdrager legal estate til trustee og *herefter* overdrager equitable estate enten til en begunstiget eller til trustee<sup>2</sup> i trust for en begunstiget:



15. Jf. *Philip Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 83: »... where the settlor has some active duties to perform, it is submitted that he does not disappear from the picture, but remains the owner of the original equitable interest, while under the sub-trust thus created a new subsidiary equitable interest becomes vested in the ultimate beneficiary. In this case there would seem to be no disposition of the original equitable interest and accordingly s 53(1)(c) would appear not to apply.«

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

Tilfælde C og D skal afgøres efter de samme principper som ved tilfælde A og B. Tilfælde C er den situation, hvor settlor overdrager equitable estate til den begunstigede. Hvorvidt der her har fundet en disposition of equitable estate sted afhænger af, om settlor har oprettet en bare trust<sup>16</sup> eller special trust.<sup>17</sup> Tilfælde D er den situation, hvor settlor overdrager equitable estate til trustee<sup>2</sup> for at holde i trust for den begunstigede. Her anses der altid for at have fundet en disposition of an equitable estate sted.<sup>18</sup>

Strengt taget kan der yderligere opstilles tilfældene E og F, hvor settlor alene overdrager equitable estate til den begunstigede, der *herafter* enten overdrager dette til begunstiget nr. 2 eller til trustee i trust for begunstiget nr. 2. Tilfældene E og F vil skulle afgøres efter de samme principper som i tilfældene A og B. Disposition of an equitable estate kan endvidere ske i en række andre tilfælde:

### i. Anmodning til trustee om at holde i trust for en anden

Hvis den begunstigede i tilfælde A og B samt E og F og settlor i tilfælde C og D i stedet for selv at overføre equitable estate til en ny begunstiget eller en ny trustee for at holde i trust for en ny begunstiget, giver sin trustee besked på, at han fremover skal holde i trust for en ny begunstiget, er der også tale om en disposition over et equitable estate og formkravet i Law of Property Act 1925 section 53(1)(c) skal således overholdes.

### ii. Opgivelse af equitable rettighed

En begunstigets opgivelse af et equitable estate er måske en disposition of a equitable estate i Law of Property Act 1925 section 53(1)(c)'s forstand.<sup>19</sup>

---

16. I hvilket tilfælde, der har fundet en disposition of an equitable estate sted (lig med tilfælde A ovenfor).

17. I hvilket tilfælde, der *ikke* har fundet en disposition of an equitable estate sted. Der foreligger her en sub-trust (lig med tilfælde A ovenfor).

18. Lig med tilfælde B ovenfor.

19. »It has been suggested, admittedly with some hesitation, that writing is unnecessary to enable the beneficial owner to surrender up his beneficial interest to the legal owner, on the ground that this involves the extinguishment of a subsisting equitable interest and that extinction is not disposition. The argument is not very convincing, but if it were accepted would provide an easy method of avoiding stamp duty.«, *Philip Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 87.

### iii. Frasigelse af equitable rettighed

Frasigelse af equitable rettighed vedrører den situation, at den begunstige aldrig bliver begunstiget under en trust. Hvorvidt dette er en disposition of an equitable interest i Law of Property Act 1925 section 53(1)(c)'s forstand blev afvist i sagen *Re Paradise Motor Company Ltd.*<sup>20</sup> under henvisning til, at:

»... a disclaimer operates by way of avoidance and not by way of disposition.«<sup>21</sup>

### iv. Trustees overførsel af legal estate i bare trust

Dette har den situation for øje, at den begunstige i en bare trust anmoder trustee om at overføre legal title til en person udpeget af den begunstige således, at equitable estate følger med til den udpegede person. I sagen *Vandervell v IRC*<sup>22</sup> er det antaget, at der ikke er tale om en disposition of an equitable estate.<sup>23</sup>

## 4. Constructive trusts

Constructive trusts hører – sammen med resulting trusts – til gruppen af trusts, der opstår by operation of law. Constructive trusts er behandlet udførligt neden for kapitel XI, 5., hvortil der henvises.

## 5. Secret trusts

Overskriften er noget misvisende, idet secret trusts ikke anses for at være en selvstændig kategori af trusts. Valget af overskriften er truffet ud fra, at engelsk teori er splittet i spørgsmålet om hvilken kategori af trusts secret trusts skal henregnes til. Striden går på om secret trusts hører til express trusts eller constructive trusts. I overensstem-

20. *Re Paradise Motor Company*, (1968) 2 All Er 171.

21. Denne afgørelse kritiseres af *Pettit H. Pettit* under henvisning til, at definitionen af 'disposition' i Law of Property Act 1925 section 205(1)(ii) inkluderer 'conveyance' der i sin tur inkluderer 'disclaimer', *Equity and the Laws of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 86.

22. *Vandervell v IRC*, (1967) 2 AC 291.

23. *Philip H. Pettit* er skeptisk over for domstolens præmisser, *Equity and the Laws of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 86.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

melse med en del af den engelske teori er det valgt her, at behandle secret trusts for sig.

Ved secret trusts er den, der i sidste ende skal være begunstiget, hemmelig. Formålet med at oprette secret trusts kan f.eks. være, at begunstige elskerinder eller børn uden for ægteskabet. Dette kan illustrere med et eksempel:

Testator (T) ønsker at begunstige sin elskerinde (E) med 100.000 kr. men ønsker ikke, at efterlade dette som et legat eftersom familie og offentligheden via testamentet vil blive bekendt med (E)'s eksistens og identitet. I stedet retter T henvendelse til sin ven (V) og fortæller ham om hans hensigt og ønske om, at V som secret trustee begunstiger E med nævnte 100.000 kr., hvilket V accepterer. T opretter herefter testamente og testerer nævnte 100.000 kr. til V.

I eksemplet vil det for læseren af testamentet, der ikke er bekendt med T og V's aftale, fremstå som om T har givet sin gode ven V et legat på 100.000 kr. Det er vigtigt at være opmærksom på, at der på tidspunktet for aftalen mellem V og T *ikke* er opstået nogen trust, eftersom betingelsen om, at der skal foreligge *trust property*, ikke er opfyldt.<sup>24</sup>

I eksemplet ovenfor er der anvendt en såkaldt *fully secret trust*. Herudover findes en mellemting mellem express trust og fully secret trust i form af *half secret trust*:

»A testamentary trust is fully secret where a testator leaves property by will to X, who takes the property beneficially on the face of the will, or where a person dies intestate, but where the deceased intended X to hold the property on trusts, communicated this intention in his lifetime to X, who agreed so to hold the property.

A testamentary trust is half-secret where a testator leaves property by his will to X in such manner that X appears to take as trustee on the face of the will, though the terms of the trust are not apparent from the will itself or any document incorporated as part of the will under the probate doctrine of incorporation by reference.«<sup>25</sup>

24. Se Robert A. Pearce og John Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 602 samt oven for kapitel VI, 5.

25. D. J. Hayton, Underhill and Hayton *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15.udg, 1995, s. 228f.

*Forskellen* mellem fully-secret trust og half-secret trust er, at mens testator ved fully-secret trusts ikke nævner noget om, at legatmodtageren er trustee, fremgår dette direkte af testamentet i half-secret trusts. *Fælles* for begge trust-typer er, at eksistensen og identiteten på den begunstigede ikke fremgår af testamentet. Der stilles tre krav til oprettelse af en fully-secret trust:

1. testator skal have haft til hensigt at oprette en trust,
2. modtageren, dvs. den person som testator ønsker skal fungere som trustee, skal underrettes om testators hensigt, og
3. modtageren, dvs. den person som testator ønsker skal fungere som trustee, skal samtykke heri.

Trustee behøver ikke at blive bekendt med alle vilkårene for den pågældende trust i testators levetid, blot testator har udmøntet disse i testators levetid på en måde, der gør trustee i stand til at gøre sig bekendt med disse, efter at testator er afgået ved døden.<sup>26</sup>

Half-secret trusts skal opfylde de samme krav, idet der dog stilles to yderligere krav:

4. ordlyden af underretningen til modtageren, dvs. den person som testator ønsker skal fungere som trustee, skal svare strengt til ordlyden af testamentet, og
5. underretningen til modtageren, dvs. den person som testator ønsker skal fungere som trustee, skal være foretaget enten før eller senest samtidig med testators udfærdigelse af testamente.<sup>27</sup>

---

26. *D. J. Hayton*, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 231.

27. *D. J. Hayton* finder ikke rationale for disse to yderligere bestemmelser overbevisende, men erkender, at disse må anses for at være gældende ret indtil »... a strong-minded Court of Appeal holds otherwise.« Baggrunden for betingelserne er, at testator ellers i en half-secret trust vil kunne ignorere betingelsen i Wills Act om skriftlighed, idet han efter oprettelse af et mundtligt testamente vil kunne disponere over sine efterladenskaber. Men dette er ifølge *David J. Hayton* lige netop dét, der er tilfældet med fully secret trusts, hvilket jo er blevet accepteret i engelsk ret. Kravet om, at underretningen skal svare til ordlyden i testamentet, anser *David J. Hayton* for nytteløst, idet det ligger i selve naturen af secret trusts, at de afviger fra testamentet, *David J. Hayton*, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15.udg., 1995, s. 229f. og s. 232.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

### 5.1. Wills Act 1837

Af det foregående fremgik det, at oprettelse af trusts mortis causa i medfør af section 9 i Wills Act 1837 som ændret ved section 17 i Administration of Justice Act 1982 stiller krav om skriftlighed. Dette krav er umiddelbart ikke opfyldt ved fully-secret trusts og formentlig heller ikke ved half-secret trusts. I henhold til tidligere opfattelse førte equity maksimen: »equity will not allow a statute to be used as an instrument of fraud« til, at kravet om skriftlighed i Wills Act 1837 ikke gjaldt for secret trusts. Baggrunden for denne opfattelse kan illustreres ved at vende blikket tilbage til eksemplet ovenfor:

Forestiller vi os, at T er afgået ved døden, således at V nu er secret trustee for E. V retter kort efter henvendelse til E for at oplyse hende om, at den af T oprettede secret trust ikke opfylder kravene i section 9 i Wills Act 1837 som ændret ved section 17 i Administration of Justice Act 1982, hvorfor der ikke eksisterer en trust, og V derfor er den ubetingende ejer af de 100.000 kr.

Equity tillader imidlertid ikke, at en person støtter en uret på en lov, se sagen *Jones v. Bradley*:<sup>28</sup>

»Another test, which is founded on the same principles, and which has sometimes been applied, is to consider the case as unaffected by the Statutes of Mortmain or Wills, and then to inquire whether a trust has been imposed by the testatrix, accepted by the devisee in such a way that a Court of equity would enforce it as binding on the conscience of the devisee.«

Med tiden gik man imidlertid væk fra denne opfattelse. Man så i stedet oprettelsen af en secret trust som en *inter vivos* disposition, der intet havde at gøre med testamentariske dispositioner eller Wills Act 1837,<sup>29</sup> jf. *Lord Warrington* i sagen *Cullen v. Attorney-General for Ireland*:<sup>30</sup>

»... where there is a secret trust, or where there is a right created by a personal confidence reposed by a testator in any individual, the breach of which confi-

28. *Jones v Bradley*, 1868, Law Reports 1867-68 vol. 3, Chancery Appeals, s. 362ff., se *Lord Caines, L. C.*, s. 364.

29. *Philip Pettit*, Equity and the Laws of Trusts, 7.udg., 1993, s. 116f., *A. J. Oakley*, Parker and Mellows, The Modern Law of Trusts, 6.udg., 1994, s. 44ff.

30. *Cullen v. Attorney-General for Ireland*, 1866 LR 1 HL, per Lord Westbury. Se også *Blackwell v. Blackwell*, Law Reports 1929, Appeal Cases, s. 318ff. og *Re Snowden (deceased) Smith v. Spowage*, The All England Law Reports, 1979 vol. 2, Chancery Division.

dence would amount to a fraud, the title of the party claiming under the secret trust, or claiming by virtue of that personal confidence, is a title *dehors* the will, and which cannot correctly be termed testamentary.«

Den omstændighed, at oprettelse af en secret trust er en *inter vivos* disposition indebærer, at man her må fravige kravet om, at der ved trustens oprettelse skal foreligge trust property.

### 5.2. Express eller constructive trust

Den engelske teori er splittet i spørgsmålet om hvorvidt secret trusts er express trusts eller constructive trusts:

*David J. Hayton*, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, er af den opfattelse, at secret trusts er express trusts.<sup>31</sup> Se hertil *P.V. Baker* og *P. St. J. Langan*, *Snell's Equity*,<sup>32</sup> *Philip H. Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*,<sup>33</sup> med forbehold *R. Pearce* og *J. Stevens*, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*,<sup>34</sup> *L. A. Sheridan*, *The Law of Trusts*, der anfører, at fully secret trusts er constructive trusts imens half secret trusts er express trusts,<sup>35</sup> *Jill E. Martin*, *Modern Equity*, der anfører, at half secret trusts formentlig er express trusts imens fully secret trusts kan håndhæves både som express trusts og constructive trusts.<sup>36</sup>

Uenigheden skyldes forskellen mellem express trusts og constructive trusts i relation til, hvorvidt der i forbindelse med oprettelse af trusten skal overholdes nogen form for formkrav. Uenigheden i den engelske teori vil ikke blive forfulgt nærmere her.

### 5.3. Gensidigt testamente

I engelsk ret sondres der mellem *joint wills* og *mutual wills*. Joint wills er:

---

31. Forfatteren behandler secret trusts under express trusts, *D. J. Hayton*, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 228ff.

32. Forfatterne behandler secret trusts under express trusts, *P. V. Baker* og *P. ST. J. Langan*, *Snell's Equity*, 29 udg., 1990, s. 108f.

33. *Philip Pettit*, *Equity and the Laws of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 119ff.

34. *Robert A. Pearce* og *John Stevens*, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 1995, s. 588ff.

35. *L. A. Sheridan*, *Keeton and Sheridan's the Law of Trusts*, 12. udg., 1993, s. 84ff.

36. *Jill Martin*, *Hanbury and Martin Modern Equity*, 15. udg., af, 1997, s. 143ff.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

»... a will attempting in one disposition to dispose of property belonging to two or more testators.«<sup>37</sup>

Joint wills vedrører den situation, hvor der mortis causa disponeres over aktiver, der tilhører to eller flere af testatorerne. Joint wills vil ikke blive behandlet yderligere i denne sammenhæng. Mutual wills foreligger:

»... where two or more persons each agree to execute a separate will conferring, with or without other provision, reciprocal benefits on each other ...«<sup>38</sup>

I engelsk ret er det ikke muligt at aftale uigenkaldelighed i forbindelse med testamenter. Dette indebærer, at det altid står åbent for testator at tilbagekalde sit testamente og udfærdige et nyt. Dette volder selv-sagt problemer i relation til gensidige testamenter, hvor den ene testator er afgået ved døden i vished om, at den anden testator ville opfylde sin del af aftalen, men hvor den anden testator efterfølgende ændrer sit testamente.<sup>39</sup> Ud fra common law er den anden testator fuldt ud berettiget til dette, men som så ofte griber equity ind, hvor common laws resultat er ubilligt. Equity intervenserer her og pålægger – ved den anden testators død – afdødes personal representatives en constructive trust med det formål, at føre det gensidige testaments indhold ud i livet.

Særkendet ved gensidige testamenter er, at der successivt er truffet bestemmelser om såvel legal som equitable estate til to eller flere personer. Denne form for fideikommissarisk substitution volder problemer i engelsk ret, og der er en righoldig litteratur og retspraksis herom.

---

37. C. H. Sherrin, R.F.D. Barlow, R.A. Wallington, Williams on Wills, 7. udg., vol. 1., 1995, 16.

38. C. H. Sherrin, R.F.D. Barlow, R.A. Wallington, Williams on Wills, 7. udg., vol. 1., 1995, 17.

39. Det volder ikke problemer, hvis den anden testator ændrer sit testamente, mens den første testator stadig er i live, eftersom det står den første testator frit for at ændre sit eget testamente. Dog vil der naturligvis kunne forekomme situationer, hvor den første testator ikke er vidende om den anden testators ændring. I praksis vil disse situationer dog være sjældne, eftersom majoriteten af gensidige testamenter oprettes af ægtefæller.

## 6. Resulting trusts

En af virkningerne af Statute of Uses 1535<sup>40</sup> var at forhindre såkaldte resulting uses. En resulting use opstod, når der fandt en overdragelse sted og overdrageren ikke samtidigt deklarerede et use. I disse tilfælde vendte equitable interest tilbage (*result*) til overdrageren. Statute of Uses 1535 foreskrev her, at overdragelsen skulle have virkning efter sit indhold, hvilket vil sige, at overdrageren modtog legal estate. Hermed var overdragelsen uden virkning for overdrageren, eftersom han på ny sad tilbage med såvel legal som equitable title.<sup>41</sup> På tilsvarende måde som Statute of Uses 1535 ikke forhindrede oprettelsen af trusts, forhindrede Statute of Uses 1535 heller ikke oprettelse af resulting trusts. Resulting trusts hører – sammen med constructive trusts – under den kategori af trusts, der opstår *by operation of law*.

Den moderne resulting trust dækker over et utroligt stort spektrum, hvilket skyldes måden hvorpå denne type trusts opstår. En resulting trust kan opstå, når en person i forbindelse med en disposition over et aktiv ikke drager omsorg for, hvad der skal ske med den del af aktivet, der består af equitable estate:



I figuren ovenfor overdrager settlor et aktiv til trustee, idet settlor samtidig deklarerer, at aktivet skal holdes i trust men således, at det ikke fremgår af deklARATIONEN, hvem aktivet holdes i trust for. Trustee erhverver naturligvis ikke her en absolut ret til aktivet men alene legal estate til dette. Idet det ikke kan afgøres udfra deklARATIONEN, hvem equitable estate tilhører, anses dette for stadig at være i settlors besiddelse. Settlor er dermed begunstiget under en resulting trust.

40. Se om Statute of Uses oven for kapitel III, 4.

41. Som nærmere beskrevet oven for kapitel III, 4. gjaldt dette kun for de såkaldte passive uses.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

»In effect the resulting trust is the basis of a claim to recover one's own property.«<sup>42</sup>

Se også sagen *Re Sick and Funeral Society of St. John's Sunday School, Golcar*:

»A resulting trust is essentially a property concept: any property that a man does not effectually dispose of remains his own.«<sup>43</sup>

Selve betegnelsen *resulting trust* er i og for sig vildledende, som anført af *Peter Birks*:

»The term 'resulting trust' is capable of bearing two meanings. In the first it identifies a feature which has nothing to do with the trust's origin: the trust is resulting (from the Latin *resalire*, to jump back) if the interest arising under it is carried back to the settlor. This can happen however the trust originates, whether by expressed intention, implied intention, presumed intention, or irrespective of intention (constructive). So the term 'resulting' in this wide sense cuts across other classifications. (...) In the second 'resulting' has reference to the mode in which the trust originates and has come by long usage to be a synonym for 'presumed'. To speak of trusts as 'resulting in origin' ought by rights to be nonsense, since 'jumping back' is not a fact relevant to the trust's creation but something which happens under a trust which is brought into being by some other facts.«<sup>44</sup>

### 6.1. Kategorisering af resulting trusts

Det er vanskeligt at foretage en kategorisering af resulting trust, eftersom dette trust-koncept er vidt spændende.<sup>45</sup> Et forsøg herpå er gjort af *Megarry J* i sagen *Re Vandervell's Trusts (No. 2)*.<sup>46</sup> *Megarry J* opdeler resulting trusts i *presumed resulting trusts* og *automatic trusts*:

(1) Presumed resulting trusts:

- (a) hvor en person køber aktiver og overdrager disse til en anden person i dennes navn eller overdragerens og modtagerens fælles navn, da vil equitable title – i mangel af holdepunkter for andet – springe tilbage

42. *Jill E. Martin*, *Hanbury and Martin, Modern Equity*, 15. udg., 1997, s. 229.

43. *Re Sick and Funeral Society of St. John's Sunday School, Golcar*, *The Law Reports 1973*, Chancery Division, s. 51ff.

44. *Peter Birks*, *An Introduction to the Law of Restitution*, 1988, s. 60.

45. Hertil kommer, at engelsk teori er uenig i hvorledes resulting trust skal kategoriseres.

46. *Re Vandervell's Trusts*, *Law Reports*, 1974, Chancery Division, s. 269ff.

## 6. Resulting trusts

- (result) til den person, der betalte købesummen, det vil sige overdrageren,
- b) hvor der finder en frivillig overdragelse sted (det vil sige ej køb m.v.) til en anden person i dennes navn vil der også – i mangel af holdepunkter for andet – foreligge en resulting trust for overdrageren
- (2) Automatic resulting trusts:
- (a) hvor der finder en overdragelse sted til en anden i trust, hvor der i forbindelse hermed ikke er disponeret over alle equitable rettigheder.<sup>47</sup>

Opdelingen har vundet tilslutning i en stor del af den engelske teori men er stødt på skarp kritik af *Robert Chambers*, der begrundet sin kritik med:

»The distinction between presumed and automatic resulting trusts is explored and ultimately rejected in this book. One of the conclusions reached here is that all resulting trusts operate on precisely the same principle regardless of the situations in which they arise. They do not depend on an implied intention to create a trust, but neither do they arise completely independently of intention. All resulting trusts come into being because the provider of the property did not intend to benefit the recipient. Another conclusion of this book is that the resulting trust is not limited to the two situations described above,<sup>48</sup> but may be possible whenever the recipient of property was not intended to take it beneficially.«<sup>49</sup>

Problemerne i forbindelse med fastlæggelsen af resulting trust konceptet er affødt af equity selv. I takt med udviklingen af equity og trusts har der fundet en sammenblanding sted af rettigheder af forskellig natur og indhold, samtidig med, at gyldigheden af en given transaktion nærmest er blevet et relativt begreb. Baret er så at sige røget ud sammen med badevandet. *R. M. Goode* har rammende anført følgende herom:

»Under the influence of equity the distinction between property rights *in* an asset and personal rights *to* an asset became blurred. Acting on the basis that equity treats as done that which ought to be done, courts of equity came to regard an unperfected agreement to assign as an assignment which became

47. Se *Philip H. Pettit*, *Equity and the Laws of Trusts*, 8. udg., 1997, s.60.

48. Her tænker *Robert Chambers* på situation 1(b) og 2(a) behandlet ovenfor, som forfatteren betegner som de oftest forekommende tilfælde af resulting trusts, *Resulting Trusts*, 1997, s. 2.

49. *Robert Chamber*, *Resulting Trusts*, 1997, s. 2.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

perfected by payment of the consideration; they upheld the assignment of future property as effective on acquisition by the debtor without the need for any new act of transfer; they recognised the interest of the beneficiary under the passive trust as a proprietary interest; and they accorded proprietary status to the right of an asset to trace the products and proceeds of dispositions by the owner's bailee.

Even after all this the ingenuity of the equity lawyers was not exhausted. A person might succeed to a claim by assignment or by subrogation. Equity also came to recognise the existence of proprietary rights not in a specified asset but in a shifting fund of assets, as exemplified by the interest of the beneficiary in an active trust and of a debenture holder under a floating charge, and these interests became included in the category of proprietary rights having priority over the claims of unsecured creditors.

The development of the resulting trust and the constructive trust led to the recognition of proprietary rights in a variety of situations in which one person improperly held assets or benefits to which another had a better right. Among the events that have been held to attract these forms of trust are the payment of money under a mistake of fact and the acquisition of an asset by the defendant from a third party, or the retention of such an asset, in breach of the defendant's fiduciary duty to the plaintiff.<sup>50</sup>

Det er på denne baggrund, at et forsøg på en kategorisering af resulting trust må slå fejl. Der er i teorien uenighed om: *hvilke* retlige kendsgerninger, der skal foreligge for, at der foreligger en resulting trust, *hvad* der kendetegner en resulting trust samt *hvorvidt* konkrete tilfælde skal placeres under en resulting trust eller under en constructive trust. Hertil kommer, at afsagte domme rubriceres forskelligt alt efter hvilken opfattelse af express trusts, resulting trusts eller constructive trusts den enkelte forfatter har. På den anden side, og i erkendelse heraf, er denne detailrigdom et af særkenderne for trusts.

### 6.2. Formkravene til oprettelse af trust ikke overholdt

Sammenholdes resulting trusts med express trusts<sup>51</sup> står det hurtigt klart, at de to typer af trusts adskiller sig på en række væsentlige punkter. Således gælder f.eks. formkravene for oprettelse af express trusts ikke for resulting trusts, jf. Law of Property Act 1925 section 53(2), der er sålydende:

---

50. R. M. Goode, *Ownership and Obligation in Commercial Transactions*, The Law Quarterly Review, 1987, vol. 103, s. 433ff.

51. Express trusts er gennemgået oven for 3.

## 6. Resulting trusts

This section does not affect the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts.«<sup>52</sup>

Betydningen af denne forskel illustrerer sagen *Hodgson v Marks*.<sup>53</sup>

I sagen havde sagsøger overdraget sin faste ejendom men i henhold til mundtlig aftale beholdt equitable title til denne. Dette indebærer de facto, at modtageren af den faste ejendom kun modtager legal estate og således er trustee for besidderen af equitable title, der i sagen er sagsøgeren. Sagsøgte, der havde købt hhv. pantsat den faste ejendom påstod, at der ikke forelå en trust, eftersom formkravet i Law of Property Act 1925 section 53(1)(1)(b) vedrørende deklaration af trust ikke var overholdt.

Lord Justice *Russell* anfører herom i sine præmisser:

»Nevertheless, the evidence is clear that the transfer was not intended to operate as a gift, and, in those circumstances, I do not see why there was not a resulting trust of the beneficial interest to the plaintiff, which would not, of course, be affected by section 53(1). (...) If an attempted express trust fails, that seems to me just the occasion for implication of a resulting trust, whether the failure be due to uncertainty or perpetuity or lack of form. (...) The accepted evidence is that this was not intended as a gift, notwithstanding the reference to love and affection in the transfer, and section 53(1) does not exclude that evidence.«

I sagen havde sagsøger på den ene side ikke haft til hensigt at give en gave men havde på den anden side ikke opfyldt kravene til en express trust. Ud fra grundsætningen *equity abhors a beneficial vacuum*<sup>54</sup> er det nødvendigt at placere equitable estate, hvilket i den konkrete sag førte til, at modtageren af legal estate blev trustee i en resulting trust med overdrageren som begunstiget.<sup>55</sup>

52. Halsbury's Statutes, 4. udg., 1987, vol. 37. s. 152f.

53. *Hodgson v. Marks*, Law Reports, Chancery Division, Court of Appeal, 1971, s. 892ff. Det skal her bemærkes, at *Peter Birks* ser dommens trust som et eksempel på en constructive trust, *Peter Birks*, An Introduction to the Law of Restitution, 1988, Clarendon Press, s. 60. *Birks* anfører: »The interest was raised by law, without recourse to any presumption of intention, in order to effect restitution of the enrichment obtained by Evans at Mrs Hodgson's expense«, se s. 62.

54. *Vandervell v. IRC*, (1967) 2 AC 291.

55. En anden ting er, at de relevante formkrav for transaktionen bestående i overførsel af legal title til det pågældende formuegode naturligvis skal overholdes. Er disse formkrav ikke overholdt, har der slet ikke fundet en overdragelse sted af noget som helst. Vedkommende, der tilsigtede en overdragelse af legal title sidder tilbage med såvel legal som equitable title til de pågældende aktiver. I denne situation kommer resulting trusts slet ikke på tale.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

### 6.3. Kravet om certainty ikke opfyldt

I sagen *Re Osmund*<sup>56</sup> havde testatrix udpeget Midland Bank Executor & Trustee Company Ltd. som executor for sit dødsbo og samtidig overført sit dødsbo til banken:

»... upon trust in their absolute discretion to apply the same to the medical profession for the furtherance of psychological healing in accordance with the teaching of Jesus Christ.«

Spørgsmålet i sagen var, om den af testatrix oprettede trust opfyldte kravet om *certainty*. Herom udtaler *Bennett J*:

»I find no language in the will which enables me to place that limitation on the absolute discretion which the testatrix by her words has given to her executors. To take an extreme case, it seems to me that, if they came to the conclusion that there was some wealthy man suffering from chronic dyspepsia and that it would further psychological healing if they were to pay somebody to try to cure him, by psychotherapy, they might apply the testatrix's money in that way. (...) For these reasons it seems to me that ... she has not made a complete disposition of the beneficial interest in her estate. Therefore, her next of kin are entitled to the estate. I declare the gift to be invalid.«

Resultatet af, at der manglede certainty, er, at Midland Bank Executor & Trustee Company Ltd. holder legal title til testatrixs dødsbo i en resulting trust for testatrixs arvinger. Det har jo på intet tidspunkt været meningen, at trustees skulle have equitable title til dødsboet. Denne skulle jo efter testatrix bestemmelse gå til »the furtherance of psychological healing in accordance with the teaching of Jesus Christ.« Eftersom dette øjemed ikke kunne efterkommes som følge af manglen på certainty, springer (results) den equitabel rettighed tilbage til testatrix, dvs. til hendes dødsbo og dermed testatrixs arvinger.

### 6.4. Quistclose trusts

Resulting trusts i låneforhold er aktualiseret af sagen *Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments Ltd.*<sup>57</sup> Trusts af den slags, der behandles

56. *Re Osmund*, The Law Reports 1944, Chancery Division, s. 66ff.

57. *Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investment Ltd.*, The Law Reports, 1970, Appeal Cases, House of Lords, s. 567ff. Dommen, der blev anket til House of Lords, er *Quistclose Investments Ltd. v Rolls Razor Ltd. (in liquidation)*, The Law Reports, 1968, Chancery Division, s. 540ff. Denne dom er igen appelleret fra High Court, The Law Reports, 1967, Chancery Division, s. 910ff.

i sagen, har fået navnet *Quistclose trusts*, efter sagen.<sup>58</sup> Sagens omstændigheder var:

Et selskab ved navn Rolls Razor Ltd., der havde et stort overtræk i Barclays Bank Ltd., havde annonceret, at der ville finde en udlodning sted til aktionærerne i Rolls Razor Ltd. Rolls Razor Ltd. havde imidlertid ikke likviditet til at foretage en udlodning, medmindre der blev opnået en aftale med Quistclose Investments Ltd. hvorved et lån på £ 209.719 blev ydet af Quistclose Investments Ltd. til Rolls Razor Ltd. Lånet blev ydet »for the purpose of paying the final dividend on 24 July next.« De £ 209.719 blev af Quistclose Investments Ltd. sat ind på en konto i Barclays Bank Ltd. med hvem det blev aftalt, at det indsatte beløb på kontoen skulle »only be used to meet the dividend due on 24 July«. Udlodningen fandt imidlertid aldrig sted, idet Rolls Razor Ltd. gik konkurs den 17. juli.

Barclays Bank Ltd., der jo havde penge til gode som følge af Rolls Razor Ltd.'s store overtræk, nedlagde påstand om, at låneprovenuet var ejet *beneficially* af Rolls Razor. Fik banken medhold i denne påstand, ville banken påstå, at låneprovenuet var genstand for et personligt debitor – kreditor forhold, bestående i en forpligtelse til at betale et til låneprovenuet tilsvarende beløb til banken. Dette ville betyde, at banken var berettiget til at modregne låneprovenuet i Rolls Razors Ltd.'s overtræk i banken.

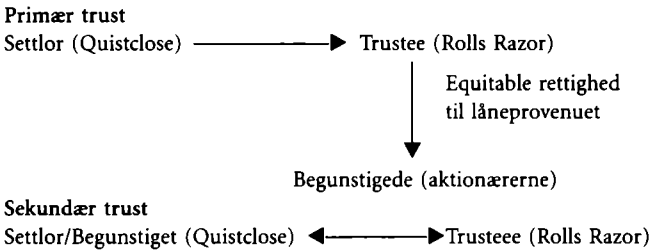
Quistclose Investments Ltd. påstod under sagen, at banken var uberettiget til at foretage modregning og anførte til støtte herfor: Quistclose Investments Ltd. havde givet låneprovenuet til Rolls Razor Ltd. under en *primær trust* til at anvende dette til at foretage udlodning til sidstnævntes aktionærer og en *sekundær trust* under hvilken Rolls Razor Ltd. skulle tilbagebetale pengene til Quistclose Investments Ltd., hvis formålet med den *primære trust* ikke kunne opfyldes.

Det afgørende spørgsmål i sagen var, hvorvidt låneprovenuet *enten* tilhørte Rolls Razor Ltd. således, at Barclays Bank Ltd. kunne modregne, *eller* om Rolls Razor Ltd. havde modtaget låneprovenuet som tru-

58. Se om dommen blandt andet *P. J. Millett*, *The Quistclose Trust*, *The Law Quarterly Review*, 1985, vol. 101, s. 269ff., *David J. Hayton*, *Hayton & Underhill Law of Trusts and Trustees*, s. 8, *P. J. Millett* (1985) 101 LQR 269, *F. Oditah*, 108 LQR 459, 1992, 107 LQR 608, 1991, *C. E. F. Rickett*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 3, 1992, *Fiona Burns* 18 *Monash University Law Review* 147, 1992, *D. J. Hayton* (1973) 37 *Conveyancer and Property Lawyer* (New Series) 65 og *Paul Matthews*, *The New Trust: Obligations without rights?*, i *Trends in Contemporary Trust Law* (*A. J. Oakley* red.), 1996, s. 16.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

stee med det formål, at anvende dette til brug for udlodningen til aktionærene (den primære trust) således, at der opstod en sekundær trust til fordel for Quistclose Investments Ltd. hvis formålet ikke kunne opfyldes.<sup>59</sup> Grafisk kan problemstillingen illustreres således:



Systematikken er, at såfremt formålet i den primære trust opfyldes, ophører Rolls Razor Ltd. med at være trustee og bliver herefter debitor i henhold til den indgåede låneaftale.<sup>60</sup> Opfyldes formålet derimod ikke opstår der en sekundær trust, hvor den equitable rettighed til låneprovenuet springer tilbage til Quistclose Investments Ltd. som begunstiget til den equitable rettighed.

Quistclose Investments Ltd. fik medhold i sin påstand af et enigt House of Lords, der anfører:

»That arrangements of this character for the payment of a person's creditors by a third person, give rise to a relationship of a fiduciary character or trust, in favour, as a primary trust, of the creditors, and secondarily, if the primary trust fails, of the third person, has been recognised in a series of cases some over 150 years old.«<sup>61</sup>

I Court of Appeal (underinstansen) havde *Russell LJ* anført:<sup>62</sup>

59. Al den stund, en sådan udlodning stadig ville kunne foretages lovligt, hvis den var foretaget af selskabets egne penge. Dette forbehold må i henhold til *David J Hayton*, nødvendigvis indfortolkes eftersom aktionærene ellers ville opnå status som begunstigede under den primære trust allerede på tidspunktet for låneprovenuet's indbetaling på Rolls Razor Ltd.'s konto i banken, se *Underhill og Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 9 note 5.

60. Se *David J. Hayton, Trusts, The Conveyancer and Property Lawyer*, 1973, vol. 37, s. 65.

61. *Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investment Ltd.*, The Law Reports, 1970, Appeal Cases, House of Lords, s. 580.

62. House of Lords anså den appelerede afgørelse som »... correct on all points and the appeal should be dismissed.«, se *Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investment Ltd.*, The Law Reports, 1970, Appeal Cases, House of Lords, s. 582.

## 7. Bare trust

»On the first question, the arrangement between Quistclose and Rolls Razor may, I consider, be summarised thus: The money was advanced by Quistclose to Rolls Razor upon the condition that Rolls Razor should make no use of it other than in payment of the dividend which had recently been declared. (...) Did this impose upon Rolls Razor the character of trustee of the money? I do not see why it did not. The arrangement said quite plainly that Rolls Razor was not at liberty to treat the money advanced as the beneficial property of Rolls Razor except for the limited activity of paying a particular class of its creditors, namely the shareholders entitled to the declared dividend. It is argued that the fact that the money was lent displaces the notion of a trust imposed on the borrower affecting the money. I do not see why the two conceptions are inconsistent one with the other, the relationship of creditor and debtor being, of course, necessary if and when Rolls Razor should in fact use the money in the only manner permitted, by applying the dividend.«<sup>63</sup>

Eksistensen af en sådan sekundær trust er meget relevant i tilfælde af konkurs. Havde Quistclose Investments Ltd. ikke fået medhold i sin påstand ville selskabet have status af usikret kreditor i Rolls Razor Ltd.'s konkursbo og skulle således konkurrere på lige fod med fallentens andre usikrede kreditor om en dividende. House of Lords afgørelse indebærer imidlertid, at Quistclose Investments Ltd. kan kræve låneprovenuet tilbage som selskabets egen ejendom udfra equity. På tilsvarende måde vil de udlånte penge ikke udgøre nogen del af udlåners aktivmasse.<sup>64</sup>

## 7. Bare trust

Det er et grundlæggende princip i engelsk ejendomsret, at en ene-begunstiget, der er myndig, anses for at være *absolutely entitled* til trust-midlerne. Som eksempel herpå kan nævnes den situation, at en myndig ene-begunstiget har en life interest til trust midlerne, der udgør 1 mio. kr. Som følge af *absolute entitlement* har den begunstigede fuld bestemmelsesret over indtægterne. Trustee skal således følge den begunstiges anvisninger og har ikke nogen selvstændige

63. *Quistclose Investments Ltd. v Rolls Razor Ltd. (in liquidation)*, The Law Reports, 1968, Chancery Division, s. 590.

64. Se R. Pearce and J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, s 392 og Robert Chambers, *Resulting Trusts*, 1997, s. 68ff.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

funktioner i denne forstand.<sup>65</sup> Denne type trust kaldes for en *bare trust*. Trustee er blot en passiv besidder af trust property, indtil det tidspunkt den begunstigede fremsætter anmodning om, at hele eller en del af legal estate til trust midlerne overføres til den begunstigede.<sup>66</sup>

Det ovennævnte princip blev knæsat i sagen *Saunders v Vautier*, der er helt tilbage fra 1841, og er senere blevet udvidet, til bl.a. formentlig også at omfatte discretionary trusts.<sup>67</sup> Retsvirkningen af princippet er, at stifteren ikke uden at indsætte betingelser m.v. kan udskyde den begunstigedes ret til trust-midlerne ud over det fyldte 18 år.

Princippet i *Saunders v Vautier* finder også anvendelse, hvor der er flere begunstigede i den samme trust. Det gør i denne forbindelse ingen forskel, om de begunstigedes indbyrdes rettigheder falder kumulativt eller successivt. En række betingelser skal imidlertid opfyldes, for at princippet i *Saunders v Vautier* finder anvendelse. For det første skal alle de begunstigede være kommet til eksistens, og for det andet skal de alle være myndige. Herudover skal de begunstigede samlet set være ejere af den komplette ejendomsret i equity. I så fald kan de begunstigede – forudsat at de alle er enige herom – bringe trusten til ophør og fordele trust-midlerne i mellem sig. Dette gælder selv i den situation, hvor det var stifterens ønske, at trusten skulle fortsætte i længere tid, idet stifteren f.eks. ønskede, at det først blev afklaret om en begivenhed indtrådte eller ej.

---

65. *Jill E. Martin*, *Modern Equity*, 15. udg., 1997, s. 69.

66. »The only duty which the trustee has to perform is to transfer the whole or some part of the property to the beneficiary if the latter so directs. In such a case, he is known as a bare trustee.«, *A. J. Oakley*, *Parker and Mellows The Modern Law of Trusts*, 6. udg., 1994, s. 27f.

67. Lord *Langdale* MR udtalte i sagen: »I think that principle has been repeatedly acted upon; and where a legacy is directed to accumulate for a certain period, or where the payment is postponed, the legatee, if he has an absolute indefeasible interest in the legacy, is not bound to wait until the expiration of that period, but may require payment the moment he is competent to give a valid discharge.«, som citeret fra *Graham Moffat*, 2. udg., *Trusts Law Text & Materials*, 1994, s. 235.

## 8. Discretionary trust

### 8.1. Indledning

Som tidligere nævnt ovenfor sondres der mellem *fixed trusts* og *discretionary trusts*. I en *fixed trust* er de begunstigede bestemt på forhånd. De begunstigede har endvidere en forudbestemt andel af trust-midlerne som aktualiseres på et i forvejen fastlagt tidspunkt eller ved indtræden eller ikke-indtræden af en i forvejen fastlagt begivenhed. I modsætning hertil har trustee, stifteren eller tredjemand i en *discretionary trust* en eller flere beføjelser (*powers*), som skal udøves førend en begunstiget erhverver ret til en del af eller alle trust-midlerne. Indholdet af de tildelte beføjelser kan variere fra trust til trust. Som eksempel på tildelte beføjelser kan nævnes:

- hvem eller hvilke personer, der skal modtage kapital og/eller indtægter fra trusten og i hvilket størrelsesforhold,
- beføjelsen til at udpege hvem eller hvilke personer i en gruppe af mulige begunstigede, der skal modtage kapital og/eller indtægter fra trusten og i hvilket størrelsesforhold.

Afgørende er imidlertid, at det kun er hvis og såfremt den pågældende udøver sin beføjelse, at de begunstigede erhverver en ejendomsret i equity.

### 8.2. Trust og power

Kendetegnende for en *discretionary trust* er, at en eller flere personer af stifteren er blevet tildelt en eller flere diskretionære beføjelser (*powers*).

En 'power' er kendetegnet ved at være en beføjelse til i visse henseender at råde over midler, hvor personen der er beføjet i så henseende ikke selv er ejer af midlerne.<sup>68</sup> De 'powers' der er særligt relevante ved *discretionary trusts* er de såkaldte *powers of appointment*, hvilke er en beføjelse til at udpege, hvem der skal være begunstigede til trustens midler og/eller trustens indtægter.

---

68. Se bl.a. A. J. Oakley, Parker and Mellows: *The Modern Law of Trusts*, 7. udg., 1998, s. 175 og Graham Moffat, *Trusts Law Text & Materials*, 2. udg., 1994, s. 153. En endog meget udførlig gennemgang af 'powers' er givet af Geraint Thomas, *Thomas on Powers*, 1. udg., 1998. Geraint Thomas anfører s. 7 bl.a. om *powers of appointment*: »*Powers of appointment, are the most important and most common dispositive powers.*«

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

Indehaveren af en power of appointment kan være trustee, stifteren selv eller en tredjemand.<sup>69</sup> Powers of appointment gives dog som oftest til en trustee, hvorved en sondring mellem *trust* og *power* aktualiseres. Hvor en trust pålægger trustee en *pligt*, indebærer en power blot en *mulighed*. En trust er *imperativ* hvorimod en power er *diskretionær*.<sup>70</sup> Der skelnes i engelsk ret mellem den situation, hvor en trustee tildeles en power, og den situation hvor en almindelig person tildeles en power.<sup>71</sup> Dette skyldes, at man anser tildeling af powers til en trustee for at være motiveret i hensynet til, at trustee bedre kan udføre sine pligter og målsætningerne i stiftelsesdokumentet. På baggrund heraf vil en trustee, der har fået tildelt powers, anses for at være bundet af visse pligter i relation til udøvelsen af sin diskretion. Dette vil for eksempel være at foretage undersøgelser i antallet af mulige begunstigede samt lejlighedsvis overveje, om der er grundlag for, at nogen skal modtage kapital og/eller indtægter fra trusten. Trustee er dog ikke bundet af at skulle udøve den tildelte power på en bestemt måde.<sup>72</sup> Er modtageren af en power derimod en almindelig person vil vedkommende ikke være bundet af nogen pligter i så henseende.

En discretionary trust foreligger i den situation, hvor trustee er underlagt en forpligtelse til i et eller andet omfang at udøve den tildelte power. I sin egenskab af trustee er dennes diskretion i selve den konkrete udøvelse af den tildelte power som nævnt ovenfor un-

---

69. »The person who creates or confers a power is generally referred to as the *donor*; the person upon whom the power is conferred is the *donee*; and those in whose favour the power may be exercised are *objects* of the power. In the case of a power of appointment, when the power is exercised, the donee is called the *appointor* and those objects who are benefited thereby are called *appointees*.«, Geraint Thomas, Thomas on Powers, 1. udg., 1998, s. 3.

70. Geraint Thomas, Thomas on Powers, 1. udg., 1998, s. 20.

71. Det kan i visse tilfælde være vanskeligt at afgøre om det er stiftet en trust eller i stedet tildelt en power, jf. A. J. Oakley der herom anfører: »The question whether or not a trust or a trust power has been created is essentially one of construction of the instrument. The distinction may be a fine one in any individual case, because what appears on the face of the trust instrument to be a trust power may in fact be a mere power and vice versa.«, Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts, 7. udg., 1998, s. 176.

72. Jf. nærmere Jill E. Martin: »Each member of the class of beneficiaries under a discretionary trust has standing to sue in order to have the trustees's duty performed. Not that such a beneficiary will necessarily benefit by the performance of the trustees' duty; as it is a duty, not to pay to the beneficiary, but to exercise their discretion as described above.«, Modern Equity, 15. udg., 1997, s. 206f.

dergivet visse begrænsninger, bl.a. skal trustee lejlighedsvis overveje, om der er grundlag for, at nogen skal modtage kapital og/eller indtægter fra trusten.

Der skelnes typisk mellem to typer af discretionary trust; *exhaustive* og *non-exhaustive* discretionary trusts:

»A discretionary trust will be exhaustive where all income *must* be distributed in the trustees' discretion amongst the class of beneficiaries: it will be non-exhaustive where all income must be distributed in the trustees' discretion amongst the class of beneficiaries *except* to the extent that income may be otherwise dealt with pursuant to a power in that behalf, e.g. a power of accumulation or a power to pay income to charity.«<sup>73</sup>

### 8.3. Retsvirkningerne forbundet med stiftelse af en discretionary trust

Som anført ovenfor har de begunstigede i en discretionary trust ikke nogen ejendomsret i equity i trust-midlerne. En sådan ret stiftes først hvis og såfremt trustee – eller en anden person – udøver en tildelt power til fordel for en eller flere begunstigede. Det er i denne forbindelse nærliggende at stille spørgsmålet om den situation, hvor der kun er én begunstiget i trusten, indebærer, at den pågældende begunstigede uagtet den diskretionære beføjelse anses for at have equitable ejendomsret til trust-midlerne. Dette afhænger af, om der eksisterer en mulighed for, at en eller flere begunstigede kan komme til eksistens. I bekræftende fald vil den begunstigede ikke have equitable ejendomsret til trusten. I benægtende fald – og forudsat at den begunstigede er myndig – vil den begunstigede imidlertid anses for at have equitable ejendomsret til trust-midlerne.<sup>74</sup>

På baggrund af ovennævnte rejser det spørgsmål sig, hvorledes en begunstiget under en discretionary trust er stillet, når trustee har begået et breach of trust. Det er her nødvendigt at sondre mellem trustens interne og eksterne retsforhold, hvorom *D. J. Hayton* anfører:

73. *David J. Hayton, Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 48.

74. I denne situation vil den begunstigede formentlig kunne bringe trusten til ophør og kræve legal ejendomsret overført til sig i medfør af princippet i sagen *Saunders v Vautier*, se herom oven for 7.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

»To conclude, in order to understand the working operation of a [discretionary]<sup>75</sup> trust it is better to regard the interest of a beneficiary as an *in personam* right to compel the trustees to perform the trust, *i.e.* as an equitable chose in action situated where the trustees reside and administer the trust. However, where things have gone and trust property finds its way wrongly into the hands of a third party (other than equity's darling)<sup>76</sup> then it is appropriate to regard the interest of a beneficiary, as a result of his equitable tracing rights, as an equitable *in rem* right.«<sup>77</sup>

Et væsentligt element i en discretionary trust, der samtidigt er en naturlig konsekvens af at den begunstigede ikke har nogen equitable ejendomsret i trust-midlerne er, at den begunstigedes kreditorer ikke kan søge sig fyldestgjort i den begunstigedes ret,<sup>78</sup> der nærmest kan karakteriseres som en mulighed eller en forventning om på et tidspunkt at modtage en uddeling fra discretionary trust. Kurator kan dog kræve sig fyldestgjort i uddelinger til fordel for den begunstigede, som trustee – eller en anden person – har bestemt skal finde sted.

I relation til de begunstigedes kreditorer har en variant af discretionary trust vundet stor udbredelse, nemlig de såkaldte *protective trusts*, se nærmere herom neden for afsnit 9.

### 8.4. Kredsen af begunstigede

Kredsen af begunstigede i en discretionary trust kan variere fra alt mellem et par enkelte begunstigede til flere hundredtusinder. Afgørende er, hvorledes stifteren har afgrænset kredsen af begunstigede i stiftelsesdokumentet. Fra en forholdsvis snæver afgrænsning til alle medlemmer af min familie til en nærmest ubegrænset kreds i form af alle tidligere, nuværende og fremtidige ansatte i McDonald's, hvilket formentlig, blot af nuværende ansatte på verdensplan, udgør flere hundredtusinder.

### 8.5. Saunders v Vaultier princippet

Det såkaldte *Saunders v Vaultier* princip, der er beskrevet oven for 7, hvorefter en eller flere myndige begunstigede kan bringe trusten til

---

75. Min tilføjelse.

76. Her hentyder forfatteren til en bona fide purchaser for value without notice.

77. D. J. Hayton, Hayton and Marshall: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies, 10. udg., 1996, s. 14.

78. Jf. L. A. Sheridan, The Law of Trusts, 12. udg., 1993, s. 166f.

ophør og forlange sin del af legal estate til trust midlerne overført til sig, har med tiden også vundet indpas i relation til discretionary trusts. Såfremt det er muligt i en discretionary trust at fastlægge kredsen af begunstigede, og forudsat at alle disse er myndige, kan de begunstigede – forudsat de er enige – kræve legal estate til trust midlerne udleveret.<sup>79</sup>

### 8.6. *Protectors og letters of wishes*

Som beskrevet ovenfor kan stifteren vælge at tildele power til en eller flere andre personer i stedet for trustee. Stifteren kan endda selv forbeholde sig en power. Det er i stigende grad blevet almindeligt i offshore stater, at stifteren tildeler en anden end trustee ganske vide powers. Ofte vil de tildelte powers ikke kun vedrøre spørgsmål om, hvem der skal modtage uddeling og i givet fald hvor meget. Indehaveren af den tildelte power vil ofte være beføjet til at afsætte trustees og udpege nye samt have en veto-ret overfor trustees i relation til trustees administration af trusten.<sup>80</sup> Tredjemænd, der er indehavere af omtalte powers, går ofte under betegnelserne *protector*, *enforcer*, *nominator*, *committee*, eller lignende. Brugen af protectors m.v., særlig i offshore stater, er beskrevet neden for kapitel XVI, 8.3.

Stifteren af discretionary trust kan i forbindelse med stiftelsen af en discretionary trust, eller efter stiftelsen af denne, udstyre trustee med et dokument, der kan indeholde en yderligere begrundelse, retningslinjer eller uddybning af discretionary power. Dette dokument, der ofte benævnes *letter of wishes*, kan tjene det formål at lette trustees arbejde i forbindelse med udøvelse af skønnet om, hvem der skal modtage hvor meget. Det er imidlertid vigtigt at holde sig for øje, at *letter of wishes* alene har en vejledende funktion og således ikke er bindende for trustee. *Letters of wishes* er også meget udbredte i offshore stater hvor formålet imidlertid ofte er et ganske andet. Sådanne *letters of wishes* vil ofte indeholde de reelle bestemmelser og betingelser for discretionary trust. Ikke sjældent vil et *letter of wishes* være blandt de eneste steder, hvoraf det er muligt at se stifteren og/eller de begunstigedes identitet. Brugen af *letter of wishes* i offshore stater, er beskrevet neden for XVI, 8.3.

79. A. J. Oakley, Parker and Mellows: *The Modern Law of Trusts*, 7. udg., 1998, s. 204.

80. Jf. *Donovan W. M. Waters*, *The Protector – New Wine in Old Bottles?*, i *Trends in Contemporary Trust Law* (A. J. Oakley red.), 1996, s. 63.

## 9. Protective trusts

### 9.1. Indledning

Såkaldte protective trusts anvendes som et led i stifterens bestræbelser på at beskytte den eller de begunstigedes rettigheder fra sidstnævntes kreditorer. Gennem en protective trust kan stifteren gyldigt afskære en begunstigets kreditorer fra at søge sig fyldestgjort i den begunstigedes equitable ret til trust-midlerne. Forinden en nærmere beskrivelse af protective trusts, forekommer det at være hensigtsmæssigt kort at redegøre for, hvilke dispositioner der *ikke* tillægges vægt overfor en begunstigets kreditorer.

*For det første* accepteres det ikke i engelsk ret, at en stifter i trust-instrumentet fastsætter, at den begunstigedes equitable ret til trust-midlerne ikke kan tjene til fyldestgørelse for den begunstigedes kreditorer.

*For det andet* accepteres det ikke, at en person stifter en trust til fordel for sig selv indtil det tidspunkt, hvor stifteren går konkurs, i hvilket tilfælde retten til trust midlerne går videre til en eller flere andre begunstigede. Dette minder nærmest om, hvad man i dansk ret kalder en selvåndlæggelse.

Grænsen mellem dispositioner der ses helt bort fra, og dispositioner der er tilladte i engelsk ret, er imidlertid hårfin, hvilket gennemgangen i det følgende vil illustrere.

### 9.2. Den juridiske konstruktion

En protective trust er baseret på to elementer:

- determinable interests og
- discretionary trusts

Helt grundlæggende fungerer en protective trust på den måde, at der træffes bestemmelse om at en begunstigets life interest skal være *determinable* i tilfælde af forsøg på overdragelse eller pantsætning samt ved universalforfølgning, i hvilket tilfælde den begunstigedes ret bliver erstattet af en discretionary trust til fordel for den begunstigede selv, den begunstigedes ægtefælle og den begunstigedes familiemedlemmer.

At protective trusts gyldigt kan oprettes i England fremgår af Tru-

steer Act 1925 section 33, der har overskriften Protective trusts,<sup>81</sup> og hvori blandt andet anføres:

**33. Protective trusts.** – (1) Where any income, including an annuity or other periodical income payment, is directed to be held on protective trusts for the benefit of any person (in this section called « the principal beneficiary) for the period of his life or for any less period, then, during that period (in this section called the »trust period«) the said income shall without prejudice to any prior interest, be held on the following trusts, namely –

- (i) Upon trust for the principal beneficiary during the trust period or until he, whether before or after the termination of any prior interest, does or attempts to do or suffers any act or thing, or until any event happens, other than an advance under any statutory or express power, whereby, if the said income were payable during the trust period to the principal beneficiary absolutely during that period, he would be deprived of the right to receive the same or any part thereof, if any of which cases, as well as on the termination of the trust period, whichever first happens, this trust of the said income shall fail or determine;
- (ii) If the trust aforesaid fails or determines during the subsistence of the trust period, then, during the residue of that period, the said income shall be held upon trust for the application thereof for the maintenance or support, or otherwise for the benefit, of all or any one or more exclusively of the other or others of the following persons (that is so say) –
  - (a) (...)
  - (b) (...)

Af det citerede fremgår, at beskyttelse i form af en protective trust ikke er uden omkostninger for den begunstigede. Således er det *for det første* en betingelse, at den begunstigede kun modtager en indtægtsnydelse eller lignende, og *for det andet*, at den begunstigedes ret ikke må vare længere end den begunstigedes levetid, og *for det tredje*, at den begunstigede er pålagt rådighedsindskrænkninger.

I engelsk ret sondres mellem conditional interests og determinable interests. Som eksempel på en conditional interest kan nævnes:

Til A, *men hvis* han forsøger at sælge retten eller går konkurs, overgår retten til B.

Som eksempel på en determinable interest kan nævnes:

---

81. I USA anvendes i stedet for protective trusts navnet *spendthrift trusts*.

## VIII Forskellige grundtyper af trusts

Til A, *indtil* han forsøger at sælge retten eller går konkurs, i hvilket tilfælde retten overgår til B.

Forskellen mellem de to interests fremstår umiddelbart som alene værende af sproglig betydning men dette er langt fra tilfældet. Engelsk ret hælder til tider mod den rene begrebsjurisprudens og sondringen mellem conditional interests og determinable interests er formentlig blandt eksemplerne herpå. Hvor en conditional interest som anført i eksemplet ikke vil have retsvirkning overfor A's kreditorer, anses derimod en determinable interest, som anført i eksemplet, for at være fuldt ud gyldig. Afgørende for, om der foreligger den ene eller den anden slags interest er stifterens sprogbrug. Udtryk som *indtil*, *imens*, *så længe som* stifter en determinable interest, hvorimod udtryk som *på betingelse af*, *såfremt*, *forudsat*, stifter en conditional interest.

### 9.3. Funktion og retsvirkninger

Som beskrevet ovenfor er den begunstigedes ret i en protective trust betinget af, at den begunstigeede ikke forsøger at disponere over sin ret, samt betinget af, at den begunstigedes kreditorer ikke forsøger at blive fyldestgjort i den begunstigedes ret. Indtil det tidspunkt – hvis overhovedet nogensinde – hvor en af betingelserne opfyldes har den begunstigeede en helt normal equitable life interest i trusten. Opfyldes én af betingelserne imidlertid, transformeres protective trust øjeblikkeligt til i stedet at være en discretionary trust. Dette indebærer samtidig, at den begunstigedes equitable ret transformeres til fremdeles kun at være en forventning om at modtage uddelinger fra trusten.

## 10. Charitable trusts

### 10.1. Indledning

Charitable trusts er som navnet afslører trusts, der har et almenevelgørende eller almennyttigt formål. Charitable trusts er en variant af de såkaldte *purpose trusts*. En purpose trust er karakteriseret ved, at trusten i stedet for at have begunstigeede har et eller flere formål. Purpose trusts har vundet stor udbredelse i de mange off-shore stater rundt om i verden, hvilket belyses nærmere neden for XVI, 8.2. I det følgende vil beskrivelsen kort koncentrere sig om charitable trusts.

### 10.2. Særlige regler

Flere af de regler der gælder for charitable trusts er helt ulig de regler, der ellers gælder for trusts.<sup>82</sup> Dette skyldes, at der ikke altid vil være en begunstiget, der kan håndhæve trusten overfor trustee. På denne baggrund er Attorney-General i England tildelt kompetence til på eget initiativ eller efter anmodning at håndhæve en charitable trust. Herudover kan enhver, der potentielt kan blive begunstiget af trusten lægge sag an mod trustee, forudsat at den pågældende forinden af enten Attorney-General eller af retten har fået tilladelse hertil.<sup>83</sup>

I modsætning til almindelige trusts, hvor der gælder regler for den maksimale tidsmæssige udstrækning de kan eksistere, kan en charitable trust eksistere for evigt.

---

82. Se The Charities Act 1993.

83. Jf. The Charities Act 1003 s. 33(2).

# IX Trusten i et obligationsretligt perspektiv

## 1. Indledning

»At common law a title holder may manage the property as he thinks fit and dispose of the property to whom he will. The rights of ownership also include enjoyment; that is the only element that is taken from the trustee and put in the hands of the trust beneficiary. The Equity jurisdiction carried out and enforced this transfer. It is because the right of enjoyment is separated from the title holding that the person with the right of enjoyment must have remedies against the person with title in order to compel that person so to handle his management and dispositive rights and powers, as to reveal his appreciation that the right of enjoyment of the property in question is in another.«<sup>1</sup>

Det ligger i selve kerneområdet for trusts, at indehaveren af 'nydelsen' til trust property skal have rettigheder overfor trustee, der på sin side har forpligtelser overfor den begunstigede. Var den begunstiget ikke udstyret med sådanne rettigheder ville den begunstigede – qua trustens struktur – være prisgivet. I det følgende vil det interne forhold mellem trustee og begunstiget blive beskrevet.

## 2. Trustees informationsforpligtelse

Trustees forpligtelse til at redegøre for trustens indtægter og udgifter ligger i selve kernen af hvervet som trustee.<sup>2</sup> De begunstigede har ret til indsigt i trustens regnskaber, dog således at informationsniveauet kan afhænge af indholdet af den enkelte begunstigedes ret. Forestiller vi os, at der er flere begunstigede med successive rettigheder, vil en begunstiget, hvis ret er aktuel, have adgang til de komplette regnska-

1. *D.W.M. Waters*, *Institution of the Trust in Civil and Common Law*, *Recueil Des Cours*, 1995, Tome 252, s. 272.
2. Således *D.J. Hayton*: »A the core of the trust concept is a duty of confidence imposed upon a trustee in respect of particular property and positively enforceable in a Court of Equity by a person.«, *The Irreducible Core Content of Trusteeship*, i *Trends in Contemporary Trust Law*, *A. J. Oakley* (red.), 1996, s. 47.

ber hvorimod en begunstiget, der har en fremtidig ret, kun har adgang til regnskabsoplysninger om formueforholdene (og således ikke indtægtsforholdene).<sup>3</sup>

De begunstigede har endvidere krav på at blive informeret om forhold, der vedrører trusten.

Stifteren kan dog i stiftelsesdokumentet have tillagt trustee en eller flere diskretionære beføjelser, hvilket afskærer den eller de enkelte begunstigede i at få indsigt. Indsættelse af sådanne bestemmelser kan skyldes en række forhold, herunder at udlevering af informationer kan forårsage stridigheder internt i en familie. En stifter vil ofte give trustee ganske vide diskretionære beføjelser til at foretage investeringer for midlerne i trusten.

Det følger af ovennævnte, at de begunstigedes rettigheder er omvendt proportionale med trustees forpligtelser.<sup>4</sup>

### 3. Lighedsprincippet

Trustee er underlagt et lighedsprincip i forhold til de enkelte beneficiaries. I sagen *Lloyds Bank plc v. Duker*<sup>5</sup> havde en testator oprettet en trust og i testamentet bestemt, at hans enke skulle være begunstiget til 57,5 pct. af aktierne og de resterende 42,5 pct. skulle tilfalde en række andre begunstigede. Enken krævede nu sin aktiepost udleveret men dette blev afvist af trustee på trods af hovedreglen om, at en begunstiget har en ret til sin andel *in specie* i en trust for sale når trust aktiverne består i løsøre og kan opdeles, som det var tilfældet i sagen. Trustees begrundelse for ikke at imødekomme enkens begæring var, at en udlevering af aktierne ville indebære en langt større fordel for enken qua aktiemajoritet end det at have en ideel ret til trust aktiverne bestående af aktier. Trustees afhændede derfor aktierne og fordelte provenuet i det nævnte delingsforhold.

3. *Mohammed Ramjohn*, Sourcebook on Law of Trusts, 1995, s. 671.

4. »In general, every duty imposed on a trustee represents a right conferred on a beneficiary. Thus a beneficiary has a right to have the trust's affairs conducted prudently, to have the trust administered, and the beneficial interests distributed according to the terms of the trust instrument, and so on.«, *J.G. Riddall*, The Law of Trusts, 5. udg., 1996, s. 391.

5. *Lloyds Bank plc v. Duker*, 1987, 1 W.L.R. 1324, som behandlet i *Jill E. Martin*, Modern Equity, 15. udg., 1997, s. 537 med note 1.

## IX Trusten i et obligationsretligt perspektiv

Trustee skal endvidere i sin administration udvise hensyn i forholdet til den aktuelle begunstigede og de senere begunstigede.

Trustee har en *duty to convert* hvilket indebærer, at trustee kan være forpligtet til at konvertere et eller flere aktiver, der indgår i trusten, til andre aktiver, såfremt dette tjener de begunstigedes interesser bedst. Det kan for eksempel være tilfældet hvor en trust består af forbrugsgoder, der med tiden kun vil falde i værdi. En trust bestående af f.eks. forbrugsgoder vil kun være til den aktuelt begunstigedes fordel. Når tiden er kommet for aktualiseringen af den fremtidigt begunstigedes ret vil forbrugsgoderne i trusten reelt være mere eller mindre værdiløse. Trustee er her forpligtet til at konvertere forbrugsgoderne til kontante midler som trustee så kan investere i f.eks. værdipapirer.

### 4. Udgifter, gæld og forpligtelser

Som led i forvaltningen af trusten vil trustee uværgeligt løbe ind i at skulle afholde udgifter samt betale skatter og afgifter. Trustees retsstilling overfor de begunstigede samt tredjemands retsstilling overfor parterne i trusten beskrives neden for.

#### 4.1. Trustees hæftelse

Trustee hæfter personligt for gæld, kontrakter, forpligtelser, erstatningskrav og skatter opstået som led i udførelsen af sit hverv. En trust er ikke et selvstændigt retssubjekt<sup>6</sup> som det for eksempel er tilfældet med en dansk fond. Trusten kan ikke i eget navn bære rettigheder og forpligtelser. Det er heller ikke muligt at lade stifteren eller de begunstigede hæfte for gæld m.v.<sup>7</sup> Stifteren er ude af billedet efter at overførslen af midlerne til trustee har fundet sted. De begunstigede handler ikke selv hvorfor der ikke på dette grundlag er noget retsforhold mellem førnævnte og kreditorerne, Trustee handler endvidere ikke i egenskab af agent eller fuldmægtig for de begunstigede.

Trustee har ret til at blive holdt skadesløs for alle udgifter og forpligtelser, som retmæssigt er afholdt af ham eller opstået som led i

6. Se om begrebet 'juridisk person' blandt andet Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i Selskabsret I, 1999, s. 31ff.

7. Se dog neden for 4.2. om tre situationer hvor det er muligt at lade stifteren og/eller den eller de begunstigede hæfte for gæld m.v.

#### 4. Udgifter, gæld og forpligtelser

administrationen af trusten.<sup>8</sup> Som et eksempel på ovennævnte kan nævnes sagen *Malcolm v. O' Callaghan*<sup>9</sup> hvor trustee havde hyret nogle skovhuggere til at fælde træer. Udgifterne til skovhuggernes løn afholdes af trustee og trustee kunne kræve sig godtgjort herfor af trustens midler. Skovhuggerne var uagtsomme, hvorfor en gren faldt ned og ramte en forbipasserende, der kom til skade. Den forbipasserende søgte trustee som legal owner og trustee blev dømt til at udrede erstatningen. Trustee kunne kræve sine udgifter til erstatningen refunderet af trustens midler. Trustees ret til at blive holdt skadesløs er betinget af, at trustregnskabet mellem trustee og de begunstigede er i trustees favør.

Det er imidlertid ikke et krav, at trustee først afholder udgifterne eller opfylder forpligtelserne af sin private formue. Trustee kan foranstalte udgifterne betalt og forpligtelser dækket direkte af trustens midler.<sup>10</sup>

Det er helt overordnet en forudsætning, at udgifterne er rimelige og passende i enhver henseende. I engelsk retspraksis kan navnlig henvises til sagen *Carver v. Duncan*<sup>11</sup> hvor Lord *Templeman* udtalte følgende:

»Trustees are entitled to be indemnified out of the capital and income of their trust fund against all obligations incurred by the trustees in the due performance of their duties and the due exercise of their powers. The trustees must then debit each item of expenditure either against income or against capital. The general rule is that income must bear all ordinary outgoings of a recurrent nature, such as rates and taxes and interest on charges and incumbrances. Capital must bear all costs, charges and expenses for the benefit of the whole estate.«

Det er endvidere en betingelse at afholdelsen af den eller de pågældende udgifter ikke er udelukket i stiftelsesdokumentet.

- 
8. I medfør af section 30(2) i Trustee Act 1925: »A trustee may reimburse himself or pay or discharge out of the trust premises all expenses incurred in or about the execution of the trust or powers.«
  9. (1835) 3 Myl. & Cr. 52, refereret af A. J. Oakley i Parker and Mellows *The Moderns Law of Trusts*, 2. udg., 1998, s. 505.
  10. Jf. D. J. Hayton, Hayton and Marshall – *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 10. udg., 1996, s. 752 med note 50.
  11. (1985) 2 All England Reports 645 ved 652 refereret af D. J. Hayton i Hayton and Marshall – *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 10. udg., 1996, s. 753.

## IX Trusten i et obligationsretligt perspektiv

Det skal endelig nævnes, at trustees adgang til at blive holdt skadesløs kan være begrænset eller sågar helt udelukket, såfremt trustee har krav på et større vederlag for sit arbejde, der selv efter udgifter indebærer, at trustee beholder en sum penge.<sup>12</sup>

### 4.2. De begunstigedes hæftelse

Trustees krav på skadesløsholdelse retter sig som nævnt mod trustens midler og ikke den eller de begunstigede personligt. Der er dog tre situationer hvor trustee kan gøre krav gældende mod en begunstiget personligt:<sup>13</sup> *for det første* hvor trustee accepterede hvervet efter anmodning fra stifter når stifter samtidig er begunstiget i trusten. *For det andet* hvor trustee accepterede hvervet som trustee efter anmodning fra en begunstiget. *For det tredje* hvor de begunstigede har en absolut ret til trusten, en såkaldt *bare trust*.<sup>14</sup>

### 4.3. Tredjemand

Trustee hæfter som udgangspunkt direkte og personligt overfor de personer, som trustee entrerer med som led i administrationen af trusten. Kontrahenten vil således som udgangspunkt skulle vurdere den enkelte trustees økonomi.

Det er dog muligt for trustee at aftale med tredjemand, at trustees personlige hæftelse enten begrænses eller helt udelukkes, således at trustee betaler det skyldige beløb af trustens midler. Dette indebærer, at tredjemanden er afskåret fra at gøre krav gældende mod trustee personligt. Er det således angivet i aftalen, at »trustee kontraherer udelukkende i sin egenskab af trustee« eller at »trustee kontraherer i sin egenskab af trustee og ikke som privatperson« anses trustee for at have frigjort sig fra den personlige hæftelse. Trustee har dog kun ret til at foranstalte betaling direkte af trust-midlerne såfremt udgifterne er rimelige og passende i enhver henseende og afholdelsen af disse ikke er udelukket i stiftelsesdokumentet. Undlader trustee at betale det skyldige beløb kan tredjemanden indtræde i trustees ret, men tredjemanden får ikke herved nogen bedre ret. Tredjemanden vil således ikke selv kunne kræve det skyldige beløb betalt af trustens mid-

12. En såkaldt »charging clause«.

13. Jf. A. J. Oakley, Parker and Mellows The Moderns Law of Trusts, 2. udg., 1998, s. 505f.

14. Se om bare trusts oven for kapitel VIII, 7.

ler, hvis trustee i forvejen var afskåret fra dette. Dette gælder dog kun hvor tredjemanden er gjort opmærksom på, at trustee alene handler i sin egenskab heraf.

## 5. Breach of trust

Tilsidesætter trustee sine forpligtelser overfor de begunstigede på kvalificeret vis, foreligger der *breach of trust*. L. A. Sheridan opstiller følgende definition af breach of trust:

»A breach of trust is committed when a trustee departs from the terms of the trust instrument, a principle of equity or a statutory provision. It consists of some *ultra vires* or improper act, neglect default or omission in respect of the trust property or of a beneficiary's interests in it. What would otherwise be in breach of a principle of equity, though, is not a breach of trust if authorized by the trust instrument.«<sup>15</sup>

Ved vurderingen af om de enkelte trustees kan gøres ansvarlige vil omstændighederne i den konkrete sag have betydning:<sup>16</sup>

»The conduct of trustees ought to be regarded with reference to the facts and circumstances existing at the time when they had to act and which were known or ought to have been by them at that time.«<sup>17</sup>

Der findes selvsagt en række varianter af breach of trusts lige fra det nærmest undskyldelige til tilfælde, hvor trustee bevidst har anvendt trustens midler til egne private formål. Det er en betingelse for at domstolene kan statuere breach of trust og pålægge trustee at yde erstatning for et økonomisk tab, at de begunstigede kan bevise, at der

---

15. L. A. Sheridan, Keeton and Sheridan's The Law of Trusts, 12. udg., 1993, s. 435. David J. Hayton, Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees, 15. udg., 1995, s. 3, definerer breach of trust som: »Any act or neglect on the part of a trustee which is not authorised or excused by the terms of the trust instrument, or by law, is called a breach of trust.«

16. Settlor kan endvidere have taget stilling til ansvarsproblematikken og f.eks. undtaget trustees fra simpel uagtsomhed.

17. *Re Chapman*, 1986, 2 Ch 763, som behandlet af David J. Hayton, Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies, 10. udg., 1996, s. 768.

## IX Trusten i et obligationsretligt perspektiv

er en grad af kausalitet<sup>18</sup> mellem trustees handlinger eller undladelser og det økonomiske tab.<sup>19</sup>

Statueres der breach of trust skal trustee betale erstatning efter en meget vid målestok.<sup>20</sup>

»The extent of this liability is not restricted by common principles governing remoteness of damage in actions in tort or breach of contract. Once a breach has been committed the trustees become liable to place the trust estate in the same position as it would have been if no breach had been committed. Considerations of causation, foreseeability and remoteness do not readily feature in this question.«<sup>21</sup>

Selv hvor trust-formuen ikke er påført noget tab kan de begunstige kræve, at trustee fralægger sig den berigelse som han personligt har opnået som følge af breach of trust.<sup>22</sup>

Den begunstigedes retsmiddel er i alle situationerne beskrevet oven for et personligt krav mod trustee (*claim in personam*). Al den stund trustee utvivlsomt er solvent er et erstatningskrav tilstrækkeligt til, at de begunstigede kan have en sikker forvisning om, at erstatningen betales af trustee. Er trustee derimod insolvent, og har han måske oven i købet disponeret over trust-formuen til fordel for tredjemand vil et erstatningskrav ofte ikke være tilstrækkeligt. Denne problemstilling vedrører trustens eksterne retsforhold og behandles straks nedenfor.

Er der flere trustees hæfter disse solidarisk (*joint and several*). Dømmes en trustee til at betale erstatning kan den dømte kræve, at de resterende trustees betaler et beløb således, at de alle har bidraget lige meget.<sup>23</sup>

---

18. Graden af kausalitet er i relation til trusts formentlig noget mildere end ellers, se straks nedenfor.

19. Udover erstatningsansvaret kan trustee endvidere være skyldig i en straffelovsovertrædelse i medfør af Theft Act 1968.

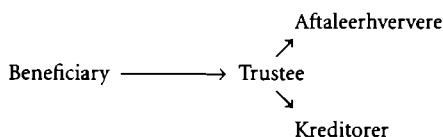
20. Udover reglerne om erstatning kan en begunstiget vælge at benytte reglerne om tracing, se herom neden for kapitel IX.4.

21. *Mohammed Ramjohn*, Sourcebook on law of trusts, 1995, s. 729.

22. *Mohammed Ramjohn*, Sourcebook on law of trusts, 1995, s. 729.

23. *Mohammed Ramjohn*, Sourcebook on Law of Trusts, 1995, s. 733.

# X Trusten i et ejendomsretligt perspektiv



## 1. Indledning

Det er oven for kapitel III, 3. beskrevet hvorledes Chancellors indgriben førte til, at de begunstiges ret blev transformeret fra blot at være en moralsk forpligtelse påhvilende feoffee to uses, til at være en art ejendomsret; equitable ownership. De begunstigede løb imidlertid ikke alene ind i problemer i relation til upålidelige trustees, men også overfor trustees tredjemænd i form af aftaleerhververe og kreditorer. På dette område skulle de begunstiges equitable ownership vise sin endelige styrkeprøve. De helt særlige ejendomsretlige retsvirkninger som følger i kølvandet af stiftelse af en trusts er netop dét kendetegn, som oftest er anvendt til at illustrere den dybe kløft mellem retssystemerne i civil law landene og common law landene. I nærværende kapitel vil de ejendomsretlige konflikter mellem trustees tredjemænd (aftaleerhververe og kreditorer) og de begunstigede samt de særlige regler i common law og equity blive beskrevet. Det indbyrdes forhold mellem de begunstigede og trustee, herunder de begunstiges krav på erstatning i tilfælde af at trustee har begået et breach of trust, er en obligationsretlig problemstilling og er derfor beskrevet oven for i kapitel IX, 5.

## 2. Legal ownership contra equitable ownership

Det er i det foregående flere gang blevet anført, at den begunstigede er equitable owner (beneficial owner) uden at det er nærmere præ-

## X Trusten i et ejendomsretligt perspektiv

ciseret hvad denne ejendomsret består af. Netop dette har udgjort (og udgør i et vist omfang stadig) et kildent problem i de retssystemer, der er baseret på common law. Uenigheden går på om en begunstigets ret alene er *in personam* eller i stedet *in rem*.<sup>1</sup> Diskussionen blev affødt af de systematiske vanskeligheder forbundet med at indpasse equitable interests i romerrettens klassifikation af *in rem* rettigheder. Såfremt det ikke var muligt at indpasse equitable interests ind under romerrettens *in rem* rettigheder var den logiske slutning, at equitable interests i stedet måtte anses for at være *in personam* rettigheder. For det resultat, at equitable interests alene var *in personam* rettigheder, talte endvidere equity maksimen *equity acts in personam*. Chancellor havde hele tiden holdt fast i, at trustee var ejer af trust formuen. Trustee var blot forpligtet til at besidde og forvalte denne udelukkende til fordel for de begunstigede.

Den ældre teori, anført af *F. W. Maitland*, hældte til den opfattelse, at en begunstiget alene havde en ret *in personam*. Således anfører *F. W. Maitland* i sin Lecture IX – The Nature of Equitable Estates and Interests (I):

»This is a topic which, as it seems to me, is insufficiently explained in some of our elementary text-books. Language is there used about one person being the owner in law while another is the owner in equity in which there is no harm, provided it be properly understood; but it does not explain itself and is liable to lead to serious mistakes, not merely to unsound theories but to practical blunders.

By way of illustration I take a passage from Austin's *Jurisprudence*, I, 388. He has been explaining the difference between *jus in personam* and *jus in rem*. Then he says 'By the provisions of that part of the English law which is called equity, a contract to sell at once vests *jus in rem*, or ownership, in the buyer, and the seller has only *jus in re aliena*. But according to the conflicting provisions of that part of the English system called peculiarly law, a sale and purchase without certain formalities merely gives *jus ad rem*, or a right to receive ownership, not ownership itself: and for this reason a contract to sell, though in equity it confers ownership, is yet an imperfect conveyance, in consequence of the conflicting pretensions of law. To complete the transaction the legal interest of the seller must be passed to the buyer in a legal form.'

---

1. »Analysing the nature of a beneficiary's interest under a trust is a vexatious question which something over half a century ago aroused acute controversy among leading scholars ...«, *Graham Moffat*, *Trusts Law Text & Materials*, 2. udg., 1994, s. 185.

## 2. Legal ownership contra equitable ownership

Now as a piece of speculative jurisprudence this seems to me nonsense, while as an exposition of our English rules, I think it not merely nonsensical but mischievous. Suppose that A, an owner of land, has agreed to sell land to X, but that the transaction has not yet been perfected by a conveyance. Is it really true that while law, as distinguished from equity, says that A is still the owner, equity holds that X is the owner? Is it true that in the year 1874 there was this conflict between law and equity? Think for a moment what such a conflict would have meant, one court saying that A is owner, another that X is owner – it would simply have meant anarchy. And supposing that this was so in 1874, what are we to say now-a-days when the Judicature Act of 1873, by section 25, has declared that when there is a conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law, the rules of equity shall prevail? If the contract passes ownership, why be at the expense of a conveyance? Is it either law or equity at the present moment that a mere contract to sell land passes the ownership in land, passes a *jus in rem* from the vendor to the purchaser.

No, the thesis that I have to maintain is this, that equitable estates and interests are not *jura in rem*. For reasons that we shall perceive by and by, they have come to look very like *jura in rem*; but just for this very reason it is the more necessary for us to observe that they are essentially *jura in personam*, not rights against the world at large, but rights against certain persons.«<sup>2</sup>

F. W. Maitland så *trustee* som ejer af trust-formuen og være i besiddelse af rettigheder *in rem*. Den *begunstigede* derimod havde ikke nogen ejendomsret over trust-formuen, men var af equity beskyttet mod at trustee handlede mod den begunstigedes interesser. Det af F. W. Maitland ovenfor anførte gav anledning til megen røre og Austin Wake-man Scott kritiserede direkte det af F. W. Maitland anførte i sin artikel »The Nature of The Rights of The *Cestui Que Trust*«. Austin Wakeman Scott anfører om forskellen mellem de to typer af rettigheder:

»Has the *cestui que trusts* really rights *in rem*? A right *in rem* is usually defined to be a right available against the world at large, corresponding to a duty imposed upon the world at large; and by the world at large is meant indeterminate persons, an indefinite number of persons, not necessarily every one in the world; and it is to be distinguished from a right *in personam*, or obligation, which is a right available against determinate persons corresponding to a duty imposed upon determinate persons.«

---

2. Frederic William Maitland, Equity also the Forms of Action at Common Law – Two Courses of Lectures, redigeret af A. H. Chaytor og W. J. Whittaker, 1909, s. 111f. og Frederic William Maitland, Equity – A Course of Lectures, revideret af John Brunyate, 1936, s. 106f.

## X Trusten i et ejendomsretligt perspektiv

It is submitted that the *cestui que trust* is not merely the owner of the equitable obligation of the trustee, but he is also the equitable owner of the property held by the trustee. It is submitted that he has more than those rights *in rem* which are possessed by every obligee of a legal or equitable obligation; that he has also proprietary rights in the trust property. It is submitted that the legal analogue is not a legal obligation but legal ownership of property; and that to speak of equitable ownership is just as accurate a use of terms as to speak of legal ownership.

The writer's contention is that today it is correct to say that the *cestui que trust* has two classes of rights; he has a number of rights, positive and negative, available against the trustee alone; he has in addition, as equitable owner of the trust *res*, a right against the world at large to insist that it respect his ownership, to insist that it refrain from using the trust property for any purpose which is inconsistent with the trust; that right is not available against a purchaser for value without notice; and if, unlike some equitable interests, it is not available against one who acts adversely to the trustee, as a disseisor or converter, it is not because equity does not regard the *cestui que trust* as beneficial owner of the trust *res*, but because it considers that the trustee adequately represents him«. <sup>3</sup>

Forskellen mellem de to synspunkter er således hvorvidt den begunstige alene har en rettinghed mod trustee eller har en rettinghed i selve trust formuen. Uenigheden synes i senere tid at være dæmpet ned til fordel for det sidste synspunkt men det kan med rette spørges, som gjort af *D.W.M. Waters*, om ikke uenigheden skyldes, at trusts særkende er forsøgt forklaret ved at anvende romerretlige begreber på trods af, at engelsk ret med dets relative ejendomsretsbegreb netop her adskiller sig så markant fra romerrettens absolutte ejendomsbegreb:

»The truth seems to be that the latinisms forced this debate into false divisions of rights. Neither author considered what the significance must be of the fact that the *sui generis* trust concept essentially divides the attributes of ownership between two persons, the rights of dispositions and management being in the trustee, and the right of enjoyment in the beneficiary. It might well be that the beneficiary exercises his right solely through his action against the trustee for proper performance of the trust, but the fact remains that the beneficiary

---

3. *Austin Wakeman Scott*, The Nature of The Rights of The *Cestui Que Trust*, Columbia Law Review, vol. 17, 1917, s. 269ff., se s. 273ff. og s. 290. *Austin Wakemann Scott* fik opbakning for sine synspunkter af *Harlan F. Stone* i, The Nature of The Rights of The *Cestui Que Trust*, Columbia Law Review, vol. 17, 1917, s. 467ff.

## 2. *Legal ownership contra equitable ownership*

has one of the rights making up the ownership of the trust property. Indeed, the trust property is the whole support and *raison d'être* of this right of enjoyment.«<sup>4</sup>

*D.W.M. Waters* har i sin senere behandling af spørgsmålet forfinet sit standpunkt yderligere, idet det anføres:

»Perhaps we should regard the Roman distinction between *in personam* and *in rem* as not the same as the distinction between obligation and property. Moreover, remedies have their own frontiers of availability that do not necessarily coincide with the line that is drawn between the conceptual notions of obligation and property.«<sup>5</sup>

Diskussionen om selve den begunstiges ret er i nyere tid i det store og hele forladt<sup>6</sup> og den overvejende opfattelse er, at de begunstigede har en ejendomsret til aktiverne i trusten.<sup>7</sup> *Equitable ownership* er imidlertid ikke en med *legal ownership* sammenlignelig ejendomsret og reglerne i *equity* afviger også fra *common law*. Retsvirkningen af den begunstiges ret i det eksterne retsforhold er forskellig alt efter om tredjemand er kreditor eller aftaleerhverver, hvorfor de to grupper vil blive behandlet hver for sig.

Nyere tids diskussion om trusts koncentrerer sig om hvorvidt trusten skal rubriceres inden for kontraktsretten eller tingsretten. Trusts hører ifølge *John H. Langbein* hovedsageligt til inden for kontraktsret-

---

4. *D. W. M. Waters*, *The Nature of The Trust Beneficiary's Interest*, *The Canadian Bar Review*, 1967 vol. 45, s. 219ff., se s. 225.

5. *D.W.M. Waters*, *Institution of the Trust in Civil and Common Law*, *Recueil Des Cours*, 1995, Tome 252, s. 277. *Philip Pettit* må tages til indtægt for det samme standpunkt, når han anfører: »There seems much to be said for treating the interest of a *cestui que trust* as *sui generis*.«, *Philip Pettit*, *Equity and the law of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 77.

6. Jf. *Graham Moffat*, *Trusts Law Text and Materials*, 2. udg., 1994, s. 185.

7. »But this does not prevent us from treating a beneficiary under a trust as having equitable ownership. A beneficiary's interest behind a trust has long been treated as having the basic characteristics of a proprietary interest in that it can be bought, sold, mortgaged, and devised and bequeathed. Even though, historically, the protection of the beneficiary was based on the Chancellor's willingness to proceed *in personam* against the trustee, that protection has ended up by creating rights in the nature of ownership. To argue that a beneficiary's are proprietary is not to say that legal rights are the same as equitable, or that equitable ownership is the same as legal. Rather, it is to accept the basic peculiarity of ownership under the English law of trusts. The trustee is the owner at law; and the beneficiary is the owner in equity.« *Jill E. Martin*, *Hanbury and Martin Modern Equity*, 15. udg., 1997, s. 18.

## X Trusten i et ejendomsretligt perspektiv

ten, men han anerkender dog på den anden side, at der er tingsretlige elementer i trusten der gør, at trusts må anses for at være en hybrid:

»Trust is a hybrid of contract and property, and acknowledging contractarian elements does not require disregarding property components whose convenience abides.«<sup>8</sup>

*Henry Hansmann* og *Ugo Mattei* er for så vidt enige i, at det indbyrdes forhold mellem stifteren, trustee og de begunstigede i al væsentlighed kan rubriceres inden for obligationsretten. Vendes blikket derimod mod tredjemands-relationerne, herunder særligt trustees kreditorer og aftaleerhververe, er retsvirkningerne ifølge *Henry Hansmann* og *Ugo Mattei* ganske anderledes end hvad det er muligt at opnå ved hjælp af en kontrakt:

»The analysis we offer here, in contrast, argues that it is precisely the property-like aspects of the trust that are the principal contribution of trust law. (...) Trust law has important consequences in this regard and thus appropriately can be said to involve property law.«<sup>9</sup>

Diskussionen om hvorvidt trusten hovedsageligt hører til inden for kontraktsretten eller tingsretten forekommer mindre væsentlig al den stund at der synes at herske enighed om, at trusten i hvert fald indeholder visse tingsretlige aspekter. En lignende diskussion kunne for så vidt føres i relation til f.eks. et aktieselskab, idet dette retsinstitut har såvel kontraktsretlige som tingsretlige karakteristika, men ville formentlig ikke føre til noget entydigt resultat.

### 3. Trustees kreditorer

Det er vigtigt at skelne mellem trustens kreditorer på den ene side og trustees personlige kreditorer på den anden side, idet alene førstnævnte kan søge sig fyldestgjort i trust-formuen.

---

8. *John H. Langbein*, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, vol. 105, 1995, s. 669. Se også *samme* s. 627: »In truth, the trust is a deal, a bargain about how the trust assets are to be managed and distributed.«

9. *Henry Hansmann* og *Ugo Mattei*, *The Functions of Trust law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, *New York University Law Review*, 1998, vol. 73, s. 469f.

### 3.1. Trustees personlige kreditorer

Som tidligere beskrevet erhverver trustee som led i oprettelsen af en trust legal ownership til de aktiver, der udgør trustens formue. Herved bliver trustee i common laws øjne fuldstændig ejer af de berørte midler. Trustee fremstår således overfor omverden som værende berettiget til at disponere over de berørte midler som var de netop trustees egne private midler. Har stifteren af trusten imidlertid *enten* selv beholdt equitable ownership til de overdragne midler *eller* samtidigt med stiftelsen af trusten overført equitable ownership til en eller flere begunstigede, hviler der fremdeles to ejendomsrettigheder på de samme midler. Reglerne i equity fører her til, at trustees personlige kreditorer er afskåret fra at søge sig fyldestgjort i trustens aktiver. Denne ejendomsretlige retsvirkning er én af de væsentligste årsager til trustens udbredelse i common law landene. Retsvirkningen indtræder uanset på hvilket grundlag trustees personlige kreditorer gør krav på aktiverne i trusten. Selv hvor trustee i breach of trust stiller trustens midler til sikkerhed for et privat lån ydet af en kreditorer, der er uvidende om at sikkerheden hører til en trust, er kreditor afskåret fra at håndhæve sin sikkerhed i trust midlerne. Beskyttelsen af de begunstigede mod krav på trust midlerne fremsat af trustees personlige kreditorer er meget vid.<sup>10</sup> Dette giver selvsagt anledning til, at en jurist der ikke er skolet i common law og equity men derimod for eksempel i dansk ret, hæver øjenbrynene. Blandt de første tanker, der ryger gennem hovedet på en dansk jurist er formentlig hensynet til kreditor og kreditsikkerheden, særligt når der henses til, at det i engelsk ret langt fra er muligt at registrere trust-rettigheder i alle aktivtyper. Ses dette endvidere i lyset af at en trust kan oprettes mundtligt, vil trusten kunne være tæt på helt usynlig for en kreditor, hvilket selvsagt kan gøre det vanskeligt klart at afgøre om det eller de pågældende aktiver er debtors egne personlige, eller om de i virkeligheden blot tilhører debitor i dennes egenskab af trustee. Udgangspunktet er imidlertid også her at trustees personlige kreditorer er afskåret fra at gøre krav gældende mod trust-midlerne. Ved løsningen af konflikten må det enkelte retssystem gøre sig klart, at der er tale om et valg, der uanset til hvis fordel valget falder ud indebærer, at en anden part

---

10. Dog findes der – i lighed med dansk ret – regler i Insolvency Act 1986 hvorved dispositioner kan afkræftes eller omstødes.

## X Trusten i et ejendomsretligt perspektiv

lider et økonomisk tab. Man kan enten, som det er tilfældet i common law landene når der foreligger en trust, lade kreditor bære risikoen. Eller man kan, som det er tilfældet i (de fleste) civil law lande i lignende retsforhold, lade den 'begunstigede' bære risikoen. Uanset hvad kommer en af parterne til at lide et tab.<sup>11</sup> Dog bør det nævnes at en begunstiget i medfør af den tidligere Bankruptcy Act 1914 kunne risikere, at trust-midler blev inddraget i trustees konkurs.<sup>12</sup> Dette skete på baggrund af doktrinen *reputed ownership*. Doktrinen gik ud på, at aktiver som ikke var ejet af fallenten, men var i fallentens besiddelse, blev inddraget i konkursen såfremt aktiverne indgik i fallentens erhvervsmæssige virksomhed med den rigtige ejers samtykke og tilladelse og under omstændigheder, som gjorde fallenten til *reputed owner*.<sup>13</sup> På baggrund af denne doktrin kunne en begunstiget risikere at trust-midlerne blev inddraget i trustees konkurs såfremt trustee gennem sin besiddelse af trust-midler fremstod som *reputed owner* af disse. *Reputed ownership* doktrinen blev ved ikrafttrædelsen af Insolvency Act 1986 ophævet, hvorfor det ikke længere spiller nogen rolle for beskyttelse af den begunstigedes ret, om trustee overfor omverden fremstod som værende ejer eller ej.

Det er endvidere vigtigt at bemærke, at de begunstigedes equitable ret til trust-midlerne omfatter de til enhver tid værende aktiver. De begunstigedes ret 'griber' så at sige nytilkommende aktiver samtidig med at grebet om de gamle aktiver, der er givet i bytte for de nye, slippes. Der er med andre ord tale om tinglig surrogation.

### 3.2. Trustens kreditorer

Som det er beskrevet oven for kapitel VI, 2. er trusten ikke en juridisk person, hvorfor det er trustee, der personligt indgår forpligtelserne. En ufyldstgjort trust kreditor kan derfor ikke rette sit krav mod 'trusten' som sådan. Kreditor har i stedet et krav på at træde i trustees sko hvad angår sidstnævntes ret til skadesløsholdelse af trust-

---

11. Hvorvidt der er tale om et tab afhænger naturligvis af, om det er muligt for enten kreditor eller den 'begunstigede' at få dækning for et erstatningskrav hos trustee.

12. Bankruptcy Act 1914 er nu erstattet af Insolvency Act 1986.

13. Se *Hamish Anderson, The Treatment of Trust Assets in English Insolvency Law*, i *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Ewan McKendrick (red.), 1992, s. 169.

midlerne.<sup>14</sup> Den omstændighed, at kreditor står i trustees sko indebærer imidlertid, at hans ret er afledt af trustees; kreditor får med andre ord ikke en bedre ret end trustee. Kreditor skal bevise at forpligtelsen ikke falder uden for trust instrumentet, at gælden er stiftet på et retmæssigt grundlag samt at regnskabet mellem trustee og de begunstigede tillader, at der finder en betaling sted.<sup>15</sup> Hvorvidt kreditor tillige kan rette et krav mod trustee personligt og således søge sig fyldestgjort i trustees private formue afhænger af, om trustee ved kontraheringen tydeligt angav, at han ene og alene handlede i sin egenskab af trustee.<sup>16</sup> Har trustee ikke taget (tilstrækkeligt) forbehold i så henseende, vil trustee hæfte med hele sin formue.

#### 4. Trustees aftaleerhververe

##### 4.1. Indledning

Det er et led i hvervet som trustee at administrere trustens midler, herunder at foretage fornuftige investeringer. Disse pligter indebærer, at trustee er beføjet til at disponere over trustens midler ved køb og salg. Trustees beføjelser i denne forbindelse vil eventuelt fremgå af selve stiftelsesdokumentet, idet der herudover gælder en lang række regler og principper for trustees administration.<sup>17</sup> Forestiller vi os, at trustens midler består af en aktiepost til en kursværdi på 1.000.000

---

14. *David J. Hayton*, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 10. udg., 1996, s. 756. *Jill E. Martin*, *Hanbury and Martin Modern Equity*, 15. udg., 1997, s. 674: »Subrogation. This is a doctrine with common law and equitable origins whereby one person is entitled to stand in the shoes of another and assert that other's rights.«

15. *Philip Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 8. udg., 1997, s. 459 og s. 460: »Nevertheless the position is that the right of a third party against the trust fund is indirect and uncertain, and this may make him reluctant to enter into contractual relations with the trustee. This may cause difficulty, particularly to large commercial trusts, such as pension funds. It may well be that an appropriate and effective power could be expressly given. However, because of doubts as to whether this is permissible the Law Reform Committee proposes legislation to make it clear that a power to create a charge upon the trust fund as a continuing entity can be conferred upon trustees by the trust deed, enabling them to give the maximum possible security to third parties.«

16. *David J. Hayton*, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 10. udg., 1996, s. 755.

17. Se herom oven for kapitel IX, 3.

## X Trusten i et ejendomsretligt perspektiv

kr. som trustee retmæssigt sælger, idet han anvender provenuet til i stedet at købe statsobligationer, vil de begunstigedes ret til trustens midler skifte fra aktierne over pengene til endelig obligationerne. Køberen af aktierne bliver ejer af disse ligesom sælgeren af obligationerne bliver ejer af pengene, der udgør provenuet fra salget af aktierne. Trustees disposition, der som anført var retmæssig, volder ikke nogen problemer. Anderledes forholder det sig, hvor trustee har handlet in breach of trust og således ikke har haft beføjelse til at sælge og/eller købe som gjort. Dette vedrører spørgsmålet om de begunstigedes retsstilling overfor trustees aftaleerhververe.

Oprindeligt havde de begunstigede i henhold til en trust kun mulighed for at håndhæve trusten overfor trustees. De begunstigede kunne ikke rette noget krav mod køber, der følgelig eksstingverede de begunstigedes ret i equity til trust-midlerne. De begunstigede kunne selvfølgelig i stedet rette deres krav mod trustee, men dette krav afhang helt og holdent af trustees økonomiske situation eller om trustee kunne opspores. Var trustee ikke i stand til at erstatte de begunstigedes tab måtte de begunstigede gå med uforrettet sag. Hertil kom, at køberne meget vel kunne have været vidende om, at de pågældende aktiver tilhørte en trust men blot valgte at lukke øjnene, idet køberne vidste, at de altid kunne eksstingvere de begunstigedes ret.

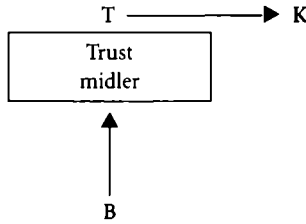
### 4.2. Bona fide purchaser for value without notice

I midten af det 15. århundrede ændrede retsstillingen sig imidlertid til, at kun en køber, der hverken vidste eller burde vide, at de pågældende aktiver tilhørte en trust, kunne eksstingvere de begunstigedes equitable rettigheder. En køber af aktiver, der tilhører en trust, skal i dag opfylde fire betingelser for at kunne tage fri for de begunstigedes equitable rettigheder:

1. Vedkommende skal være køber (*purchaser*),
2. Køber skal have givet *consideration* til trustee for det købte (*for value*),
3. Køberen skal have handlet i god tro (*bona fide* og *without notice*),
4. Køber skal have købt *legal estate*.

De fire betingelser kan beskrives ved at tage udgangspunkt i følgende eksempel, hvor T uretmæssigt har overført trust-midler til K.

#### 4. Trustees aftaleerhververe



Det er *for det første* en betingelse, at K skal være køber (*purchaser*). Har K modtaget trust-midler i gave eller i arv, vil K uanset om han er i god tro ikke kun eksstingvere B's ret. Gavemodtageren og arvinger, der samlet kaldes *volunteers*, kan aldrig eksstingvere en begunstigets equitable ret.<sup>18</sup> *For det andet* og i forlængelse af førnævnte, er det en betingelse at K har givet *consideration*<sup>19</sup> for trust-midlerne. At K har givet *consideration* er dog ikke ensbetydende med, at K skal have betalt fuld pris for trust-midlerne. K vil anses for at have ydet *consideration* hvis han blot har betalt 1 penny for trust-midlerne. *For det tredje* er det en betingelse, at K var i god tro om at aktiverne hørte til en trust. Det er imidlertid ikke nok, at K ikke er bekendt med at aktiverne ligger i en trust, hvis han ikke har foretaget sig de undersøgelser, der med rimelighed måtte forventes af ham. K er således nødsaget til at undersøge trustees *title* til aktiverne for derved at skabe klarhed om hvorvidt aktiverne tilhører en trust.<sup>20</sup> God tro går således på viden (*actual notice*) og burde viden (*constructive notice*). Ved afgørelsen af om køberen har handlet i god tro vil det pågældende aktivtype kunne have betydning, idet det er vanskeligt at statuere ond tro i relation til løsøre, rede penge, m.v. *Endelig* er det en

18. Jf. *David J. Hayton, Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 925.

19. *Consideration* er en i engelsk ret grundlæggende betingelse for, at der er oprettet en gyldig kontrakt. *Consideration* er i ældre engelsk retspraksis blevet defineret som: »Some right, interest, profit or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other«, *Curie v. Misa* (1875) L.R. 10 Ex. 153. *Denis Keenan*, foretrækker imidlertid nyere retspraksis definition af dette som givet af *Sir Frederick Pollock*: »An act of forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable.«, se i det hele *Dennis Keenan, Smith and Keenan's English Law*, 9. udg., 1989, s. 204. Det er vigtigt at være opmærksom på, at *consideration* ikke kræves hvor kontrakten er under segl (under seal).

20. Såfremt K's befuldmægtigede, hyppigst hans advokat, har eller burde have kendskab til at aktiverne er i en trust, anses K for at besidde samme viden eller burde viden (*imputed notice*).

## X Trusten i et ejendomsretligt perspektiv

betingelse, at K's køb vedrører legal estate til trust-midlerne. En trustee kan som udgangspunkt<sup>21</sup> kun disponere over legal estate, hvorfor en disposition over equitable estate nødvendigvis må komme fra en begunstiget, hvilket ikke volder nogen problemer.

De ovennævnte fire betingelser udtrykkes normalt på den vis, at K skal være *bona fide purchaser for value without (actual or constructive) notice*.

Det bemærkes, at der i engelsk ret gælder det tilsvarende som i dansk ret om, at en én gang død indsigelse ikke vågner op igen. Forestiller vi os nu, at K var i god tro da han købte trust midlerne og at K et år senere sælger trust-midlerne til L, der hele tiden har vidst at aktiverne hørte til en trust, vil de begunstigede ikke vindicere trust-midlerne fra L.<sup>22</sup> De begunstigedes rettigheder er døde én gang for alle.

Reglen om *bona fide purchaser of value without notice* er i relation til fast ejendom i visse henseender blevet erstattet af lovkrav om registrering af equitable rettigheder, The Land Charges Act 1972.<sup>23</sup> Retsvirkningen af at registrere en equitable rettighed er, at de begunstigede kan vindicere overfor selv *bona fide purchasers for value without notice*. Omvendt vil en manglende registrering af en equitable rettighed indebære, at køberen kan eksstingvere de begunstigedes ret selvom køber er i ond tro.

Opfylder køberen ikke alle betingelserne vil den begunstigede kunne kræve trust-midlerne tilbage. Den begunstigede har også mulighed for at fremsætte et erstatningskrav mod køberen.<sup>24</sup>

---

21. Såfremt der er oprettet en såkaldt sub-trust vil trustee i sub-trusten disponere over rettighederne i equity.

22. Dette gælder dog ikke hvis modtageren er den eller de trustees, der i sin tid uberettiget solgte trust-midlerne. I dette tilfælde vågner B's equitable rettigheder op igen.

23. The Land Charges Act 1972, der erstattede The Land Charges Act 1925, har seks kategorier af *land charges*, se section 2(2)-(7).

24. Det hører normalt til undtagelserne, at den begunstigede selvstændigt kan anlægge sag mod andre end trustee, jf. L. A. Sheridan, Keeton and Sheridan's The Law of Trusts, 12. udg., 1993, s. 452: »A beneficiary is only allowed to sue a third party to enforce a liability to the trust estate when a trustee commits a breach of trust or is involved in a conflict of interest and duty or in other exceptional circumstances. In the absence of exceptional circumstances, if the trustee refuses to sue, the beneficiary's course is to sue the trustee for the execution of the trusts and then to apply for leave to sue the debtor in the trustee's name.«

# XI Den begunstigedes retsmidler

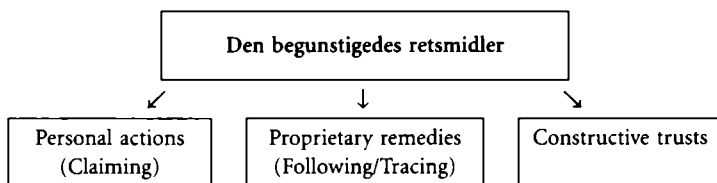
## 1. Indledning

En begunstiget hvis trustee har gjort sig skyldig i breach of trust nyder beskyttelse qua en række retsmidler opstillet i equity. Behandlingen vil i det følgende koncentrere sig om retsmidlerne<sup>1</sup> *claiming*, *following*, og *tracing* i relation til trustee og aftaleerhververe.<sup>2</sup> Engelsk rets regler om *tracing* er så afgjort det mest interessante af den begunstigedes retsmidler set ud fra en dansk og kontinental synsvinkel.

Claiming, following og tracing udgør helt centrale elementer i retsinstituttet trusts i form af den begunstigedes værnsmidler mod trustee, der i kraft af legal ownership, overfor omverden fremstår som værende den absolutte ejer af det eller de pågældende formuegoder, der udgør trust-formuen. For at bruge en metafor kan claiming, following og tracing siges at udgøre forsvarsværnet omkring trust-midlerne.

Til ovennævnte retsmidler kommer en særlig form for trust, der kaldes *constructive trust*. Constructive trusts kan siges tillige at indgå i forsvarsværnet omkring trust-midlerne, eller rettere at danne grundlag for at de oprindelige trust-midler eller disses surrogater, fortsat nyder beskyttelse i equity.

Den begunstigedes retsmidler kan som følge heraf illustreres som følger:



1. Der findes herudover få andre retsmidler som den begunstigede kan benytte sig af, f.eks. injunctions.
2. Som følge af reglerne om subrogation, hvorefter trustens kreditorer afleder deres ret fra trustee og følgelig ikke kan erhverve bedre ret end trustee, vil trustens kreditorer ikke blive gjort til genstand for behandling her, se i stedet oven for kapitel X, 3.

## XI Den begunstigedes retsmidler

### 2. Claiming

Breach of trust berettiger den begunstigede til at fremsætte erstatningskrav mod trustee.<sup>3</sup> Reglerne herom rubriceres typisk under begrebet *claiming*. Et erstatningskrav er et obligationsretligt krav; *in personam*. Den begunstigede kan rette kravet mod trustee. Er tredjemanden ikke en bona fide purchaser for value without notice, kan den begunstigede tillige rette et erstatningskrav mod denne.

### 3. Following

Following går ud på at identificere et trust aktiv, typisk hvor det bliver overført fra en person til en anden person. Following vedrører *altid* det *originale* aktiv. Following er en præliminær øvelse forud for at det kan vurderes, om den begunstigede kan rette noget krav mod den uberettigede besidder:<sup>4</sup>

»The exercise of following is necessary to establish certain claims, but it is not a claim or a right in itself. It is just the physical exercise of finding where something is, or at least where it has been. By itself, it does not make anyone liable. (...) Following, then, is neither a right nor a remedy. It is an exercise or process which litigants are at liberty to undertake. In some cases, it is an exercise which must be undertaken successfully in order to establish a claim.«<sup>5</sup>

Following er en konstatering af den fysisk faktiske tilstedeværelse af det pågældende aktiv.<sup>6</sup> Et eksempel på following er illustrationen neden for, hvor trustee først har overdraget aktivet til aftaleerhverver 1, der efterfølgende overdrager aktivet til aftaleerhverver 2:

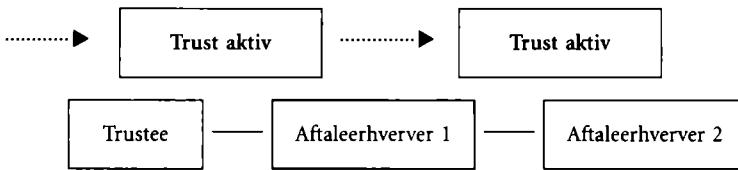
---

3. Se også oven for kapitel IX, 5.

4. Som eksempel på en situation hvor en person (A) kan følge aktivet ind i hænderne på en anden person (B), men ikke har noget krav på B er hvor A har solgt aktivet til B.

5. *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 10f.*

6. »The context of following is the movement of things in time and space.«, *Lionel D. Smith, The law of Tracing, 1997, s. 6.*



Following kan i visse situationer være vanskeliggjort eller måske helt umuligt. Umulighed vil foreligge såfremt det pågældende aktiv er gået til grunde. Vanskeligheder vil kunne indtræde såfremt aktivet er undergået række fysiske forandringer. Fysiske forandringer kan være maling af et aktiv eller udskiftning af dele af aktivet. I hvilket omfang et aktiv kan forandres uden at det ændrer så grundlæggende karakter, at det ikke længere kan anses for at være det originale aktiv, kan der ikke siges noget præcist om.<sup>7</sup> En anden problemstilling vedrører den situation, hvor det oprindelige aktiv er blevet sammenblandet med et eller flere andre aktiver, se herom neden for 3.1.

Den afgørende forskel mellem following og tracing, der behandles neden for, er:

- at following altid koncentrerer sig om det *oprindelige aktiv*,
- at following kan bringe en *ny person* ind i billedet.

Såfremt overdragelsen er sket ved et breach of trust og den begunstige kan følge aktivet til en erhverver, der ikke er en bona fide purchaser for value without notice, kan den begunstige kræve selve aktivet udleveret.

Dansk rets parallel til engelsk rets following er vindikation, hvor ejeren af aktivet søger aktivet tilbage fra en uberettiget besidder.

### 3.1. Following og sammenblanding

Af og til vil following vanskeliggøres af, at det oprindelige aktiv blandes sammen med andre aktiver. Sker sammenblandingen således, at det ikke herefter er muligt at adskille det oprindelige aktiv fra det eller de andre aktiver, er following ikke længere muligt. Reglerne om following går dog ganske vidt i retning af at beskytte den begunstige mod erhververe, der uretmæssigt er i besiddelse af trust akti-

7. *Lionel D. Smith* anfører blot: »So long as the change does not entail the conclusion that the original thing no longer exists, it does not prevent following.«, *The Law of Tracing*, 1997, s. 7.

## XI Den begunstigedes retsmidler

verne. Til brug for belysningen af problematikken kan følgende eksempel opstilles:

Trustee (T) har i breach of trust afhændet 30 guldbarrer til en erhverver (E), der handler med guld. E er i forvejen i besiddelse af 10 guldbarrer, der er identiske med førnævnte 30 guldbarrer. Den begunstigede (B) er selvsagt forhindret i at kunne udpege hvilke af de 30 guldbarrer, der tilhører trusten.

Der kan anlægges to synsvinkler på denne problemstilling. Efter den ene synsvinkel lægges vægten på, at den begunstigede ikke er i stand til at udpege de oprindelige aktiver hvorfor following ikke er muligt. I den anden synsvinkel opstilles der »kunstige« regler ud fra den information, der er til rådighed. Denne information vil i de fleste tilfælde bestå i størrelsesforholdet mellem de to formuer i den sammenblandede aktivmasse. Engelsk ret hælder til den anden synsvinkel.<sup>8</sup>

Vender vi tilbage til eksemplet oven for er det indbyrdes forhold mellem den begunstigede og guldhandleren  $\frac{3}{4}$  og  $\frac{1}{4}$ . Den begunstigede vil således kunne kræve 30 af guldbarrerne udleveret selvom den begunstigede derved kan komme til at tage en eller flere af guldhandlerens oprindelige guldbarrer. Bliver 4 af guldbarrerne stjålet ved et indbrud hos guldhandleren bliver fordelingsnøglen på  $\frac{3}{4}$  og  $\frac{1}{4}$  også her at anvende. Den begunstigede kan altså nu kræve 27 af guldbarrerne, mens guldhandleren kan beholde de resterende 9.

Engelsk ret anvender ved bevisproblemer i relation til following et princip om *subordination of interest* hvorefter den begunstigede har ret til at udtage sin andel af de sammenblandede midler forinden trustee kan kræve sin andel, såfremt bevisproblemerne kan tilregnes trustee. Dette kan efter omstændighederne indebære, at der ikke bliver noget tilbage til trustee.<sup>9</sup>

Sammenblanding ved following indeholder en mangfoldighed af forskellige muligheder, der i flere tilfælde fører til endog meget kom-

8. Jf. *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 70ff.*

9. »There is a well-established principle of law and equity that a person whose unlawful act brings about an evidential difficulty will have that difficulty resolved against him. Thus, if a defendant is guilty of a wrongful interference with property, and the defendant's act has prevented the accurate valuation of that property, all reasonable inferences will be drawn against the defendant in assigning a value.«, *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 77.*

plekse problemstillinger hvilke ikke vil blive behandlet yderligere her.<sup>10</sup>

## 4. Tracing<sup>11</sup>

### 4.1. Indledning

Tracing (sporing)<sup>12</sup> kan siges at være spejlbilledet af following, idet genstanden der ledes efter *ikke* er det originale aktiv, men derimod det originale aktivs *surrogat(er)* eller snarere dets værdirepræsentativer, se nedenfor. Har trustee f.eks. afhændet et trust aktiv og som betaling modtaget en obligationsbeholdning, vil den begunstigede kunne spore det oprindelige trust aktiv ind i obligationsbeholdningen og kræve, at obligationsbeholdningen i stedet udgør trust-midlerne. Denne ret gælder ikke kun overfor trustee men tillige overfor trustees kreditorer og dermed også i trustees konkursbo.

Den afgørende forskel mellem tracing og following er:

- at tracing altid bringer et nyt aktiv ind i billedet,
- at tracing koncentrerer sig om den oprindelige indehaver.

I lighed med following er sporing også en præliminær øvelse forud for at det kan vurderes, om den begunstigede kan gøre krav på surrogatet. Er det således lykkedes en begunstiget at spore værdier ind i trustees hænder, vil det skulle efterprøves hvorvidt den begunstigede kan gøre et krav gældende og i bekræftende fald i hvilket omfang.

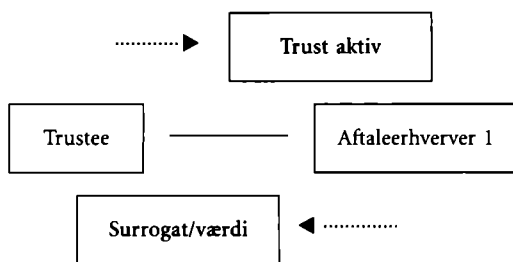
Vender vi tilbage til eksemplet oven for kan det i relation til reglerne nu opstilles således:

10. Der henvises i stedet til *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 67ff.*

11. Tracing (sporing) kan begrebsmæssigt siges at udgøre det ene delkomponent af hvad vi her kan kalde surrogation eller substitution. Det andet delkomponent udgøres af subrogation. Opdelingen genfinder vi i fransk ret i form af *substitution personnelles* og *substitution reelles* samt i tysk ret. Subrogation og substitution personnelles hører til *inden for obligationsretten*. Subrogation m.v. finder f.eks. sted ved kaution hvor kautionisten er nødsaget til at betale hovedmandens gæld til kreditor. Ved at betale gælden træder kautionisten i kreditors sko og kan herefter rette sit krav mod hovedmanden. Kautionistens krav er en ganske almindelig fordring. Sporing, substitution reelles og Dinglischen surrogation hører i stedet til *indenfor ejendomsretten*, idet kravet relaterer sig til et aktiv og ikke en person.

12. Det danske ord 'spore' vil så vidt muligt anvendes i stedet for det engelske ord 'tracing'.

## XI Den begunstigedes retsmidler



I eksemplet er trust aktivet afhændet til den ondtroende aftaleerhverver 1, der til gengæld herfor har overdraget et surrogat til trustee. Den begunstigede kan her spore aktivet ind i trustees hænder, som værende et surrogat og forlange, at surrogatet fremover tilhører trustformuen. Sporing kan i visse tilfælde være umuligt at gennemføre, f.eks. i de situationer, hvor trustee har overdraget trust aktivet som gave til erhververen. Her eksisterer der i sagens natur ikke noget surrogat. Sporing kan i stedet være vanskeliggjort af, at der ligger en hel kæde af dispositioner mellem tidspunktet for afhændelsen af det originale aktiv til sporing påbegyndes. Således kan trustee have afhændet en fast ejendom og for denne have modtaget en kontant sum penge, hvilken han har anvendt til at købe en aktiepost for. Et år senere afhænder trustee aktieposten og for halvdelen af provenuet køber han en obligationspost og den andel halvdel sætter han ind på en bankkonto. Så længe den begunstigede kan bevise transaktionerne og identificere surrogaterne, kan den begunstigede på baggrund af sporingen gøre krav gældende mod trustee.

Hvor genstanden for søgningen ved following var det *originale aktiv* er det unøjagtigt at sige, at det der søges efter ved sporing er surrogat aktivet. Surrogat aktivet er snarere manifestationen af det eftersøgte. Ved sporing søges der efter de *værdier*, der er trådt i stedet for værdien af det originale aktiv (værdirepræsentativer):<sup>13</sup>

»What is traced, then, is the value inherent in thing. It is *value*, not property or assets, which can be identified in different forms after each substitution. (...) When a person makes a substitution through which we trace, value is the only constant that is held by that person before, through and after the substitution. It exists in a different form after the substitution – namely, in

13. Surrogatet behøver ikke at være et fysisk aktiv. Tracing kan også ske i værdier, der udgøres af immaterielle aktiver samt obligatoriske rettigheder, *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 143.*

the form of the new thing – and that is what can justify a claim to the new asset. (...) The object of following is tangible things; but the object of tracing is the value which inheres in rights. That is why tracing, unlike following, can be concerned with those rights which have no tangible subject matter.»<sup>14</sup>

### 4.2. Surrogatets værdi<sup>15</sup>

Forestiller vi os at trust-formuen udgøres af en aktiepost med en kursværdi på 1.000.000 kr. og trustee begår et breach of trust ved at afhænde denne for et maleri, der efterfølgende er steget i værdi til 1.200.000 kr., opstår spørgsmålet om det er den begunstige eller trustee, der skal drage fordel af værdiforøgelsen. I engelsk ret falder afgørelsen ud til fordel for den begunstige, idet det ville være ubilligt (unequitable) at lade trustee drage fordel af sit breach of trust.

Er maleriet i stedet faldet i værdi til f.eks. 800.000 kr. opstår det samme spørgsmål blot med omvendt fortegn. Den begunstige kan her vælge mellem at påstå equitable ownership til maleriet, i hvilket tilfælde den begunstige kun får maleriet og således selv må bære tabet på 200.000 kr. En anden mulighed er kun at kræve en equitable lien (eller charge). Et equitable lien eller charge tjener alene som sikkerhed for den begunstiges krav, hvorfor den begunstige tillige kan rejse et krav mod trustee på 200.000 kr.

### 4.3. Identifikation af surrogatet

#### A. *Ren substitution*

Neden for belyses et udvalg af sager om hvad der kan betegnes 'rene tilfælde af substitution', dvs. hvor (1) et nyt aktiv er erhvervet (2) udelukkende (3) for alle de midler, der spores.

Det største problem i forbindelse med sporing er at identificere surrogatet eller surrogaterne. Som eksempel på en ren substitution kan f.eks. nævnes den situation hvor en cigaretpakke af mærket Prince byttes med en cigaretpakke af mærket Kings. Er begge cigaretpakker af nogenlunde samme dato, stand og uåbnede, vil surrogatet have

---

14. *Lionel D. Smith*, *The Law of Tracing*, 1997, s. 15f. Se også *David J. Hayton*, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 10. udg., 1996, s. 829: The tracing process is concerned not with following a particular asset ... It is concerned with tracing value passing through substitutions of assets in place of the original asset in which the plaintiff had a proprietary interest ...«

15. Se i det hele *David J. Hayton*, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 10. udg., 1996, s. 829.

## XI Den begunstiges retsmidler

samme værdi som det oprindelige aktiv. Engelsk rets regler om sporing finder imidlertid ikke blot anvendelse i dette meget simple eksempel, men tillige i tilfælde af særdeles komplekse dispositioner.

Øges kompleksiteten i eksemplet nu til at trustee i stedet modtager 10.000 kr. for det pågældende trust aktiv, hvilke penge trustee placerer i sit hjem, hvorefter han efterfølgende med check køber et stereoanlæg til en værdi på 10.000 kr. I dette tilfælde kan det meget vel være at trustee har været at den opfattelse, at han købte stereoanlægget for provenuet af salget af trust aktivet, men dette er ikke tilfældet. Der har ikke fundet nogen substitution sted og de begunstigede er derfor afskåret fra at forlange stereoanlægget udleveret, og må i stedet holde sig til de 10.000 kr. i kontanter i trustees hjem.<sup>16</sup> Et andet eksempel er den situation hvor trustee køber stereoanlægget på kredit og først senere indfrier kreditten med de 10.000 kr., der stammer fra det uberettigede salg af trust aktiverne. Sporing af pengene ind i stereoanlæggets værdi vil her kunne finde sted, men først efter at kreditten er indfriet. Begrundelsen for dette er at stiftelsen af gælden vel er forudsætningen for erhvervelsen af stereoanlægget, men de 10.000 kr. anvendes til at udslukke sælgerens krav på købesummen overfor trustee.<sup>17</sup> På denne baggrund gør det ikke nogen forskel om stereoanlægget er købt kontant eller på kredit.<sup>18</sup>

Forestiller vi os i stedet at trustee har lånt 10.000 kr. af en bank og brugt disse til at købe stereoanlægget for og efterfølgende bruger 10.000 kr., der hører til trust-formuen, til at indfri lånet. I denne situation kan de 10.000 kr. tilhørende trust-formuen spores ind i banklånet og videre derfra til hvad lånet er anvendt til, i eksemplet her stereoanlægget.<sup>19</sup> Tilsvarende vil en sporing kunne ske ind i en overtrukket konto og videre til de værdier, der er fremkommet som følge af overtrækket på kontoen. Kan det derimod ikke fastlægges

16. *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 136.*

17. However the matter is analyzed, it seems clear that money which is used to pay a debt can be traced into what was acquired in exchange for the assumption of that debt. The incurring of the debt is the means of acquisition of that item, and the money being traced is the means of 'acquisition' or extinguishment of the debt., *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 147.*

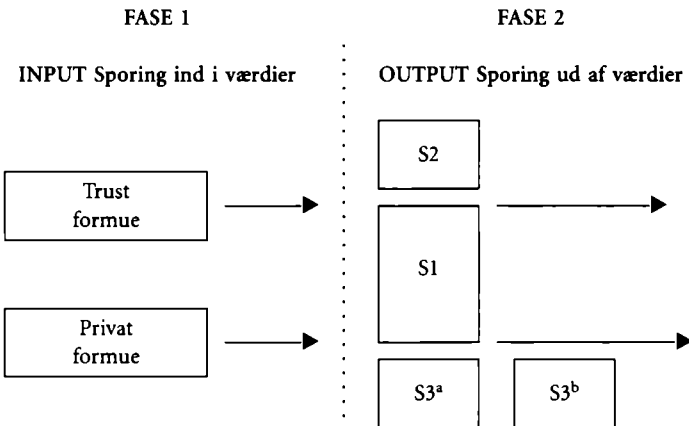
18. Tilsvarende og med endnu større styrke vil det være muligt at trace pengene ind i stereoanlægget hvor dette er købt med ejendomsforbehold, idet trustee først erhverver ejendomsretten til stereoanlægget når købesummen er fuldt betalt, jf. *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 147.*

19. *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 147.*

hvad trustee har anvendt låneprovenuet til, må sporingen ophøre. Er identifikation af en transaktion umulig, f.eks. hvor det som her ikke kan påvises hvad låneprovenuet er brugt til, er sporingen tilendebragt og den begunstigede må i stedet anvende retsmidlerne claiming og/eller following. Identifikationsproblematikken er en meget vigtig begrænsning i reglerne om tracing.

### B. Sammenblandet substitution

En sammenblandet substitution foreligger hvor trustee har erhvervet et aktiv, der har en værdi på 10.000 kr., med 5.000 kr. der hører til trusten og 5.000 kr. af trustees egen private formue. Et andet eksempel er hvor trustee i stedet køber to aktiver for de to gange 5.000 kr. Et yderligere eksempel er hvor trustee anvender de 5.000 kr. hørende til trusten til at forbedre sin motorcykel, der forinden forbedringen havde en værdi på 5.000 kr. Det karakteristiske ved sammenblandet substitution er, at der er flere in- og/eller output aktiver:



Af illustrationen fremgår at sammenblandet substitution kan ske på mere end én måde. For at få et tilpas klart overblik over sporing ved sammenblandet substitution er det vigtigt at skelne mellem to faser og de enkelte elementer heri:

- I) Fase 1. Den indledende fase:
  - a) input (hvilken eller hvilke formuer er anvendt)
  - b) sporing ind i sammenblandede midler (hvorledes og hvornår er transaktionen foretaget)

## *XI Den begunstiges retsmidler*

II) Fase 2. Den afsluttende fase:

- a) output (hvilket eller hvilke aktiver repræsenterer værdierne)
- b) sporing ud af sammenblandede midler

### *I. Fase 1. Den indledende fase*

I den indledende fase fastlægges input aktiverne og selve transaktionen fra input aktiverne til output aktiverne analyseres.

#### *I.a. Input*

Startfasen for sporing er at fastlægge hvilke formuer, der er anvendt og i hvilket størrelsesforhold, der er anvendt midler fra de forskellige formuer. Det er dog ikke en forudsætning for at der er en sammenblandet substitution, at input består af flere forskellige formuer. Sammenblandet substitution kan sagtens foreligge hvor der alene er anvendt-trust midler, se nedenfor.

#### *I.b. Sporing ind i sammenblandede midler*

Selve sammenblandingen finder sted ved en eller flere transaktioner, hvor input aktiverne substitueres til et eller flere nye aktiver. Der er reelt tale om tre tilfældegrupper hvor en sammenblanding finder sted:

- erhvervelse af ét aktiv (S1) er sket med trust-formue og privat formue,
- erhvervelse af flere aktiver (S1 og S2) er sket med trust-formue og privat formue,
- erhvervelse af ét aktiv (S3<sup>a</sup>) er *alene* sket med trust formue men trustee besidder et andet aktiv (S3<sup>b</sup>) og de to aktiver er så ens, at det ikke er muligt at adskille dem.

### *II. Fase 2. Den afsluttende fase*

Den afsluttende fase markerer tilendebringelsen af sporingen ved enten at fastlægge output aktiverne eller såfremt disse er afhændet, fortsætte sporingen til nye output aktiver kan fastlægges.

#### *II.a. Output*

Efter transaktionen hvorved sammenblandingen er indtruffet er næste skridt at fastlægge output. Output kan beskrives som det eller de aktiver, der nu repræsenterer den oprindelige input-værdi. Sammenblandingen kan have to udformninger:

- fysisk sammenblanding,
- værdi sammenblanding.

Som eksempel på en *fysisk sammenblanding* kan nævnes den situation, at trustee blander 10 tusindkroner sedler med sine egne 10 tusindkroner sedler. Her er det strengt taget muligt fysisk at udskille sammenblandingen i to aktiver og dermed to værdirepræsentativer. En *værdi sammenblanding* foreligger derimod hvor trustees egne 10.000 kr. sammen med trustens 10.000 kr. er blevet anvendt til at købe en diamant. Her kan selve aktivet ikke fysisk udskilles ud i værdierne. En værdi sammenblanding foreligger også hvor trustee for sine egne 10.000 kr. henholdsvis trustens 10.000 kr. *samtidigt* har erhvervet to aktiver, f.eks. en aktie og en obligation. Selv hvor aktien og obligationen hver har en værdi på 10.000 kr. er det ikke muligt at sige hvor trustens henholdsvis trustees midler befinder sig i de to aktiver.

#### *II.b. Sporing ud af sammenblandede midler*

Sporing vil ofte ikke blot være en manøvre, der er reduceret til en transaktion mellem input og output aktiverne. Sporingen vil ofte afsløre, at output aktiverne tillige er blevet afhændet til fordel for et eller flere nye output aktiver. I eksemplet oven for kan trustee meget vel have afhændet aktien til 10.000 kr. men beholdt obligationen til 10.000 kr. I så fald består output aktiverne nu af obligationen og pengebeholdningen, der hver har en værdi af 10.000 kr.

#### **4.4. Den kvantitative adskillelse af sammenblandede midler**

Den *kvantitative* (værdimæssige) adskillelse af sammenblandede midler (output aktiverne) ved sporing, modsvarer reglerne om den *kvalitative* (fysiske) adskillelse af sammenblandede midler ved following. Det er her vigtigt at være opmærksom på, at det ved sporing af sammenblandede midler – i lighed med following ved sammenblandede midler – har betydning hvorvidt trustee har handlet in breach of trust. Er dette tilfældet fører reglerne om subordination til, at det lægges trustee til last, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan påvises i hvilke aktiver de enkelte værdier hører til. Behandlingen af sporing i sammenblandede midler vil i denne sammenhæng koncentrere sig om den situation, hvor trustee har begået et breach of trust.

## XI Den begunstigedes retsmidler

Tages der udgangspunkt i den situation hvor trustee har anvendt 10.000 kr. af trustens midler og 10.000 kr. af sine egne midler til at erhverve et aktiv, opstår spørgsmålet om den begunstigede kan kræve et beløb på 10.000 kr. eller i stedet en andel på 50 pct. Den begunstigede vil i tilfælde af værdiforøgelse have en fordel i at kræve en andel på 50 pct. af aktivet. I tilfælde af værdiforringelse af aktivet vil den begunstigede derimod have en interesse i at kræve det sporede beløb på 10.000 kr.

I sagen *Re Hallett's Estate* slog *George Jessel MR* fast, at den begunstigede i rene substitutions tilfælde har valgfrihed mellem at kræve en andel af aktivet (nedlægge påstand om equitable ownership) eller et pengebeløb (nedlægge påstand om et charge over aktivet). Var der derimod tale om sammenblandet substitution ville den begunstigede ifølge *George Jessel MR* alene kunne kræve et beløb i form af et charge over det eller de pågældende aktiver.<sup>20</sup> *Lionel D. Smith* er uenig heri og er i stedet af den opfattelse, at den begunstigede bør kunne vælge mellem den for ham mest fordelagtige måde at beregne værdien i de sammenblandede midler på, når markedsværdien på det eller de pågældende aktiver har ændret sig.<sup>21</sup> Spørgsmålet om de begunstigedes rettigheder ved sammenblandet substitution blev i maj 2000 forelagt House of Lord i sagen *Foskett v McKeown and others*.<sup>22</sup>

*Foskett v McKeown and others*. Trustee (T) havde modtaget midler fra en række købere (K) af byggegrunde i Portugal med det formål at der skulle bygges på disse. Byggeplanerne blev imidlertid aldrig realiserede hvorfor T holdt de modtagne midler i trust for K. T tegnede i 1986 en livsforsikring, idet han indsatte sine børn (B) som begunstigede.<sup>23</sup> I årene 1986-1988 foretog T tre indbetalinger til livsforsikringen hidrørende fra hans egne private midler.<sup>24</sup> I årene 1989 og 1990 foretog T – i strid med trustens bestemmelser (breach of trust) – to indbetalinger på livsforsikringen af trust-midler. T havde yderligere foreskrevet, at livsforsikringen skulle holdes i trust for B. T begik selvmord i

20. *Re Hallett's Estate*, 13 Chancery Division 696, 1880, Court of Appeal, s. 709. Retsstillingen er anderledes i U.S.A., jf. *Lionel D. Smith*, *The Law of Tracing*, 1997, s. 182 med note 67.

21. *Lionel D. Smith*, *The Law of Tracing*, 1997, s. 183.

22. *Foskett v McKeown and others* [2000] 3 All ER 97. Dommen findes også på internet adressen: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000518/fosk01.htm> og følgende sider (fosk01.htm – fosk05.htm).

23. B var indsat som begunstigede til 1/9 og T's ægtefælle til 1/9.

24. Der var usikkerhed om hvilke midler, der var anvendt i forbindelse med den tredje indbetaling på livsforsikringen.

1991, og forsikringselskabet udbetalte £ 1.000.000 til B. Der var enighed om, at forsikringssummen ville have været udbetalt selvom de sidste to indbetalinger ikke var foretaget. T's første og anden indbetaling til livsforsikringen var nemlig i henhold til policens bestemmelser tilpas store til også at omfatte de følgende tre år. Der var endvidere enighed mellem parterne om, at de foretagne indbetalinger med trust-midler, såfremt de blev sat i forhold til forsikringssummen, udgjorde 40 pct. af de £ 1.000.000.

K sagsøgte T under henvisning til, at trustee i strid med trustens bestemmelser havde benyttet trust-midler til sin egen private formue. K påstod at de anvendte trust-midler kunne spores ind i den udbetalte forsikringssum på £ 1.000.000, således at K havde equitable ownership til 40 pct., dvs. £ 400.000. B påstod derimod, at K kun havde krav på at få dækning for de faktisk anvendte trust-midler, det vil sige de to indbetalinger på i alt £ 20.440. Sagen vanskeliggjordes af, at såvel K som B var uskyldige i det begåede breach of trust. K havde på den ene side ufrivilligt bidraget med en mindre sum penge til livsforsikringen og B var på den anden side begunstige i henhold til livsforsikringen, men havde ikke selv bidraget med penge til denne.<sup>25</sup> Et flertal af dommerne i House of Lords (Lord *Browne-Wilkinson*, Lord *Hoffmann* og Lord *Millett*) afgjorde sagen til fordel for K. K ansås for at have equitable ownership til £ 400.000 uagtet at K kun havde bidraget med £ 20.440. K opnåede ved dommen en væsentlig gevinst, tæt på en 20-dobling af de indskudte midler. Herom anfører Lord *Millett* i sine fyldige præmisser:

»Since the manner in which an asset is realised does not affect its ownership, and since it cannot matter whether the claimant discovers what has happened before or after it is realised, the question of ownership can be answered by ascertaining the shares in which it is owned immediately before it is realised. Where A misappropriates B's money and uses it to buy a winning ticket in the lottery, B is entitled to the winnings. Since A is a wrongdoer, it is irrelevant that he could have used his own money if in fact he used B's. This may seem to give B an undeserved windfall, but the result is not unjust. Had B discovered the fraud before the draw, he could have decided whether to keep the ticket or demand his money back. He alone has the right to decide whether to gamble with his own money. If A keeps him in ignorance until after the

---

25. »There are many cases in which the court has to decide which of two innocent parties is to suffer from the activities of a fraudster. This case, unusually, raises the converse question: which of two innocent parties is to benefit from the activities of the fraudster.«, Lord *Browne-Wilkinson* i sagen *Foskett v McKeown and others*.

## XI Den begunstigedes retsmidler

draw, he suffers the consequence. He cannot deprive B of his right to choose what to do with his own money; but he can give him an informed choice.«

Lord *Millet* tager også stilling til *George Jessel* MR's obiter dictum i sagen *Re Hallett's Estate*, hvorefter en begunstiget ved sammenblandet substitution kun har et charge i midlerne. Lord *Millet* anfører hertil:

»In my view the time has come to state unequivocally that English law has no such rule. It conflicts with the rule that a trustee must not benefit from his trust. I agree with Burrows that the beneficiary's right to elect to have a proportionate share of a mixed substitution necessarily follows once one accepts, as English law does, (i) that a claimant can trace in equity into a mixed fund and (ii) that he can trace unmixed money into its proceeds and assert ownership of the proceeds.

Accordingly, I would state the basic rule as follows. Where a trustee wrongfully uses trust money to provide part of the cost of acquiring an asset, the beneficiary is entitled *at his option* either to claim a proportionate share of the asset or to enforce a lien upon it to secure his personal claim against the trustee for the amount of the misapplied money. It does not matter whether the trustee mixed the trust money with his own in a single fund before using it to acquire the asset, or made separate payments (whether simultaneously or sequentially) out of the differently owned funds to acquire a single asset.

Two observations are necessary at this point. First, there is a mixed substitution (with the results already described) whenever the claimant's property has contributed in part only towards the acquisition of the new asset. It is not necessary for the claimant to show in addition that his property has contributed to any increase in the value of the new asset. This is because, as I have already pointed out, this branch of the law is concerned with vindicating rights of property and not with reversing unjust enrichment. Secondly, the beneficiary's right to claim a lien is available only against a wrongdoer and those deriving title under him otherwise than for value. It is not available against competing contributors who are innocent of any wrongdoing. The tracing rules are not the result of any presumption or principle peculiar to equity. They correspond to the common law rules for following into physical mixtures (though the consequences may not be identical). Common to both is the principle that the interests of the wrongdoer who was responsible for the mixing and those who derive title under him otherwise than for value are subordinated to those of innocent contributors. As against the wrongdoer and his successors, the beneficiary is entitled to locate his contribution in any part of the mixture and to subordinate their claims to share in the mixture until his own contribution has been satisfied. This has the effect of giving the beneficiary a lien for his contribution if the mixture is deficient.

Innocent contributors, however, must be treated equally inter se. Where the beneficiary's claim is in competition with the claims of other innocent contributors, there is no basis upon which any of the claims can be subordinated to any of the others. Where the fund is deficient, the beneficiary is not entitled to enforce a lien for his contributions; all must share rateably in the fund.

The primary rule in regard to a mixed fund, therefore, is that gains and losses are borne by the contributors rateably. The beneficiary's right to elect instead to enforce a lien to obtain repayment is an exception to the primary rule, exercisable where the fund is deficient and the claim is made against the wrongdoer and those claiming through him. It is not necessary to consider whether there are any circumstances in which the beneficiary is confined to a lien in cases where the fund is more than sufficient to repay the contributions of all parties. It is sufficient to say that he is not so confined in a case like the present. It is not enough that those defending the claim are innocent of any wrongdoing if they are not themselves contributors but, like the trustees and Mr. Murphy's children in the present case, are volunteers who derive title under the wrongdoer otherwise than for value. On ordinary principles such persons are in no better position than the wrongdoer, and are liable to suffer the same subordination of their interests to those of the claimant as the wrongdoer would have been. They certainly cannot do better than the claimant by confining him to a lien and keeping any profit for themselves.«

På baggrund af House of Lords dom i sagen *Foskett v McKeown and others* må engelsk rets stilling anses for at være i hvert fald foreløbig afklaret derhen, at når der har fundet en sammenblanding sted har den begunstigede valget mellem den for ham mest fordelagtige måde at beregne værdien i de sammenblandede midler på, det være sig i form af et fikseret beløb eller en andel af midlerne.

#### 4.5. Betaling af gæld med trust midler

Reglerne om subrogation, der er en måde hvorpå en person indtræder i en andens persons rettigheder, kan være relevante ved sporing, hvor trust-midler er blevet anvendt til at betale gæld. Den begunstigede træder ved sporing ved hjælp af subrogation i kreditors sted. Den begunstiges ret er således her afledt af kreditors ret.<sup>26</sup>

Tracing og subrogation kan anvendes hvad enten gælden, der helt eller delvist er blevet betalt af trust-midler, er sikret eller usikret.

Midler anvendt til at betale en gæld, kan spores til det, der blev

---

26. Den begunstigede erhverver imidlertid ikke bedre ret end kreditor i forvejen havde.

## XI Den begunstigedes retsmidler

anskaffet i forbindelse med optagelsen af lånet. Indfrier en trustee således et prioritetslån i sin faste ejendom vil trust-midlerne kunne spores ind i selve den faste ejendom. Reglerne om subrogation vil i dette tilfælde føre til samme resultat. Dette gælder imidlertid kun i de tilfælde, hvor sikkerheden for lånet stilles i det samme aktiv som låneprovenuet er anvendt til at erhverve. Har trustee derfor i stedet optaget lån i den faste ejendoms friværdi og anvendt låneprovenuet til at købe en bil fører reglerne om tracing og subrogation til to forskellige resultater. Anvendes reglerne om *tracing* vil den begunstigede kunne spore trust-midlerne ind i bilen. Anvendes i stedet reglerne om *subrogation* vil den begunstigede indtræde i den tidligere kreditors sikkerhed i den faste ejendom. Afhængig af de nærmere omstændigheder vil den begunstigede have en fordel i at benytte det ene sæt regler frem for det andet. Er bilen gået til grunde<sup>27</sup> vil den begunstigede kunne se en fordel i at benytte sig af subrogation, hvorimod tracing vil være mest fordelagtigt såfremt den tidligere kreditors pant viser sig at være ugyldigt.

Er gælden, som trust-midlerne blev anvendt til at dække, usikret, vil den begunstigede i medfør af reglerne om subrogation, alene erhverve en personlig fordring mod trustee. Hvor sporing er umulig står den begunstigede derfor overfor valget mellem claiming og subrogation. Begge dele fører til et personligt krav mod trustee.<sup>28</sup>

### 4.6. Tracing og bankkonti

Ved bankkonti foreligger et kreditor-debitor retsforhold, der er nærmere reguleret af en kontrakt hvilken typisk vil være bankens almindelige betingelser. Hvem der er debitor henholdsvis kreditor afhænger af om saldoen på den pågældende bankkonto er i kredit eller debet.

Har trustee indsat trust-midler på sin egen bankkonto vil den begunstigede kunne spore pengene ind i kontoen.<sup>29</sup> Indestod der på tidspunktet for indbetalingen af trust-midlerne tillige andre midler

27. Uden at der i denne forbindelse er kommet et forsikringssum til udbetaling.

28. At vælge subrogation kan dog være mere fordelagtigt, f.eks. hvor kreditors krav har en højere prioritet end den begunstigedes krav i trustees konkursbo.

29. En anden problemstilling vedrører den situation hvor trustee indsætter egne midler på *trustens* bankkonto. I denne situation vil reglerne om subordination of interest finde anvendelse således, at eventuelle bevisproblemer med at adskille midlerne vil lægges trustee til last, *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 195.*

på kontoen og hæver trustee på et senere tidspunkt penge fra kontoen opstår der vanskelige problemstillinger i relation til sporing af trust-midlerne. Ligeledes problematisk er de situationer hvor saldoen på kontoen på tidspunktet for indbetalingen af trust-midler var negativ. Det falder uden for rammerne af denne fremstilling at gå ind på en nærmere redegørelse af de førnævnte problemstillinger, hvilke rejser særdeles komplicerede problemstillinger. Behandlingen neden for vil i stedet give et kort indblik i hovedindholdet af sporing ind i bankkonti.

*A. Sporing ind i bankkonto i kredit*

Hvor trustee i breach of trust har indsat trust-midler på sin egen bankkonto og efterfølgende foretaget hævninger, kan den begunstigede vælge mellem at holde sig til det aktuelle indestående beløb på bankkontoen eller i stedet at spore trust-midlerne ud af kontoen ved efterfølgende hævninger og ind i aktiver, erhvervet for de hævvede midler.<sup>30</sup> Den begunstigede kan sågar benytte sig af begge muligheder hvor f.eks. det aktuelle indestående på bankkontoen ikke rækker til at dække de forbrugte trust-midler.<sup>31</sup>

*B. Sporing ind i bankkonto i debit*

Den begunstigede kan her spore trust-midlerne ind i den overtrukne bankkonto og videre ud i det eller de aktiver, der er erhvervet for bankkontoens midler. Den begunstigede kan ikke gøre noget krav gældende i selve bankkontoen når denne er overtrukket. Indsætter trustee derimod efterfølgende egne midler på kontoen, således at denne ikke længere er overtrukket vil den begunstigede kunne gøre krav på den positive balance, i det omfang den kan rummes inden for værdien af de forbrugte trust-midler.

---

30. Den begunstigede kan vælge mellem hvilken eller hvilke af hævningerne, der ønskes sporet.

31. Jf. *Lionel D. Smith, The Law of Tracing, 1997, s. 199.* Den begunstigede kan imidlertid ikke gøre krav på mere end det aktuelle indestående.

## XI Den begunstigedes retsmidler

### 5. Constructive trusts

Constructive trusts opstår *by operation of law*<sup>32</sup> eller legalt og dermed ikke ved en eksplicit deklaration eller handling af en settlor som det er tilfældet med *express trusts*.<sup>33</sup> En constructive trust vil endvidere kunne foreligge selvom denne ikke engang har været et implicit ønske hos sagens parter. Constructive trusts statuere af domstolene såfremt der derved opnås et *equitable* resultat. Statuering af constructive trusts har de engelske domstole i en lang række sager set som en smidig måde at opnå et *equitable* resultat på. Dette har imidlertid været på bekostning af en sammenhængende teori om denne særlige trust type.<sup>34</sup>

Constructive trusts indeholder en række faldgruber for kontinentale jurister i mellemværender, hvor engelsk ret finder anvendelse.

#### 5.1. Et forsøg på en kategorisering af constructive trusts

Denne type af trust fremstår som den sværeste af definere. *P. V. Baker* og *P. St. J. Langan* har i *Snell's Equity* anført følgende:

»... a constructive trust is a trust which is imposed by equity in order to satisfy the demands of justice and good conscience.«<sup>35</sup>

I sagen *Carl-Zeiss Stiftung v Herbert Smith (No. 2)*<sup>36</sup> har *Edmund Davies* L.J. anført:

---

32. En anden type trust, der opstår legalt er *resulting trusts*, der er beskrevet oven for kapitel VIII, 6.

33. Express trusts er beskrevet oven for VIII, 3.

34. Hertil kommer, at de engelske domstole i en række sager har valgt at statuere en constructive trust fremfor en resulting trust eller omvendt, selvom kravene hertil vanskeligere har kunnet opfyldes end havde domstolen i den pågældende sag truffet det modsatte valg. Igen har hensynene til dommens resultat været vægtigere end en stringent anvendelse af de forskellige trustformer.

35. *P. V. Baker* og *P. St. J. Langan*, *Snell's Equity*, 29. udg., 1990, Sweet & Maxwell, s. 192. Definitionen fik juridicel accept i sagen *Carl Zeiss Stiftungen v. Herbert Smith Co. (No. 2)*, *Law Reports*, 1969, vol. II, Chancery Division, s. 276ff, se s. 301. I den af dommer *Edmund Davies* L.J. anførte definition, var til sidst tilføjet ordene: »... without reference to any express or presumed intention of the parties.«

36. *Carl Zeiss Stiftung v Herbert Smith (No. 2)*, *The Law Reports*, 1969, Chancery Division, nr. 2, s. 276ff, se s. 300.

## 5. Constructive trusts

»English law provides no clear and all-embracing definition of a constructive trust. Its boundaries have been left perhaps deliberately vague, so as not to restrict the court by technicalities in deciding what the justice of a particular case may demand.«

Se også *Denning L* i sagen *Hussey v Palmer*:<sup>37</sup>

»Although the plaintiff alleged that there was a resulting trust, I should have thought that the trust in this case, if there was one, was more in the nature of a constructive trust; but this is more a matter of words than anything else. The two run together.«

Der synes dog i engelsk ret at være enighed om, at i hvert fald tre situationer ((1)-(3) nedenfor) kan resultere i, at domstolene når frem til, at der foreligger en constructive trust. Herudover vil en constructive trust eventuelt blive statueret i fem andre tilfælde (4)-(8):

1. hvor en person har opnået en fordel ved at handle svigagtigt, unconscionably eller måske også inequitably,
2. hvor en fiduciary har opnået en fordel som følge af dennes brud på loyalty,
3. som et resultat af en disposition over trust-formuen, der udgør breach of trust,
4. hvor der er oprettet en secret trust,
5. hvor der er oprettet et gensidigt testamente,
6. hvor der indgås en salgsaftale, der er specifically enforceable,
7. som en følge af en pantsætters udøvelse af sine beføjelser i et pant, og
8. som en følge af equitys indgriben over for en overførsel af aktiver, der *in law is incomplete*.

Behandlingen vil i det følgende koncentrere sig om nr. 1 og 2.

### 5.2. Grundlæggende om constructive trusteeship

Constructive trusts dækker med *Jill Martins* ord:

»... situations in which either the existence of the trusteeship or the terms of the trust or both are determined by operation of law.«<sup>38</sup>

Denne betegnelse er ganske rammende idet området for constructive trusts ikke blot er at opstå ud af noget, der ikke i forvejen var en

37. *Hussey v Palmer*, *Weekly Law Review*, 1972, 1., s. 1286ff., se s. 1289.

38. *Hanbury og Martin*, *Modern Equity*, 15. udg. af *Jill E. Martin*, 1997, s. 287.

## XI Den begunstiges retsmidler

trust. Som eksempel herpå kan der henvises til (3) oven for, hvor en trustee har handlet i breach of trust i relation til trust-formuen, f.eks. ved uberettiget at sælge trust-aktiver til en bona fide purchaser for value without notice. Her er der i forvejen en trust men trustees uretmæssige dispositioner over trust-aktiverne indebærer, at trustee nu holder provenuet for den eller de begunstigede som trustee i en constructive trust.

### A. Kravet om trust property

Det skal holdes for øje, at der som udgangspunkt kun kan opstå constructive trusts hvor vedkommende, der anses for at være constructive trustee, har trust-aktiverne<sup>39</sup> eller disses surrogater<sup>40</sup> i sin besiddelse. Dette udgangspunkt er dog i væsentlig grad blevet modificeret af retspraksis i tilfælde, der hører under kategorien *dispositions of trust property in breach of trust*, og som omfatter følgende tre forhold:<sup>41</sup>

- en person har – eller har været medvirkende til, at der er – foretaget en disposition over trust-midlerne, der udgør breach of trust (*dishonest assistance*),
- en person har mod bedre viden og for egen vindings skyld modtaget aktiver over hvilke der er disponeret in breach of trust (*knowing receipt*), og
- en person der retmæssigt og ikke for egen vindings skyld har modtaget aktiver, der hører til en trust, men hvor personen efterfølgende enten har misbrugt eller på anden vis disponeret over disse på en måde, der ikke er forenelig med den pågældende trust (*inconsistent dealing*).

I ovennævnte tre tilfælde kan personen påtvinges rollen som trustee i en constructive trust uden at vedkommende aktuelt er i besiddelse af trust-aktiverne. Ved dishonest assistance kan personen påtvinges rollen som constructive trustee uden nogen sinde at have været i besiddelse af trust-aktiverne:

A. J. Oakley referer en sag hvor en far havde forevist trustees en forfalsket vielsesattest for at bringe trustees i den tro, at hans børn var ægtebørn og således berettigede til trust-formuen, hvilken følgelig blev distribueret til disse. De subsidiært begunstigede lagde sag an mod faderen, der af retten blev pålagt

39. Se oven for 3. om following.

40. Se oven for 4. om tracing.

41. A. J. Oakley, *Constructive Trusts*, 3. udg., 1997, s. 181.

## 5. Constructive trusts

hvervet som constructive trustee for den del af trust-formuen, der ikke kunne leveres tilbage af børnene.<sup>42</sup>

Af sagens omstændigheder fremgår klart, at faderen på intet tidspunkt har været i besiddelse af trust-formuen. I sagen *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington L.B.C.*<sup>43</sup> udtaler *Browne-Wilkinson* følgende hvor særlig det i (iii) tiltrækker sig opmærksomhed:

»The relevant principles of trust law

- (i) Equity operates on the conscience of the owner of the legal interest. In the case of a trust, the conscience of the legal owner requires him to carry out the purposes for which the property was vested in him (express or implied trust) or which the law imposes on him by reason of his unconscionable conduct (constructive trust).
- (ii) Since the equitable jurisdiction to enforce trusts depends upon the conscience of the holder of the legal interest being affected, he cannot be a trustee of the property if and so long as he is ignorant of the facts alleged to hold the property for the benefit of others in the case of an express or implied trust, or, in the case of a constructive trust, of the factors which are alleged to affect his conscience.
- (iii) In order to establish a trust there must be identifiable trust property. The only apparent exception to this rule is a constructive trust imposed on a person who dishonestly assists in a breach of trust who may come under fiduciary duties even if he does not receive identifiable trust property.
- (iv) Once a trust is established, as from the date of its establishment the beneficiary has, in equity, a proprietary interest in the trust property, which proprietary will be enforceable in equity against any subsequent holder of the property (where the original property or substituted property in which it can be traced) other than a purchaser for value of the legal interest without notice.«<sup>44</sup>

En constructive trust af denne art, hvor constructive trustee hverken er eller har været i besiddelse af trust-formuen, har den naturlige – men for trusts ejendommelige – virkning, at den begunstigede i den pågældende constructive trust, ikke har en ejendomsret (proprietary rights) til aktiverne i trusten. Der eksisterer jo ikke nogen identifi-

42. A. J. Oakley, *Constructive Trusts*, 3. udg., 1997, s. 3 note 10.

43. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington L.B.C.*, *Weekly Law Review*, 1996, 2, s. 802ff.

44. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington L.B.C.*, *Weekly Law Review*, 1996, 2, s. 829.

## XI Den begunstigedes retsmidler

cerbar trust-formue. I stedet er constructive trustee pålagt et personligt erstatningsansvar overfor den begunstigede.<sup>45</sup> A. J. Oakley kritiserer anvendelsen af constructive trusts til dette formål og ønsker i stedet, at domstolene pålægger besvigeren et personligt ansvar *som om han var trustee*.<sup>46</sup>

### B. Constructive trustees

Det kan ikke uden videre antages at vedkommende, der er pålagt hvervet som constructive trustee, i alle tilfælde er underlagt de samme forpligtelser og ulemper, hvilke påhviler en express trustee, se hertil sagen *Lonrho Plc. v Fayed*.<sup>47</sup> Sagen vedrørte brødrene *Mohammed Al-Fayed, Salah Fayed* og *Ali Fayed* og disses selskab *House of Fraser Holdings Ltd.* overtagelse af det eksklusive varehus *Harrods*, hvilken overtagelse fandt sted ved opkøb af aktierne i selskabet *House of Fraser Plc.* i 1985. Brødrene og selskabet *House of Fraser Holdings Ltd.* blev i sagen sagsøgt af selskabet *Lonrho Plc.*

*Lonrho Plc.* besad i oktober 1984 29,9 pct. af aktierne i *House of Fraser Plc.* og var underlagt en restriktion af det engelske industriministerium i 1981 om at det ikke måtte besidde mere end 30 pct. af aktiekapitalen i *House of Fraser Plc.* Den 2. november 1984 afhændede *Lonrho Plc.* alle sine aktier i *House of Fraser Plc.*, bortset fra 1.200 aktier, til *House of Fraser Holdings Ltd.* Den 4. marts 1985 offentliggjorde *House of Fraser Holdings Plc.* et tilbud om at købe de resterende aktier i *House of Fraser Plc.* Kort herefter blev *Lonrho Plc.* af industriministeriet frigjort fra besiddelsesrestriktionen men det var på dette tidspunkt for sent for *Lonrho Plc.* at byde på aktierne i *House of Fraser Plc.*, eftersom *House of Fraser Holdings Ltd.* på dette tidspunkt havde erhvervet tilstrækkeligt med aktier til at besidde aktiemajoriteten i *House of Fraser Plc.*

Sagsøger nedlagde blandt andet påstand om, at *House of Fraser Holdings Ltd.* besad *alle* sine aktier i *House of Fraser Plc.* som constructive trustee for sagsøger som følge af svigagtigt forhold. Til støtte herfor anførte sagsøger, at:

45. Se også neden for kapitel VIII, 4. Denne omstændighed indebærer, at den begunstigede i denne særlige form for trust ikke kan gøre noget ejendomsretligt krav (proprietary claim) gældende mod constructive trustees kreditorer og dermed opnå forrang såfremt constructive trustee er gået konkurs. Den begunstigede må se sig henset til blot at gøre et personligt erstatningsansvar gældende og dermed stå på lige fod med constructive trustees resterende simple kreditorer.

46. A. J. Oakley, *Constructive Trusts*, 3. udg., 1997, s. 4.

47. *Lonrho Plc v Fayed (No. 2)*, *Weekly Law Reports*, 1992, 1., s. 1ff.

## 5. Constructive trusts

1. Sagsøgers salg af sin aktiebeholdning til sagsøgte ene og alene var motiveret af et ønske om at frigøre sig af industriministeriets restriktion, hvorpå sagsøger agtede at købe House of Fraser Plc. og at denne omstændighed var kendt af *Fayed*-brødrene og deres selskab House of Fraser Holdings Plc.,
2. Sagsøger ville aldrig sælge aktiebeholdningen til en køber, der var i stand til og selv ønskede at købe House of Fraser,
3. *Fayed*-brødrene var vidende herom og dermed om, at sagsøger ikke ville sælge til dem hvis de (som det var tilfældet) købte sagsøgerens aktier med henblik på selv at erhverve resten af aktierne i House of Fraser Plc., og
4. *Fayed*-brødrene i fire udsagn overfor sagsøgte havde givet udtryk for, at de hverken var i stand til eller ønskede at opkøbe House of Fraser Plc.

*Millett J* udtaler i spørgsmålet om hvorvidt trust-formuen i denne sag ville udgøre samtlige erhvervede aktier eller i stedet blot de aktier, som sagsøger havde solgt til sagsøgte:

»It is a mistake to suppose that in every situation in which a constructive trust arises the legal owner is necessarily subject to all the fiduciary obligations and disabilities of an express trustee. Even after the representee has elected to avoid the contract and reclaim the property, the obligations of the representor would in my judgement be analogous to those of a vendor of property contracted to be sold, and would not extend beyond the property actually obtained by the contract and liable to be returned.«<sup>48</sup>

Sagsøger fik ikke medhold i sin påstand om at sagsøgte havde status som constructive trustee, hverken for samtlige aktier overhovedet erhvervet af sagsøgte eller for de aktiers vedkommende, der var afhændet af sagsøger.

### *C. Tidspunktet for hvornår en constructive trust foreligger*

Det er i flere sammenhæng relevant at afgøre tidspunktet for hvornår en constructive trust foreligger. Fra det øjeblik pålægges legal owner nemlig, nu i sin egenskab af constructive trustee, forpligtelser overfor en eller flere personer, i disses egenskab af begunstigede. Constructive trustees kreditorer kan ikke længere holde sig det eller de aktiver, der udgør trust-formuen, og den begunstigede er beskyttet overfor tredjemand<sup>49</sup> i relation til constructive trustees dispositioner over trust-aktiverne. Medmindre en domstol træffer anden beslutning an-

48. *Lonrho Plc. v. Fayed (No. 2)*, Weekly Law Reports, 1992, 1., s. 12.

49. Bortset fra bona fide purchaser for value without notice.

## XI Den begunstigedes retsmidler

ses en constructive trust for at foreligge i dét øjeblik de omstændigheder, der har givet anledning til denne, er indtrådt.<sup>50</sup>

Som anført vil en domstol imidlertid kunne bestemme andet, hvilket for eksempel kan være tilfældet hvor hensynet til tredjemand tilsiger dette.

### D. Den begunstigedes rettigheder

Såfremt constructive trustee stadig<sup>51</sup> har trust-midlerne i sin besiddelse kan den begunstigede – såfremt han anses for at være *absolutely entitled* til trust-midlerne – kræve disse udleveret af trustee således, at constructive trust ophører med at eksistere og den begunstigede nu besidder såvel legal som equitable title i det eller de aktiver, der førhen udgjorde trust-midlerne. Er den begunstigede ikke absolut berettiget vil hans status være identisk med en begunstigets rettigheder i en express trust i relation til trust-midlerne.

Selv om trustee stadig har trust-midlerne i sin besiddelse kan den begunstigede i stedet vælge at gøre et personligt ansvar ud fra equity gældende mod trustee som følge af de af ham foretagne handlinger, der medførte at der opstod en constructive trust.<sup>52</sup> Værdien af den begunstigedes erstatningskrav afhænger således her af trustees økonomiske bonitet. Herunder falder den situation, hvor en person er pålagt hvervet som constructive trustee uden nogensinde at have været i besiddelse af trust-formuen. Vælger den begunstigede at gøre et personligt ansvar gældende mod constructive trustee indebærer dette, at så snart constructive trustee har betalt den relevante pengesum i erstatning, ophører constructive trust og den nu tidligere constructive trustee besidder fremover såvel legal som equitable title i det eller de aktiver, der udgjorde trust-formuen.

Den begunstigede har således, hvor trustee stadig besidder trust-formuen, et valg mellem at håndhæve constructive trust eller gøre et personligt ansvar gældende mod constructive trustee. Den begun-

---

50. *Re Sharpe (a Bankrupt)*, Weekly Law Review, 1980, 1, s. 219ff.

51. Om den situation hvor trustee aldrig har været i besiddelse af trust formuen, se straks nedenfor.

52. Den begunstigede vil ofte vælge at gøre et personligt ansvar gældende mod constructive trustee – i stedet for at gøre brug til at håndhæve den pågældende constructive trust – når trust midlerne er faldet betydeligt i værdi.

stigede kan imidlertid ikke få i både pose og sæk og valget af det ene udelukker det andet.<sup>53</sup>

Er constructive trustee ikke længere i besiddelse af trust formuen vil den begunstigede kunne gøre et personligt ansvar gældende mod constructive trustee. Værdien af den begunstigedes erstatningskrav er således afhængig af constructive trustees økonomiske bonitet.

### 5.3. Breach of trust – intermeddling with trust property

Umiddelbart forekommer det besynderligt at tale om constructive trusts i relation til breach of trust eftersom breach of trust i sagens natur forudsætter, at der i forvejen eksisterer en trust. En trustee i henhold til en express trust, der har begået et breach of trust ved f.eks. uretmæssigt at afhænde trust-aktiver, kan imidlertid af equity anses for at holde købesummen i constructive trust for de begunstigede i henhold til den tidligere express trust.

Ikke kun trustee vil kunne pålægges en constructive trust. Også andre personer vil kunne pålægges en constructive trust som følge af de af dem foretagne dispositioner over trust-formuen. Det er dette forhold der gør, at forholdet ofte kaldes *intermeddling with trust property*. Det signaleres dermed at det relevante forhold er hvorvidt der har fundet dispositioner sted over trust-formuen. Statuering af en constructive trust vil kunne forekomme hvor vedkommende har gjort sig skyldig i dishonest assistance, knowing receipt eller inconsistent dealing.

Antallet af tilfælde af intermeddling with trust property i engelsk ret er med tiden vokset, særligt i de seneste år. Ofte og oftere er trustee – når breach of trust opdages – uden nævneværdige midler og reglerne om sporing fører langt fra altid til, at der kan påvises surrogater. De begunstigede vil derfor blot have et erstatningskrav hvis værdi står og falder med trustees økonomiske forhold hvilket i praksis, når det kommer til de situationer hvor breach of trust er begået af trustee, viser sig at være ringe.<sup>54</sup> Det bliver således relevant

---

53. Dog må det antages at den begunstigede er berettiget til at gøre brug af begge muligheder, hvor det kan tilskrives trustee, at der har fundet en værdiforringelse sted af trust-formuen, se *A. J. Oakley, Constructive Trusts*, 3. udg., 1997, s. 8f. Den begunstigede vil dog under alle omstændigheder aldrig kunne modtage mere end hvad han har krav på.

54. Gør de begunstigede et erstatningskrav gældende mod trustee og er denne gået konkurs, vil erstatningskravet skulle konkurrere på lige fod med fallentens andre usikrede kreditorer.

## XI Den begunstiges retsmidler

for de begunstigede at undersøge nærmere om andre end trustee har været indblandet eller har medvirket til at foretage dispositioner over trust-formuen. Her er det særlig relevant at se på om banker har været indblandet, eftersom disse typisk har en tilstrækkelig økonomi til at dække de begunstiges krav. Det samme gør sig gældende i relation til professionelle rådgivere, som oftest advokater og revisorer qua deres ansvarsforsikring. Dog vil de begunstigede også kunne se en fordel i at rette et krav mod en professionel rådgiver, såfremt dennes kolleger hæfter samme med den ansvarlige rådgiver.<sup>55</sup>

### A. *Knowing assistance*

Har en anden person end trustee *enten* foretaget dispositioner over trust-formuen, der udgør breach of trust *eller* medvirket til at sådanne dispositioner blev foretaget, tales der om *knowing assistance*, hvilket tidligere havde betegnelsen *dishonest assistance* på baggrund af *Selbourne L's* udtalelse i sagen *Barnes v Addy*:<sup>56</sup>

»That responsibility [of a trustee] may no doubt be extended in equity to others who are not properly trustees, if they are found ... actually participating in any fraudulent conduct of the trustee to the injury of the *cestui que trust*. But ... strangers are not to be made constructive trustees merely because they act as the agents of trustees in transactions within their legal powers, transactions, perhaps of which a Court of Equity may disapprove, unless those agents receive and become chargeable with some part of the trust property, or unless they assist with knowledge in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees.«<sup>57</sup>

Den citerede passage omfatter to situationer af intermeddling with trust property nemlig *knowing receipt*<sup>58</sup> og *knowing assistance* (dishonest assistance).<sup>59</sup> *Knowing receipt* og *knowing assistance* kan i visse situationer være vanskelige at afgrænse overfor hinanden.

For at en person kan dømmes for *knowing assistance* er det en betingelse, at *trustee* har begået et breach of trust og at dette udgør et dishonest forhold. Baggrunden for at opstille denne betingelse for

55. I sagen *Agip (Africa) Ltd. v Jackson* blev to revisorer dømt for *knowing assistance* i relation til hvidvaskning af penge. The Law Reports, 1990, Chancery Division, 265f., The Law Reports, 1991, Court of Appeal, s. 547ff.

56. *Barnes v Addy*, The Law Reports, 1874, 9, Chancery Appeal Cases, s. 244ff.

57. *Barnes v Addy*, The Law Reports, 1874, 9, Chancery Appeal Cases, s. 251f.

58. Passagen: »... agents receive and become chargeable with some part of the trust property ...« *Knowing receipt* behandles straks neden for.

59. Passagen: »... they assist with knowledge in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees.«

at *trejemand* kan ifalde ansvar skyldes, at tredjemands ansvar bedømmes efter regler om *accessory liability*. For at en tredjemand skal kunne pålægges en constructive trust efter reglerne om accessory liability skal et dishonest forhold – udover at findes hos tredjemand – også være at finde hos trustee. Princippet i *Barnes v Addy* har været gældende ret i over et hundrede år men i sagen *Royal Brunei Airlines v Philip Tan Kok Ming*<sup>60</sup> blev princippet sat på en ny bedømmelse. Sagen gik kort fortalt ud på følgende:

I sagen havde sagsøger udnævnt et selskab, Borneo Leisure Travel Sdn. Bhd. (BLT), som sin agent for salg af billetter til passagerer og varetransport i et bestemt område. Sagsøgte var administrerende direktør og hovedaktionær i BLT. I henhold til aftale<sup>61</sup> skulle BLT holde de penge selskabet modtog fra ovennævnte salg i trust for sagsøger, indtil der blev aflagt rapport om disse beløb til sagsøger. Med sagsøgtes viden og medvirken blev de modtagne penge sat ind på BLT's løbende konto i selskabets pengeinstitut i stedet for på en separat konto og i breach of trust blev pengene anvendt til BLT's egne formål. BLT kunne ikke opfylde sin forpligtelse til at betale pengene til sagsøger på det aftalte tidspunkt hvilket medførte, at sagsøger opsagde agentaftalen og eftersom BLT var insolvent, lagde sagsøger sag an mod sagsøgte med påstand om, at sagsøgte var constructive trustee for de penge BLT skyldte sagsøger.

Sagsøger støttede sin påstand om, at sagsøgte skulle anses som constructive trustee for den udestående gæld, på, at sagsøgtes dispositioner udgjorde dishonest assistance. I henhold til sagen *Barnes v Addy* kunne sagsøger kun få medhold i dette, forudsat at agent-selskabets breach of trust var dishonest, eftersom sagsøgtes ansvar jo byggede på accessory liability.

60. *Royal Brunei Airlines v Philip Tan Kok Ming*, The Law Reports, 1995, 2 Appeal Cases, s. 379ff. og All England Law Reports, 1995, s. 97ff. Sagen blev behandlet i første instans ved High Court of Brunei hvor sagsøger fik medhold. Sagsøgte ankede denne sag til Court of Appeal of Brunei, der gav appellanten (sagsøgte) medhold. Indstævnte (sagsøger) appellerede denne afgørelse til Privy Council, der igen gav appellanten (sagsøger) medhold.

61. Aftalen var underkastet International Air Transport Association's bestemmelser hvoraf det fremgår, som citeret fra dommen: »All monies collected by the Agent for transportation and ancillary services sold under this Agreement, including applicable commissions which the Agent is entitled to claim there under, shall be the property of the Carrier and shall be held by the Agent in trust for the Carrier or on behalf of the Carrier until satisfactorily accounted for to the Carrier and settlement made ... Unless otherwise instructed by the Carrier the Agent shall be entitled to deduct from remittances the applicable commission to which it is entitled hereunder.«, *Royal Brunei Airlines v Philip Tan Kok Ming*, All England Law Reports, 1995, s. 100.

## XI Den begunstigedes retsmidler

High Court of Brunei gav sagsøger medhold i påstanden og lagde dermed til grund, at agent-selskabets breach of trust var dishonest. Sagsøgte appellerede denne dom til Court of Appeal of Brunei, der i stedet gav sagsøgte medhold. I dommen anfører *Faud P*:

»As long-standing and high authority shows, conduct which may amount to a breach of trust, however morally reprehensible, will not render a person who has knowingly assisted in the breach of trust liable as a constructive trustee, if that conduct falls short of dishonesty.«<sup>62</sup>

Court of Appeal of Brunei nåede frem til, at agent-selskabet havde begået breach of trust men at denne adfærd ikke kun anses for at være dishonest.<sup>63</sup> Eftersom sagsøgtes ansvar var accessorisk kunne han ikke drages til ansvar for et dishonest forhold. Court of Appeal of Bruneis afgørelse blev af sagsøger appelleret til Privy Council. Hovedproblemet i den for Privy Council indankede sag var hvorvidt sagsøgtes ansvar skulle bedømmes som accessorisk til trustees breach of trust eller i stedet bedømmes uafhængig heraf. *Nicholls of Birkenhead L* fandt, at ansvaret skulle bedømmes uafhængig af hvorvidt trustee's breach of trust var dishonest eller ej, idet det blev anført:<sup>64</sup>

»Drawing the threads together, their Lordships' overall conclusion is that dishonesty is a necessary ingredient of accessory liability. It is also a sufficient ingredient. A liability in equity to make good resulting loss attaches to a person who dishonestly procures or assists in a breach of trust or fiduciary obligation. It is not necessary that, in addition, the trustee or fiduciary was acting dishonestly, although this will usually be so where the third party who is assisting him is acting dishonestly. 'Knowingly' is better avoided as a defining ingredient of the principle, and in the context of this principle the *Baden*<sup>65</sup> scale of knowledge is best forgotten.«<sup>66</sup>

62. Som citeret fra *Royal Brunei Airlines v Philip Tan Kok Ming*, All England Law Reports, 1995, s. 101.

63. I Appeal Court of Brunei anføres det ligefrem, at sagens beviser 'revealed a sorry tale of mismanagement and broken promises'.

64. Sagsøger fik i Privy Council medhold i sin påstand.

65. I sagen *Baden v Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA*, 1992, 4, All England Law Reports s. 161ff. opstillede *Peter Gibson J* en skala bestående af fem niveauer for at 'knowledge' foreligger eller af domstolen anses for at foreligge: »(i) actual knowledge; (ii) wilfully shutting one's eyes to the obvious; (iii) wilfully and recklessly failing to make such inquiries as an honest and reasonable man would make; (iv) knowledge of circumstances which would indicate the facts to an honest and reasonable man; (v) knowledge of circumstances which would put an honest and reasonable man on inquiry.«, se dommens s. 235.

66. *Royal Brunei Airlines v Philip Tan Kok Ming*, All England Law Reports, 1995, s. 109.

Denne sag indebar et brud på det over hundredårige princip om at tredjemands 'accessory liability' er betinget af, at trustees breach har været dishonest.<sup>67</sup> Betegnelsen dishonest assistance er af samme årsag blevet erstattet med knowing assistance, der er mere dækkende. Af betegnelsen knowing assistance fremhæves det, at det relevante moment er, at tredjemand har været vidende om at trustee har begået et breach of trust og tredjemand på trods heraf har medvirket.<sup>68</sup>

Med den nye afgrænsning af 'dishonesty' vil en tredjemand kunne dømmes for knowing assistance når han har bragt trustee i en vildfarelse om, at en given disposition kan træffes af trustees uden at der vil være tale om breach of trust, uagtet at det efterfølgende viser sig at udgøre et breach of trust. I denne situation vil trustees dispositioner, uagtet at de er foretaget i god tro, udgøre et breach of trust. Derimod er der selvsagt ikke tale om et dishonest forhold for trustees vedkommende. Tredjemand vil derimod nu kunne dømmes for knowing assistance og dermed pålægges en constructive trust for den begunstigedes tab.

### B. Knowing receipt

En afgrænsning mellem tilfælde af knowing assistance og *knowing receipt* kan, som anført ovenfor, i visse tilfælde være svær at drage. Tre elementer adskiller dog knowing receipt fra knowing assistance:

- det er ikke nogen betingelse, at tredjemand har handlet dishonestly,<sup>69</sup>
- tredjemand skal modtage eller have modtaget trust aktiver, og
- tredjemand skal have handlet med vinding for øje.

---

67. Se hertil bl.a. *E.H. Burn, Maudsley & Burn's Trusts & Trustees: Cases & Materials*, 5. udg., 1996, s. 258: »Drawing the threads together, their Lordships' overall conclusion is that dishonesty is a necessary ingredient of accessory liability. It is also a sufficient ingredient. A liability in equity to make good resulting loss attaches to a person who dishonestly procures or assists in a breach of trust or fiduciary obligation. It is not necessary that, in addition, the trustee or fiduciary was acting dishonestly, although this will usually be so where the third party who is assisting him is acting dishonestly.«

68. Dette skal ses i modsætning til dishonest assistance hvor det var forudsat, at tredjemand var vidende om, at der forelå et breach of trust, idet det relevante forhold var om tredjemand havde været medvirkende til, at trustee dishonestly havde disponeret over trust aktiver.

69. Det er dog en forudsætning, at tredjemand er bekendt med, at trustee har begået et breach of trust.

## XI Den begunstigedes retsmidler

I sagen *El Ajou v Dollar Land Holdings Plc.*<sup>70</sup> ridsede Hoffmann LJ følgende tre elementer op for knowing receipt:

»This is a claim to enforce a constructive trust on the basis of knowing receipt. For this purpose the plaintiff must show, first, a disposal of his assets in breach of fiduciary duty; secondly, the beneficial receipt by the defendant of assets which are traceable as representing the assets of the plaintiff; and thirdly, knowledge on the part of the defendant that the assets he received are traceable to a breach of fiduciary duty.«<sup>71</sup>

Knowing receipt vil kunne forekomme i en række tilfælde, hvoraf nogle af de oftest forekommende situationer nævnes i det følgende:

En bank har overført trust-midler fra trustens konto til en anden konto, f.eks. trustees egen private konto. At de af tredjemand modtagne aktiver efterfølgende er afhændet, gået til grunde m.v. indebærer ikke nødvendigvis, at vedkommende tredjemand ikke kan pålægges en constructive trust.

Det er en forudsætning, at tredjemand har handlet med vinding for øje. Har en bank derfor foretaget en vederlagsfri overførsel mellem to bankkonti vil den som udgangspunkt ikke kunne gøres ansvarlig efter knowing receipt. Den tredje betingelse vil imidlertid være opfyldt såfremt banken har taget sig betalt for denne transaktion. Eftersom banker i overvejende grad tager sig betalt for sine tjenesteydelser, herunder allokering af midler mellem to eller flere konti, er det ikke overraskende, at en stor del af sagerne om knowing receipt angår banker.

Sagen *El Ajou v Dollar Land Holdings Plc.*<sup>72</sup> er et godt eksempel på knowing receipt. Sagens omstændigheder er kort fortalt følgende:

Sagsøger, en velhavende forretningsmand bosat i Riyadh, var ét blandt flere ofre for en stor affære om aktiesvindler, der fandt sted i Amsterdam i årene 1984 og 1985 og var udført af tre canadiere.<sup>73</sup> Sagsøger havde store summer placeret i Société d'Administration et de Financement SA (SAFI), der var ejet og kontrolleret af en person ved navn *Feldman*. *Feldman* blev bestukket til at anvende sagsøgers midler under SAFI's kontrol i ovennævnte aktiesvindler. Sagsøgers midler blev via to hollandske selskaber kanaliseret fra Geneve til Gibraltar og Panama og tilbage til Geneve, hvor nogle af midlerne blev inve-

70. *El Ajou v Dollar Land Holdings Plc.*, All England Law Reports, 1994, s. 685ff.

71. *El Ajou v Dollar Land Holdings Plc.*, All England Law Reports, 1994, s. 700.

72. *El Ajou v Dollar Land Holdings Plc.*, All England Law Reports, 1994, s. 685ff. Finansieringsforholdene i sagen er af en meget kompliceret natur og det vil føre for vidt at forsøge at redegøre for disse på dette sted.

73. Sagsøger var dog langt fra det største offer.

## 5. Constructive trusts

steret i et byggeprojekt i London. Byggeprojektet blev forestået af Dollar Land London, der var ejet af Dollar Land Holding Plc (DLH), sagsøgte 1. DLH havde ingen aktiviteter men fungerede alene som et holdingselskab. DLH var ejet af to amerikanere,<sup>74</sup> der intet havde at gøre med canadiernes aktiesvindlen men alene havde erhvervet selskabet som et investeringsværktøj for byggeprojektet i London efter, at *Feldman* havde introduceret dem for en person ved navn *Stern*, der var en gammel bekendt af *Feldman*. DLH's forretningsaktiviteter blev herefter udført af *Stern*, der nu var administrerende direktør i et datterselskab til DLH. *Feldman* blev bestyrelsesformand i DLH. Canadiernes engagement foregik via et panamansk selskab, der investerede £ 1.570.000 i byggeprojektet. Samarbejdet mellem DLH og canadiernes panamanske selskab var et joint venture, hvor hver part havde en 50 pct.'s andel i byggeprojektet. Efter en rum tid ønskede canadierne imidlertid at afhænde deres andel i byggeprojektet. Salget, der blev forestået af *Stern*, indebar, at DLH købte canadierne ud til en fordelagtig pris.

Da sagsøger opdagede svindelaffæren anlagde han sag mod DLH samt et andet selskab ved navn Factotum NV.<sup>75</sup> Sagsøger nedlagde i sagen i alt seks påstande men i denne sammenhæng vil blot sagsøgers påstand om knowing receipt blive gjort til genstand for behandling.

Som anført ovenfor er det en forudsætning for at diskutere knowing receipt, at der forinden har fundet et breach of trust sted. *Feldman* fungerede som en *fiduciary* for sagsøger og Court of Appeal fandt, at *Feldmans* dispositioner udgjorde et klart breach of trust.<sup>76</sup> Det næste spørgsmål var hvorvidt det er muligt at følge (follow) sagsøgers midler fra Geneve og gennem de forskellige selskaber og lande til DLH.<sup>77</sup> Det er her interessant at bemærke at pengene blandt andet er passeret gennem 'civil law lande', hvilke ikke anerkender trust konceptet og derfor ikke har regler om 'equitable following'. Denne omstændighed afskar imidlertid ikke den engelske domstol fra at følge pengene. Den omstændighed at sporet af pengene for et kort periode forsvandt i Panama hindrede ej heller at pengene kunne følges. De

---

74. DLH var ejet af et panamansk selskab, der igen var ejet af en fond i Lichtenstein i hvilken de to amerikanerne var begunstigede.

75. Factotum NV var et skuffeselskab i de Hollandske Antiller stiftet af *Feldman*. Selskabets eneste formål var at kanalisere modtagne penge videre til DLH. Factotum NV havde følgelig ingen kapital og sagsøgers stævning blev ikke forkyndt overfor selskabet.

76. *Feldman* havde jo taget imod bestikkelse.

77. DLH havde jo købt canadiernes andel i joint venture byggeprojektet. Var dette ikke sket måtte sagsøger i stedet forsøge at følge midlerne ind i canadiernes panamanske selskab.

## XI Den begunstigedes retsmidler

engelske dommere fandt derfor at det var muligt at følge pengene til DLH.

Det tredje spørgsmål og sagens kerne var om DLH som et selskab kunne anses for at have været vidende om, at pengene stammede fra et breach of trust. Besvarelsen heraf fandt dommerne frem til at måtte ske på baggrund af *directing mind and will* doktrinen, der også kaldes *alter ego doktrinen*, som denne er formuleret af *Viscount Haldane* LC i sagen *Lennards Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd*.<sup>78</sup>

»My Lords, a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation.«<sup>79</sup>

DLH var et holdingselskab og havde derfor ingen aktivitet. Hverken amerikanerne eller *Stern* havde nogen position i selskabet og de underskrev på intet tidspunkt nogen dokumenter på vegne af selskabet. DLH's bestyrelsesmedlemmer var alle tilknyttet *Feldham* og SAFI tog sig betalt for deres funktion som bestyrelsesmedlemmer. Af særlig betydning var, at bestyrelsesmedlemmerne nærmest var underlagt *Feldhams* instruktionsbeføjelse samt, at *Feldham* ved flere lejligheder egenhændigt disponerede på selskabets vegne og opgaven for bestyrelsen i selskabet var således blot at føre beslutningen ud i livet. *Hoffmann* LJ og Court of Appeal fandt på denne baggrund, at DLH ud fra *directing mind and will* doktrinen havde viden om, at de modtagne penge stammede fra et breach of trust.

På denne baggrund fandt Court of Appeal, at der var tale om knowing receipt for så vidt angår DLH's køb af canadiernes andel på 50 pct. i joint venture byggeprojektet. DLH blev følgelig dømt til at erstatte betale sagsøger dennes 50 pct. andel i joint venture. Sagsøger var naturligvis ikke berettiget til at kræve mere af trust-formuen end hvad der havde kunne følges ind i hænderne på tredjemand.

Det afgørende moment i sagen oven for og generelt i relation til knowing receipt er hvorvidt tredjemand har haft viden om, at der

78. *Lennards Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd*, All England Law Reports, 1914-15, s. 280ff.

79. *Lennards Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd*, All England Law Reports, 1914-15, s. 283.

har fundet et breach of trust sted. Er dette ikke tilfældet vil den pågældende tredjemand ikke kunne anses for ansvarlig for knowing receipt. Medmindre vedkommende er bona fide purchaser for value without notice vil den eller de begunstigedes equitable rettigheder stadig hvile på de pågældende aktiver og tredjemand vil således være forpligtet til at levere aktiverne tilbage til de begunstigede.

### C. *Inconsistent dealing*

Er en person retmæssigt kommet i besiddelse af trust-aktiver uden at dette har været for egen vindings skyld og træffer vedkommende dispositioner over disse trust-aktiver, der er uforenelige med de begunstigedes ret til trust aktiverne, vil den pågældende kunne pålægges en constructive trust efter reglerne om *inconsistent dealing*.

Sager om inconsistent dealing vedrører i praksis ofte banker, eftersom disse i henhold til deres almindelige betingelser forbeholder sig en ret til at modregne mellemværende hos deres kunder. Dette var tilfældet i sagen *Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments Ltd.*,<sup>80</sup> der er beskrevet oven for kapitel VIII, 6.4. Er en bank således blevet informeret om at et indestående på en konto tilhører en trust, er banken ansvarlig for inconsistent dealing såfremt den anvender trust-kontoen til at modregne et overtræk på en anden konto, f.eks. trustees private konto.

En anden kategori af inconsistent dealing vedrører den situation hvor en person er kommet i besiddelse af trust-aktiver som følge af et breach of trust men hvor vedkommende er i god tro herom. Såfremt vedkommende ligeledes i god tro disponerer over aktiverne vil han – på trods af at aktiverne er trust-aktiver – ikke kunne holdes ansvarlig for inconsistent dealing. Opnår vedkommende imidlertid imens han er i besiddelse af trust-aktiverne viden om, at genstandene tilhører en trust og at der har fundet et breach of trust sted, er vedkommende forpligtet til ikke at træffe dispositioner over aktiverne, der er uforenelige med de begunstigedes ret. Foretager vedkommende på trods

---

80. *Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investment Ltd.*, The Law Reports, 1970, Appeal Cases, House of Lords, s. 567ff. Dommen, der blev anket til House of Lords, er *Quistclose Investments Ltd. v Rolls Razor Ltd. (in liquidation)*, The Law Reports, 1968, Chancery Division, s. 540ff. Denne dom er igen en appel fra High Court, The Law Reports, 1967, Chancery Division, s. 910ff.

## XI Den begunstigedes retsmidler

heraf sådanne handlinger vil vedkommende ud fra reglerne om inconsistent dealing kunne pålægges en constructive trust.

Personer der pålægges hvervet som constructive trustee i de to kategorier nævnt ovenfor, benævnes i engelsk ret også *trustees de son tort*.

### 5.4. Urimelig indflydelse

Statuering af en constructive trusts kan finde sted på baggrund af en adfærd, der af domstolene anses for at være svigagtigt eller efter omstændighederne blot usamvittighedsfuld eller endda blot unequitable. På trods heraf skal det bemærkes, at engelsk rets anvendelse af constructive trusts til dette formål adskiller sig væsentligt fra de såkaldte *remedial constructive trusts*, der eksisterer i Canada<sup>81</sup> og i hovedparten af staterne i U.S.A. Et forsøg på at introducere remedial constructive trusts i engelsk ret blev ellers taget i begyndelsen af 1970'erne af *Denning M. R. L.*, der i sagen *Hussey v Palmer*<sup>82</sup> udtalte følgende:

»It is a trust imposed by law wherever justice and good conscience require it. It is a liberal process, founded on large principles of equity ... It is an equitable remedy by which the court can enable an aggrieved party to obtain restitution.«<sup>83</sup>

Engelsk ret anvender en doktrin ved navn *undue influence* hvorved forstås, at en person (A) ved hans handlinger eller unkladelse motiverer en anden person (B) til at gøre eller unklade noget således, at A opnår en fordel.<sup>84</sup> Undue influence doktrinen er behandlet i sagen *Barclays Bank Plc. v. O'Brien*.<sup>85</sup>

»A person who has been induced to enter into a transaction by the undue influence of another ('the wrongdoer') is entitled to set that transaction aside as against the wrongdoer. Such undue influence is either actual or presumed

...

---

81. Quebec dog undtaget herfra som følge af deres særlige 'trust-lovgivning' i form af *de la fiducie*, se neden for kapitel XVI, 3.

82. *Hussey v Palmer*, Weekly Law Reports, 1972, 1, s. 1286ff.

83. *Hussey v Palmer*, Weekly Law Reports, 1972, 1, s. 1289.

84. Se blandt andet *L. A. Sheridan*, Keeton and Sheridan's the Law of Trusts, 12. udg., 1993, s. 134.

85. *Barclays Bank Plc. v O'Brien*, The Law Reports, Appeal Cases, 1994, 1., s. 180ff.

## 5. Constructive trusts

### *Class 1: Actual undue influence*

In these cases it is necessary for the claimant to prove affirmatively that the wrongdoer exerted undue influence on the complainant to enter into the practical transaction which is impugned.

### *Class 2: Presumed undue influence*

In these cases the complainant only has to show, in the first instance, that there was a relationship of trust and confidence between the complainant and the wrongdoer of such a nature that it is fair to presume that the wrongdoer abused that relationship in procuring the complainant to enter into the impugned transaction. (...) Such a confidential relationship can be established in two ways, viz.,

#### *Class 2(A)*

Certain relationships (for example solicitor and client, medical advisor and patient) as a matter of law raise the presumption that undue influence has been exercised.

#### *Class 2(B)*

Even if there is no relationship falling within Class 2(A), if the complainant proves de facto existence of a relationship under which the complainant generally reposed trust and confidence in the wrongdoer, the existence of such relationship raises the presumption of undue influence. In a Class 2(B) case therefore, in the absence of evidence disproving undue influence, the complainant will succeed in setting aside the impugned transaction merely by proof that the complainant reposed trust and confidence in the wrongdoer without having to prove that the wrongdoer exerted actual influence or otherwise abused such trust and confidence in relation to the particular transaction impugned.«

Domstolene vil i tilfælde af undue influence statuere, at den pågældende holder de relevante aktiver i constructive trust for den skadelidte.

### 5.5. Svigagtig adfærd

Hvor en person har handlet svigagtigt vil domstolene efter engelsk ret statuere, at der foreligger en constructive trust til fordel for den eller de besvegne. Dette gælder hovedsageligt i de tilfælde hvor en person, efter at have indgået en aftale med en anden, forsøger at frigøre sig fra aftalen under henvisning til, at fornævnte ikke opfylder de lovmæssige krav til at håndhæve sin ret. Her griber equity ind

## XI Den begunstigedes retsmidler

med maksimen *equity will not permit a statute to be used as an instrument of fraud*, hvilket er illustreret i sagen *Bannister v Bannister*.<sup>86</sup>

I sagen havde sagsøgte indgået salgsaftale om salg af to hytter, hvilke sagsøgte havde arvet efter sin mand. Køber af hytterne var afdødes bror (sagsøger). Som en betingelse for salg af de to hytter var sagsøgte blevet indrømmet en vederlagsfri life interest til at bebo den ene af hytterne (hytte nr. 2) hvilken sagsøgte beboede i forvejen. Overdragelsen fandt herefter sted uden at det fremgik, at sagsøgte var indrømmet ovennævnte life interest. Sagsøgte blev efter salget boende i hytte nr. 2. Hytte nr. 1 havde sagsøgerne lejet ud. I 1945 måtte sagsøgeren og dennes kone fraslytte deres hus og flyttede, med sagsøgtes accept, ind i hytte nr. 2, således at sagsøgte nu kun havde et rum i stuen. I begyndelsen af 1947 flyttede sagsøgerens lejere i hytte nr. 1 ind i den del af hytte nr. 2, sagsøgeren og hans kone havde beboet, idet sagsøgeren og denne kone nu flyttede over i hytte nr. 1. Sagsøgte havde forinden tilbagekaldt sin accept af at sagsøgeren og hans kone kunne bebo hytte nr. 2 og det var uden sagsøgtes accept, at førnævnte lejere flyttede ind i hytte nr. 2. Sagsøger gav herefter sagsøgte varsel om, at sagsøgtes lejemål i hytte nr. 2 ville blive ophævet. Sagsøgte på sin side bestred at der var tale om et lejemål men at sagsøger i stedet holdt hytte nr. 2 i trust for sagsøgte for hendes livstid.

Sagsøgeren påstod således at sagsøgte kun var lejer (tenant at will) og at sagsøgte ikke kunne være begunstiget i en trust, eftersom formkravene til den af sagsøgte påståede rettighed ikke var overholdt. Sagsøgeren fik ikke medhold og *Scott LJ* udtaler herom:

»It is, we think, clearly a mistake to suppose that the equitable principle on which a constructive trust is raised against a person who insists on the absolute character of a conveyance to himself for the purpose of defeating a beneficial interest, which, according to the true bargain, was to belong to another, is confined to cases in which the conveyance itself was fraudulently obtained. The fraud which brings the principle into play arises as soon as the absolute character of the conveyance is set up for the purpose of defeating the beneficial interest, and that is the fraud to cover which the Statute of Frauds or the corresponding provisions of the Law of Property Act, 1925, cannot be called in aid in cases in which no written evidence of the real bargain is available.«<sup>87</sup>

Court of Appeal nåede således frem til, at sagsøger holdt hytte nr. 2 i constructive trust for sagsøgte.

86. *Bannister v Bannister*, 1948, All England Law Reports, s. 133ff.

87. *Bannister v Bannister*, 1948, All England Law Reports, s. 136.

### 5.6. Fiduciarys brud på loyalitet

Engelsk ret anvender betegnelsen *fiduciary duties* om en række relationer, hvor der påhviler en eller flere personer en særlig dilligenspligt, som anført af *Fletcher-Moulton LJ* i sagen *Re Coomber*.<sup>88</sup>

»Fiduciary relations are of many different types; they extend from the relation of myself to an errand boy who is bound to bring me back my change up to the most intimate and confidential relations which can possibly exist between one party and another where the one is wholly in the hands of the other because of his infinite trust in him. All these are cases of fiduciary relations, and the Courts have again and again, in cases where there has been a fiduciary relation, interfered and set aside acts which, between persons in a wholly independent situation, would have been perfectly valid. Thereupon in some minds there arises the idea that if there is any fiduciary relation whatever any of these types of interference is warranted by it. They conclude that every kind of fiduciary relation justifies every kind of interference. Of course that is absurd. The nature of the fiduciary relation must be such that it justifies the interference. There is no class of case in which one ought more carefully to bear in mind the facts of the case, when one reads the judgement of the Court on those facts, than cases which relate to fiduciary and confidential relations and the action of the Court to regard them.«<sup>89</sup>

De krav der stilles til en *fiduciary* afhænger af hvilke forpligtelser vedkommende har påtaget sig.<sup>90</sup> En tilsidesættelse af *fiduciary duties* er *breach of fiduciary duty*. Har en *fiduciary* begået et brud på sine forpligtelser vil *fiduciary* kunne pålægges en *constructive trust* med skadelidte som begunstiget.

## 6. Sammenfatning

Den begunstigedes retsmidler *claiming*, *following*, *tracing* og *constructive trusts*, der samlet udgør forsvarsværnet omkring trust midlerne, er nærmere beskrevet ovenfor. Rettsmidlernes virkning vil i det følgende dog kort blive rekapituleret.

88. *Re Coomber*, The Law Reports, 1911, 1, Chancery Division, s. 723ff.

89. *Re Coomber*, The Law Reports, 1911, 1, Chancery Division, s. 728f.

90. Se udførligt om *fiduciary*-relationer og -forpligtelser: *Equity, Fiduciaries and Trusts*, redigeret af *T. G. Youdan*, 1989, *Equity and Commercial Relationships*, redigeret af *P. D. Finn*, 1987, samt *Fiduciary Duties and Regulatory Rules – A Consultation Paper*, The Law Commission, consultation paper no. 124, 1992.

## XI Den begunstigedes retsmidler

Den begunstigede er først og fremmest beskyttet mod trustees private kreditorer, idet disse er forhindret i at gøre krav gældende mod trust-formuen på trods af, at trustee er legal owner af denne (beskyttelse mod trustees kreditorer). Den begunstigede er endvidere og i medfør af principperne om claiming og following beskyttet mod trustees aftaleerhververe såfremt disse er i ond tro eller ikke har ydet vederlag for trust-aktiverne (omsætningsbeskyttelse). Reglerne om tracing kan her ses som et supplement eller en overbygning til de begunstigedes beskyttelse mod trustees kreditorer og aftaleerhververe. I relation til kreditorerne sikrer reglerne om tracing (sporing), at den begunstigede har samme ret til de nye aktiver som den begunstigede havde til de oprindelige trust aktiver hvilket indebærer, at kreditorerne er afskåret fra at søge sig fyldestgjort i de nye aktiver:

»... if the defendant [trustee]<sup>91</sup> should become insolvent, the plaintiff takes in priority to the general creditors, for the money 'traced' is trust money, and is kept out of the defendant's insolvency.«<sup>92</sup>

Er en aftaleerhverver i god tro (bona fide purchaser for value without notice) er den begunstigede afskåret fra at benytte sig af following. Den begunstigede kan i stedet spore surrogaterne ind i trustees hænder og gøre krav på disse. Sporing er i sagens natur formålsløst hvor trustee vederlagsfrit har overdraget trust property, men dette har ikke den store betydning, idet gavemodtagere aldrig tager fri for den begunstigedes ret, hvorfor den begunstigede her kan følge (follow) aktivet til gavemodtageren.

Endelig er der reglerne om constructive trusts, hvilke kan pålægges såvel den allerede eksisterende trustee som tredjemand. Constructive trusts tjener det formål, at de begunstigede ret er beskyttet efter retsmidlerne beskrevet oven for.

---

91. Min tilføjelse.

92. *Jill E. Martin*, Hanbury & Martin – Modern Equity, 15. udg., 1997, s. 288f.

DEL 2

Dansk ret

# XII Trusts og international privat- og procesret

## 1. Indledning

På baggrund af det relativt store antal lande, der anvender trusts samt den øgede internationalisering og mobilitet, er spørgsmålet om anerkendelse af og lovvalget vedrørende trusts i stigende grad relevant. Hertil kommer, at den danske finansielle sektor er begyndt at anvende udenlandske trusts i forbindelse med større lånearrangementer.<sup>1</sup> IP-retlige spørgsmål opstår, hvor stifteren, trustee, de begunstigede, trust-aktiverne og trust parternes tredjemænd (kreditorer, aftaleerhververe, ægtefæller og arvinger) har en dansk tilknytning.

## 2. Dansk rets almindelige regler om lovvalg

Det er ikke hensigten her at gennemgå de almindelige regler om lovvalg, idet der i stedet henvises til den IP-retlige litteratur herom. Formålet er derimod at analysere anvendelsen af dansk rets almindelige lovvalgsregler på trusts.

*Peter Arnt Nielsen* anfører om lovvalgsreglens opbygning, at denne som oftest består af to led i form af et sagsled og et tilknytningsled, og at reglen kan være fuldstændig, ensidig eller kumulativ. Formålet med lovvalgsreglens sagsled er at angive, hvilket juridisk område der er lovvalgsreglens genstand, medens formålet med lovvalgsreglens tilknytningsled er enten at angive eller vise hen til dén stats materielle lovgivning, der finder anvendelse.<sup>2</sup>

---

1. For eksempel Unibanks børnsnoterede Collateralized Mortgage Obligations (CMO'er), hvori det engelske selskab Law Debenture Trust Corporation p.l.c. er indsat som trustee for at varetage investorernes interesser. Se nærmere om CMO'er *Peter Nyegaard, Christian Hyldahl og Ole Simonsen, Danske CMO'er, Revisions- og Regnskabsvæsen* 1996, nr. 2, side 40ff. og *John H. Langbein, The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, i *Modern International Developments in Trust Law*, *David Hayton red.*, 1999, s. 188 med note 109 samt nedenfor XV, 4.4.2.

2. *Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret*, 1997, s. 33.

## XII Trusts og international privat- og procesret

Sagsleddet udtrykker den pågældende tvists retlige karakter indenfor et mere eller mindre afgrænset retsområde i dansk ret. Dette volder ikke umiddelbart vanskeligheder i de tilfælde, hvor tvisten vedrører problemstillinger, der umiddelbart kan sammenlignes med danske problemstillinger, f.eks. fortolkning eller ophævelse af kontrakter, erstatning udenfor kontrakt, fuldmagtsforhold, m.v.<sup>3</sup> Vanskeligheder opstår, når tvisten involverer et fænomen og/eller et retsområde, der er ukendt i dén stat, hvis lovvalgsregler skal anvendes. Dette er spørgsmålet om kvalifikation, hvilket er en øvelse bestående i at vurdere en sags juridiske karakteristika ud fra et givent retssystemets retlige begreber og retsdiscipliner.<sup>4</sup> Vurderes sagen f.eks. efter engelsk ret volder spørgsmålet umiddelbart ingen problemer, hvorimod en vurdering efter dansk ret vil være problematisk. Dansk teori hælder generelt til, at kvalifikationen skal foretages ud fra reglerne og retsopfattelsen i *lex fori*, dvs. dansk ret.<sup>5</sup> Dansk ret er imidlertid – som så mange andre civil law stater – dårligt udstyret til at håndtere lovvalgskonflikter, der involverer trusts. Trusts er et fremmedartet retsinstitut og en isoleret anvendelse af danske lovvalgsregler vil i langt fra alle sager varetage hensynene til forudsigelighed og lighed. På denne baggrund må det anbefales, at de danske domstole ved lovvalget ved trusts støtter sig til Haagerkonventionen om trusts, der blandt andet indeholder lovvalgsregler, der er særligt møntede på trusts.<sup>6</sup>

---

3. Noget andet er, at kvalifikationen af genstanden i sagsleddet kan have afgørende betydning for sagens udfald, idet sagens materielle resultat kan være forskelligt alt efter, hvilken stats regler der finder anvendelse, jf. for eksempel den svenske sag ND 1969.123 HS, der illustrerer betydningen af kvalifikationen af sagsleddets genstand for sagens udfald, se om sagen *Peter Arnt Nielsen*, *International privat- og procesret*, 1997, s. 37.

4. *Peter Arnt Nielsen*, *International privat- og procesret*, 1997, s. 37. I sagen UfR 1977.229 SH procederede sagsøgte blandt andet på, at dokumenter til et parti kaffe var modtaget »in trust«, hvorfor sagsøgeren havde opgivet sin ejendomsret og handlen derfor var ændret til et kreditkøb. Sø- og Handelsretten gav sagsøgte medhold. Sagen er interessant, idet hverken sagsøgers (Holland) eller sagsøgtes (Danmark) land har reglerne om trusts. Det fremgår af domsreferatet, at parternes købsaftale var undergivet reglerne og retningslinjerne i *The European Contract for Coffee*. Hvorvidt der i dette kontraktsregime findes regler om trusts, oplyses ikke.

5. I modsætning til en *lex causae* kvalifikation, hvor kvalifikationen sker ud fra reglerne i *lex causae*. Den kvalifikation er ikke uden betænkeligheder, se herom *Peter Arnt Nielsen*, *International privat- og procesret*, 1997, s. 38.

6. Se i samme retning *Peter Arnt Nielsen*, *International privat- og procesret*, 1997, s. 24 med petit og s. 156 med petit.

### 3. Domskonventionen

#### 3.1. Domskonventionen af 1968

Danmark tiltrådte Domskonventionen,<sup>7</sup> der også af og til kaldes Bruxelleskonventionen, den 1. november 1986, jf. retsplejelovens § 247 og domskonventionsloven. Konventionen er en såkaldt *dobbeltkonvention*,<sup>8</sup> idet den både vedrører spørgsmålet om værneting i kontraktsretlige sager og spørgsmålet om håndhævelse af domme i kontraktsretlige sager.

Domskonventionen indeholder i afsnit II. Anvendelsesområde, artikel 5, stk. 1, nr. 6, regler om retssager mod stifteren, trustee og de begunstigede, idet det bestemmes at førnævnte kan sagsøges ved retterne i trustens *hjemsted*.<sup>9</sup> Bestemmelsen er sålydende:

En person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat:

1.-5. (...)

7. Konvention om værneting og håndhævelse af domme i kontraktsretlige sager. Se blandt andet om Domskonventionen *Peter Arnt Nielsen*, International privat- og procesret, 1997, s. 132ff. og 313ff.

8. Lov nr. 325 af 4. juni 1986 som ændret ved lov nr. 209 af 29. marts 1995.

9. I sagen *Webb v Webb*, 1992, 1, All England Law Reports, s. 17ff., der handlede om en uenighed mellem en britisk far og søn om hvorvidt en ferielejlighed i Frankrig hørte til en trust, opstod spørgsmålet om en engelsk domstol havde værneting eller om de franske domstole i stedet var enekompetente i medfør af Domskonventionens artikel 16, stk. 1. Artikel 16, stk. 1, der er en 'ene-kompetence' regel, vedrører rettigheder over fast ejendom, idet alene tinglige (*in rem*) rettigheder er omfattet. Spørgsmålet i sagen var om sønnen havde modtaget ferielejligheden i Frankrig som trustee, således at faderen – udover at være stifter – også var begunstiget. Faderen ønskede nemlig i sin egenskab af begunstiget og i medfør af *Saunders v Vautier* princippet at få overført legal estate til ferielejligheden, således at faderen fremover var fuldstændig ejer. Spørgsmålet om værneting blev forelagt EF-Domstolen til præjudiciel afgørelse, sag C-294/92. EF-Domstolen udtalte: »An action for a declaration that a person holds immovable property as trustee and for an order requiring that person to execute such documents as should be required to vest the legal ownership in the plaintiff does not constitute an action in rem within the meaning of Article 16(1) of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.« EF-Domstolen anså altså ikke faderens ret til at få overført legal title for at være en tinglig ret (*in rem*), men derimod kun for at være et obligatorisk krav (*in personam*), hvilket indebar at artikel 16, stk. 1, ikke fandt anvendelse. Den engelske domstol havde derfor værneting. EF-Domstolens afgørelse stemmer ikke overens med engelsk ret, der i stedet anser en begunstigets krav på trust midlerne for at være et tingligt krav (*in rem*). EF-Domstolens afgørelse kritiseres blandt andet af *Peter Birks*, *In rem or in personam? Webb v Webb*, Trust Law International, vol. 8, no. 4, 1994, s. 99ff.

## XII Trusts og international privat- og procesret

6. i sin egenskab af stifter af en trust, trustee eller begunstiget ved en trust oprettet enten i henhold til loven eller skriftligt eller ved en mundtlig aftale, der er bekræftet skriftligt, ved retterne i den kontraherende stat, på hvis område trusten har hjemsted;

Afgørelsen af, hvor en trust har hjemsted, skal i medfør af Domskonventionens afsnit V. Almindelige bestemmelser, i artikel 53, stk. 2, afgøres efter *lex foris* lovvalgsregler. Artikel 53, stk. 2, er sålydende:

Ved sin afgørelse af, om en trust har hjemsted i den kontraherende stat, hvor sagen er anlagt, skal retten anvende de internationale privatretlige regler, som gælder for den.

Domskonventionens regler om værneting i sager om trusts kan aktualiseres i to situationer:

- (a) hvor f.eks. en sagsøgt trustee under et sagsanlæg i et common law stat gør gældende, at den pågældende domstol savner værneting og i stedet henviser til en anden common law domstol<sup>10</sup> eller en civil law stat;
- (b) hvor f.eks. en sagsøgt trustee under et sagsanlæg i en civil law stat gør gældende, at den pågældende domstol savner værneting og i stedet henviser til en common law domstol eller en anden civil law domstol;

Tilfælde (a) volder ikke umiddelbart vanskeligheder, idet common law stater for længe siden har udviklet lovvalgsregler for trusts. Det er således muligt for common law domstole at anvende *lex foris* lovvalgsregler ved fastlæggelse af trustens hjemsted.

Tilfælde (b) vil imidlertid volde problemer, idet det må antages at høre til undtagelsen at en civil law stat (*lex fori*) har lovvalgsregler for trusts. Anlægger en dansk sagsøger således sag mod en trust ved en dansk domstol, skal den danske domstol anvende dansk rets lovvalgsregler på spørgsmålet om, hvor trusten har hjemsted. Danmark har imidlertid ikke nogen lovvalgsregler for trusts, hvorved hjemstedet for denne retsfigur kan fastlægges, idet retsfiguren er fremmed for dansk ret. Først og fremmest er der spørgsmålet, om en dansk

---

10. Dette kan f.eks. være tilfældet hvor stridsspørgsmålet er, om en trust har hjemsted i England eller Irland.

domstol overhovedet vil anerkende en trust.<sup>11</sup> Herudover er der spørgsmålet, hvorledes en dansk domstol vil forsøge at analogisere trusten i forhold til eksisterende danske retsfigurer. Vil en dansk domstol blot anse en trust for at være en obligationsretlig retsfigur, således at den begunstigede ikke er beskyttet mod trustees aftaleerhververe og kreditorer, eller vil en dansk domstol i stedet forsøge at indpasse trusten under fondslovene med dertil hørende krav om blandt andet en uigenkaldelig adskillelse af stifterens midler. Manglen på danske lovvalgsregler vedrørende trusts indebærer, at der må siges at herske en betydelig tvivl om, hvorledes udfaldet vil være, når en dansk domstol skal træffe et lovvalg vedrørende en trust.

Domskonventionen indeholder i art. 17, stk. 3, en særbestemmelse om trusts. I medfør af art. 17, stk. 3, kan en stifter tillægge en eller flere domstole i en kontraherende stat enekompetence i sager mod stifteren af en trust, trustee eller de begunstigede, såfremt sagen vedrører forholdet mellem disse personer eller om deres rettigheder og pligter inden for trustens rammer. Baggrunden for art. 17, stk. 3, er, at trusts kan oprettes mundtligt, hvilket aktualiserede behovet for en særregel.<sup>12</sup>

Bestemmelser om retters kompetence og tilsvarende bestemmelser er i medfør af domskonventionens art. 17, stk. 4, ugyldige såfremt de strider mod bestemmelserne i artiklerne 12 og 15, eller såfremt de

- 
11. Inden for det administrative system har Landsskatteretten haft lejlighed til at tage stilling til, hvorvidt midler overført af stifteren til trustee fremover skulle medregnes til stifterens formue. Landsskatteretten afviste dette under henvisning til, at midlerne endeligt var udgået af stifterens formue, TfS 1994, 605 LSR. Se endvidere SKDM 1967, 18 og SKDM 1967,8. Sagen TfS 1984, 131 SD vedrørte en forespørgsel fra en advokat om den skattemæssige behandling af en dansk trustee. Se tillige TfS 1992, 425 LSR om beskatningen af en begunstiget.
  12. *Peter Arnt Nielsen* anfører om art. 17, stk. 3, at oprettelsen af en trust således anses for at være en værningssaftale om, at den ret, der efter art. 5, nr. 6 er kompetent, også er enekompetent med hensyn til de nævnte tvister, *International privat- og procesret*, 1997, s. 208. Det kan tilføjes, at den domstol, der har kompetence i medfør af art. 5, nr. 6, ikke er begrænset til kun at pådømme de forhold, der er nævnt i art. 17, stk. 3, men derimod alle sager, der anlægges mod en person i dennes egenskab af stifter, trustee eller begunstiget. Art 17, stk. 3, skal snarere ses som en modifikation af art. 5, nr. 6. Således kan en stifter ved at indsætte en værningssaftale i stiftelsesdokumentet sikre, at alle tvister mellem trustens parter anlægges for domstolene i en bestemt kontraherende stat. Alle andre sager vil imidlertid og i medfør af art. 5, nr. 6 skulle anlægges ved domstolene i det land, hvor trusten i medfør af art. 53, stk. 2, anses at have hjemsted.

## XII Trusts og international privat- og procesret

udelukker kompetence for de retter, som i medfør af artikel 16 er enekompetente.

Domme afsagt af udenlandske domstole skal i medfør af domskonventionens art. 26 som udgangspunkt uden videre anerkendes af en dansk domstol, og denne er i medfør af art. 29 afskåret fra at efterprøve sagens realitet. Under visse omstændigheder kan en dansk domstol dog undlade at efterkomme en dom afsagt i udlandet, f.eks. hvor en anerkendelse vil stride mod grundlæggende retsprincipper i Danmark, jf. art 27, nr. 1. Fuldbyrdelse af udenlandske domme skal endvidere finde sted i Danmark, såfremt den udenlandske dom kan fuldbyrdes i domsstaten, jf. art. 31.

### 3.2. Luganokonventionen

Luganokonventionen er en såkaldt parallelkonvention til Domskonventionen.<sup>13</sup> Luganokonventionen blev til på baggrund af interessen hos EFTA-staterne i at få domme afsagt i en EFTA stat anerkendt og fuldbyrdet i en EU stat og vice versa. Domskonventionen og Luganokonventionen er for størstedelens vedkommende ens. Således indeholder Lugonakonventionen – i lighed med Domskonventionen – i artikel 5, stk. 1, nr. 6 og artikel 53, stk. 2, bestemmelser om trusts. Luganokonventionen skal anvendes, hvor sagsøgte har bopæl i en EFTA-stat.<sup>14</sup>

### 3.3. Den nye domsforordning

Den 22. december 2000 har EU vedtaget en ny forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (den nye domsforordning).<sup>15</sup> Forordningen træder i kraft den 1. marts 2002. Som følge af Danmarks forbehold med hensyn til retlige og indre anliggender gælder forordningen ikke for Danmark. Danmarks forbehold er på den anden side ikke til hinder for, at Danmark vælger at deltage i almindeligt mellemstatsligt samarbejde på dette område.<sup>16</sup> Dette bliver formentlig

13. Se om Luganokonventionen blandt andet *Peter Arnt Nielsen*, *International privat- og procesret*, 1997, s. 133ff.

14. I medfør af Luganokonventionen artikel 54b, stk. 1, berører Lugonakonventionen ikke anvendelsen af Domskonventionen.

15. Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2001, EF-Tidende nr. L 012 af 16/1 2001 s. 1ff.

16. Se notat til Retsudvalget, Alm. Del bilag 686, 1999.

også løsningen på sagen. Indtil da gælder Domskonventionen af 1968 mellem Danmark og de andre medlemsstater. For de andre medlemsstater indebærer Danmarks forbehold, at disse stater fra og med 1. marts 2002 skal benytte to forskellige retsakter, alt afhængig af om en part i sagen har bopæl eller hjemsted i Danmark.

Der er ikke i den nye domsforordning foretaget nogen ændringer af reglerne om trusts i forhold til domskonventionen af 1968.

#### 3.4. Retspolitik

Dansk rets mangel på lovvalgsregler vedrørende trusts er på ingen måde en uaktuel problemstilling. Trusts oprettet i EU common law stater som Storbritannien og Irland får i stigende grad berøringsflader til et eller flere EU civil law stater, hvorved spørgsmålet om trustens hjemsted kan opstå.<sup>17</sup>

Dansk rets mangel på lovvalgsregler om trusts vil ofte kunne føre til uforudsigelige resultater med hensyn til hvilket lands regler der finder anvendelse på trusten, uagtet at netop forudsigelighed spiller en stor rolle indenfor den internationale privat- og procesret. Endvidere er der hensynet til parternes forventninger, der ikke er tjent med, at de manglende lovvalgsregler om trusts i Danmark kan føre til, at reglerne i et andet land end det land, hvor trusten har sin nærmeste tilknytning, finder anvendelse.

Det må anbefales, at Danmark enten udvikler eller vedtager lovvalgsregler om trusts. Det ville i denne forbindelse være nærliggende, hvis Danmark ratificerede Haagerkonventionen om trusts. Trustskonventionen indeholder regler om lovvalget ved trusts. Trustskonventionens regler og konsekvenser er gennemgået neden for 6. En anden mulighed er, at dansk ret i praksis benytter sig af tilsvarende lovvalgsregler som indeholdt i trustskonventionen.<sup>18</sup>

---

17. Lovvalget ved trusts giver endda selv anledning til problemer internt mellem common law stater.

18. Jf. *Peter Arnt Nielsen*: »For dansk rets vedkommende bør reglerne i Haager-trustskonventionen tillægges betydelig værdi, når der skal opstilles lovvalgsregler for trusts, uanset at konventionen ikke er ratificeret i Danmark.«, *International privat- og procesret*, 1997, s. 157.

## 4. Udkastet til en global domskonvention

### 4.1. Indledning

Arbejdet i Haagerkonferencen for International Privatret på en global domskonvention har nu udmøntet sig i et udkast til konvention (Hague Convention on International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters) samt udkast til forklarende rapport.<sup>19</sup>

### 4.2. Konventionsudkastets art. 11

Konventionsudkastet indeholder i art. 11 en regel om trusts. I henhold til art. 11 skal en kontraherende stats domstole have enekompetence i sager, der vedrører gyldigheden, ændringer, fortolkningen, retsvirkningerne og administrationen af en trust, der er stiftet frivilligt<sup>20</sup> og skriftligt, såfremt dette lands domstolene er udpeget i stiftelsesdokumentet. Art. 11 vedrører således alene søgsmål, der relaterer sig til trustens interne retsforhold.<sup>21</sup>

Udpeger stiftelsesdokumentet i stedet en eller flere domstole i en ikke-kontraherende stat, skal domstolene i de kontraherende stater ikke tillade sagsanlæg, medmindre domstolene i den ikke-kontraherende stat selv har afvist at behandle sagen.<sup>22</sup>

Indsættelsen af enekompetente domstole i stiftelsesdokumentet vil i medfør af udkastets art. 4, stk. 3, være ugyldige, såfremt denne strider mod udkastets art. 7 (forbrugerkontrakter), 8 (individuelle arbejdskontrakter) eller 12 (eksklusiv kompetence). Således skal f.eks. sager om tinglige rettigheder (*in rem* rights) i fast ejendom eller lejemål i medfør af art. 12, stk. 1, anlægges ved domstolene i den stat,

---

19. Se udkastet på internetadressen: <http://www.hcch.net/e/conventions/draft36e.html> samt Peter Arnt Nielsen, TfR 2001, 158ff., Haagerkonferencens udkast til global domskonvention, s. 177ff.

20. I modsætning til constructive og resulting trusts.

21. Jf. Peter Nygh og Fausto Pocar, Report of the Special Commission, s. 62. Rapporten kan downloades fra internetadressen: <ftp://hcch.net/doc/jdgm11.doc>

22. »The choice of dismissing the proceedings or suspending them until the other court has had the opportunity of determining whether it will take jurisdiction is for the court seised to make. It can be expected that the court seised will not normally decline jurisdiction unless it is satisfied that the other court has jurisdiction.«, Peter Nygh og Fausto Pocar, Report of the Special Commission, s. 62.

#### 4. Udkastet til en global domskonvention

hvor førnævnte faste ejendom er beliggende.<sup>23</sup> Udgør trust-aktivet en fast ejendom, må det på baggrund af udkastets art. 11 og 12 antages, at sager om andet end rent interne retsforhold skal anlægges ved domstolene i den stat, hvor den faste ejendom er beliggende. Vedrører sagen derimod trustens interne retsforhold, må sagen skulle anlægges efter reglerne i udkastets art. 11. Spørgsmålet om kvalifikationen af sagens genstand som værende *in personam* eller *in rem* har betydning som følge af EF-domstolens præjudicielle afgørelse i sagen *Webb v Webb*.<sup>24</sup> I denne sag afviste EF-domstolen, at striden om, hvem der havde retten til en fast ejendom i en trust, skulle kvalificeres som værende en ret *in rem*, hvorfor sagen kunne anlægges i England og ikke i det land, hvor den faste ejendom befandt sig. Dette spørgsmål er så vidt ses ikke afklaret endnu.<sup>25</sup>

I mangel af indsættelse af domstole i stiftelsesdokumentet anlægges sagen i medfør af art. 11, stk. 2, dér, hvor trusten *a)* har sit principale sæde for administration, *b)* den stat, hvis regler finder anvendelse på trusten eller *c)* den stat, som trusten har sin nærmeste tilknytning til. Sagsøger kan vælge frit mellem at anlægge sag ved domstolene i de stater som pkt. *a)-c)* udpeger.<sup>26</sup>

Anlæggelse af søgsmål, der ikke vedrører gyldigheden, ændringer, fortolkningen, retsvirkningerne og administrationen af en trust, der er stiftet frivilligt og skriftligt, følger de almindelige regler i konventionsudkastet. Dog skal det bemærkes, at konventionsudkastet ikke finder anvendelse på sager, der vedrører gyldigheden eller fortolkningen af testamenter, i henhold til hvilket en trust stiftes, jf. implicit udkastets art. 1, stk. 2, litra d.<sup>27</sup>

---

23. For lejemål gælder der dog en modifikation, såfremt lejeren sædvanligt opholder sig i en anden stat.

24. *Webb v Webb*, C-294/92, maj 1994.

25. Se *Catherine Kessedjian*, *Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters*, pkt. 40 (Preliminary Document No 8 of November 1997 for the attention of the Special Commission of March 1998 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters): »However, the delegations were divided on whether that decision should be approved or condemned. The Commission has not yet resolved this difficulty.« Dokumentet kan downloades fra internetadressen: [ftp://hcch.net/doc/jdgm\\_pd8.doc](ftp://hcch.net/doc/jdgm_pd8.doc)

26. *Peter Nygh* og *Fausto Pocar*, Report of the Special Commission, s. 63.

27. Jf. *Peter Nygh* og *Fausto Pocar*, Report of the Special Commission, s. 34 og s. 62.

## 5. Romkonventionen

### 5.1. Konventionens anvendelsesområde

Romkonventionen<sup>28</sup> fra 1980 vedrører lovvalget i sager om kontraktlige forpligtelser, jf. art. 1, stk. 1. Det er en naturlig følge af, at konventionen kun gælder inden for kontraktsretten, at trusts ikke er omfattet, hvilket også følger direkte af konventionens artikel 1, stk. 2, litra g, hvorefter stiftelse af trusts samt forholdet mellem stiftere, trustees og de begunstigede er undtaget fra konventionens anvendelsesområde. Det er i denne forbindelse vigtigt at holde sig domskonventionens art 17, stk. 3, for øje, hvorefter en stifter i trustens stiftelsesdokument kan tillægge en eller flere domstolene i en kontraherende stater enekompetence i netop disse spørgsmål. Det vil her være nærliggende at vælge en domstol i et land, der kender til retsinstituttet trusts og således har udviklet lovvalgsregler, der tager højde for trusts.<sup>29</sup> I mangel heraf må ovennævnte spørgsmål afgøres af en dansk domstol efter dansk rets almindelige lovvalgsregler. Dette kan volde problemer, hvor de danske lovvalgsregler peger på et lands regler, f.eks. Danmark, der ikke kender til retsinstituttet trusts.

Romkonventionen må dog anses for at være anvendelig i de situationer, hvor trustee i sin egenskab heraf har indgået aftaler med tredjemand. Har trustee således indgået en aftale med f.eks. en dansk kontrahent vil lovvalget i første omgang bero på, om parterne i deres aftale har vedtaget en lov, jf. konventionens art. 3, eller i mangel heraf efter principperne i konventionens art. 4.

## 6. Haagerkonventionen om trusts

I 1982 blev der nedsat en særlig kommission, bestående af repræsentanter fra omkring 20 lande, der havde til formål at udarbejde et udkast til Haager konvention vedrørende de internationale privatretlige aspekter af trusts. Kommissionen fremlagde tre år senere et ud-

---

28. Konvention om hvilket lands lov, der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (80/934/EØF).

29. Se også neden for 3.1. om art. 17, stk. 3.

## 6. Haagerkonventionen om trusts

kast til en konvention (The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition) (herefter Trustskonventionen), der blev vedtaget på en Haager konference den 1. juli 1985.<sup>30</sup> Konventionen er underskrevet eller ratificeret af følgende lande:

Konventionen er underskrevet af Luxembourg, U.S.A., Canada, Australien og Frankrig. Australien, Canada (for Alberta, New Brunswick, British Columbia, Newfoundland, Prince Edward Island, Manitoba og Saskatchewan), Holland, Italien, Malta, Storbritannien<sup>31</sup> (herunder Bermuda, British Antarctic Territory, Falklandsøerne, Gibraltar,<sup>32</sup> Guernsey, Hong Kong,<sup>33</sup> Isle of Man, Jersey, Jomfruøerne, Montserrat (men ikke Cayman Islands)), Nord-Irland, St. Helena and Dependencies, South Georgia, South Sandwich Islands, Sovereign base areas of Akrotiri og Dhehelia og Turks & Caicos. har ratificeret konvention og implementeret denne i deres lovgivning.<sup>34</sup>

---

30. Se nærmere Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome I og II, 1985. Tome II, der har titlen 'Trusts – applicable law and recognition', indeholder blandt andet en indsigtfulde rapport om trusts af *Adair Dyer* og *Hans van Loon*, Report on trusts and analogous institutions, s. 10ff. Tome II indeholder tillige en forklarende rapport til konventionens enkelte artikler udarbejdet af *Alfred E. von Overbeck*, Explanatory Report, s. 370ff.

31. Storbritannien har implementeret konventionen ved UK Recognition of Trusts Act 1987, der trådte i kraft i den 1. august 1987.

32. International Trust Laws, redigeret af *John Glasson*, Jordan Publishing Ltd., 1992, update 7. oktober 1996.

33. Hong Kong hører som bekendt nu til Kina.

34. Status over hvilke lande, der har underskrevet og eventuelt ratificeret konventionen, kan ses på <http://www.hcch.net/e/status/stat30e.html>

## XII Trusts og international privat- og procesret

Trustkonventionen trådte i kraft den 1. januar 1992.<sup>35</sup> Danmark har til dato hverken underskrevet eller ratificeret konventionen.

### 6.1. Trustkonventionens anvendelsesområde

Trustkonventionens anvendelsesområde er fastlagt i kapitel I (artiklerne 1-5). Artikel 1 er sålydende:

#### *Article 1*

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Konventionens formål er således *for det første* at udpege det lands regler, der skal finde anvendelse for de af konventionen omfattede trusts, og *for det andet* at regulere anerkendelsen af de af konventio-

---

35. Se om konventionen blandt andet A. *Gambara*, Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law; *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 30, 1984, s. 93ff, J.P. *Beraudo*, La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance; Travaux du Comité français de droit international privé, 1985-1986, s. 21ff., *Lennart Lynge Andersen*, Haagerkonferencens 15. samling 1984, *Nordic Journal of International Law*, 1986, s. 346ff., *Anne Wallace*, Choice of Law for Trusts in Australia and the United Kingdom, *International and Comparative Law Quarterly (I.C.L.Q.)*, vol. 36, 1987, s. 454ff., *M. Arai*, Legal Problems on the Internationalization of Trusts and the Hague Convention on Trusts – The Hague Convention on Trusts from the Standpoint of Comparative Law; Study of the Law of Trust (Shintaku-ho Kenkyu), No 12, May 1988, s. 97ff., *R. Hayashi*, Development of Trust and Theory of Trust; Study of the Law of Trust (Shintaku-ho Kenkyu), No 12, May 1988, s. 3ff., *G. Boutin*, El Fideicomiso Panameño en el Derecho Internacional Privado y la Convención de La Haya (1985) Relativa a la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento; Montevideo, 1990, J.P. *Beraudo*, Les trusts anglo-saxons et le droit français; LCDJ, Paris 1992, *Van Boeschoten*, Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief; Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1994, s. 1ff., *D. J. Hayton*, Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees, 15. udg., 1995, s. 939ff., *D.W.M. Waters*, Institution of the Trust in Civil Law and Common Law, *Recueil Des Cours*, 1995, bind 252, s. 115ff., *P. Breitschmid*, Trust und Nachlassplanung; Rechtskollisionen. Festschrift Heini, 1995, s. 49, 65, *D. J. Hayton*, International recognition of trusts, i *International Trust Laws C1.1.-C1.3.*, (*John Glasson* red.), *Maurizio Lupoi*, The shapeless trust, *Trusts and trustees and international asset management*, 1995, nr. 3, s. 15ff., *Adair Dyer*, International recognition of the trust concept, *Trusts and trustees*, vol. 2, no. 3, 1996, s. 5ff., *D.J. Hayton m.fl.* (red.) – Vertrouwd met de Trust. Trust and Trust-like Arrangements (Serie Onderneming en Recht, deel 5); W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1996, *Marielle Koppenol-Laforce*, The Trust, The Hague Trusts Convention and Civil law Countries; A Mission Impossible?, *Notarius International*, 3, 1998, s. 27ff. og *Hein Kötz*, The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition, i *Modern International Developments in Trust Law*, (*D. J. Hayton* red.), 1999, s. 37ff.

## 6. Haagerkonventionen om trusts

nen omfattede trusts. Konventionens artikel 2 omhandler hvilke trusts, der er omfattet af konventionen, og er sålydende:

### Article 2

For the purpose of this Convention, the 'trust' refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics

- a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;
- b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers and the fact that the trustee may himself have rights as beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Der kan ikke være tvivl om, at common law landenes trust er omfattet af de citerede karakteristika. Det interessante spørgsmål er imidlertid, om en eller flere retsinstitutter i civil law landenes retssystemer falder ind under de anførte karakteristika. Spørgsmålet må besvares bekræftende.<sup>36</sup> Således opfylder for eksempel Canadas *fiducie* og tysk rets *Treuhand* de citerede karakteristika.<sup>37</sup>

---

36. Jf. D. J. Hayton, Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees, 15. udg., 1995, s. 943.

37. I samme retning Alfred E. von Overbeck: »In reality, article 2 simply tries to indicate the characteristics which an institution must show – whether this is a trust from a common law country or an analogous institution from another country – in order to fall under the Convention's coverage.«, Explanatory report, Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trusts – applicable law and recognition, 1985, s. 378. Se endvidere Maurizio Lupoi: »Before the Hague Convention you would know a trust when you met one. That is no longer so. The drafters of the Convention, as most lawgivers, have turned squares into circles and whites into blacks. The shapeless trust has come into this world.«, The shapeless trust, Trusts and trustees and international asset management, 1995, nr. 3, s. 15.

## XII Trusts og international privat- og procesret

Der havde forinden hersket uenighed om, hvorvidt det burde tillades at konventionen tillige skulle omfatte trust-fremmede retsfigurer, såsom *bewind*,<sup>38</sup> *fiducie*,<sup>39</sup> *Treuhand*,<sup>40</sup> der ikke er 'ægte' trusts, i hvert fald i den traditionelle forstand. Haager konferencens Special Commission nåede frem til, at konventionen kun burde gælde for anglo-amerikanske trusts.<sup>41</sup> Special Commission bemærkede at common law stater ofte ville have en tendens til at tillægge civil law retsfigurer mere vidtrækkende retsvirkninger, end det er tilfældet i civil law staten selv. Heroverfor stod civil law staterne, der ofte ville have en tendens til at tillægge common law staternes trusts mindre vidtrækkende retsvirkninger, end det ville være tilfældet i en common law stat. Special Commission konstaterede i denne forbindelse, at civil laws analoge retsfigurer sjældent gav anledning til vanskeligheder i common law staterne. Special Commission stillede sig yderligere tvivlende overfor, om det overhovedet var hensigtsmæssigt at lade civil laws analoge retsfigurer være undergivet de samme regler som common laws trusts.<sup>42</sup> Haager konferencens 15. session havde imidlertid en anden opfattelse, nemlig at civil laws analoge retsfigurer tillige var omfattet af konventionen. Dette blev i sidste ende også det endelige resultat i konventionen.<sup>43</sup>

Trustkonventionens resultat, hvorefter retsfigurer, der var analoge med det engelske retsinstitut trust, var omfattet af konventionen, var ifølge *Maurizio Lupoi* et bevidst valg.<sup>44</sup> Konventionen introducerede en såkaldt *shapeless trust*. Følgelig vil enhver retsfigur – og således ikke kun common laws trust – være omfattet af konventionen, såfremt den pågældende retsfigur opfylder de krav, der udstikkes i konventionens art. 2. Testen for, om en retsfigur kan anses for at være en trust i konventionens øjne, er, om:

1. aktiverne udgør en separat formuemasse og derfor ikke indgår i den kontrollerende persons (trustees) private formuesfære,

38. Hollandsk retsfigur.

39. Fransk retsfigur.

40. Tysk retsfigur.

41. Jf. *Alfred E. von Overbeck*, Report of the Special Commission, Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Tome II, Trusts – applicable law and recognition, 1985, s. 176. I stedet for, at det skulle fremgå direkte af konventionen, at denne kun gjaldt for anglo-amerikanske trusts, ville Special Commission skrive denne begrænsning ind i præambelen til konventionen.

42. Se i det hele *Alfred E. von Overbeck*, Report of the Special Commission, Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Tome II, Trusts – applicable law and recognition, 1985, s. 176.

43. Se *Alfred E. von Overbeck*, Explanatory Report, Hague Conference on private international law and recognition, 1985, s. 375.

44. *Maurizio Lupoi*, Trusts – A Comparative Study, 2000, s. 332.

## 6. Haagerkonventionen om trusts

2. »title«<sup>45</sup> til aktiverne er i den kontrollerende persons (trustee) navn eller i en anden persons navn på vegne af den kontrollerende person (trustee),<sup>46</sup> og om
3. den kontrollerende person (trustee) har retten og pligten til at administrere, anvende eller afhænde de relevante aktiver – og i sin udøvelse heraf kan holdes ansvarlig – i overensstemmelse med bestemmelserne for retsforholdet og de særlige pligter, der er pålagt ham ved lov.

Det må anses for givet, at en eller flere danske retsfigurer kan indpasses ind under denne definition og således være en trust i konventionens øjne, f.eks. et kommanditselskab, se nærmere neden for kapitel XIII, 2.4.

Som yderligere eksempler herpå kan nævnes den situation, hvor pensioner i henhold til lov om banker og sparekasser § 42a<sup>47</sup> anbringes som et puljeindlån, såkaldt puljepension.<sup>48</sup> Det fremgår af bekg. nr. 1100 af 12. december 2000 om puljepension og andre skattebezugstiggende opsparingsformer m.v. (herefter puljepensionsbekendtgørelsen) § 5, stk. 1, at kunden skal orienteres om, at puljeaktiverne tilhører pengeinstituttet, jf. også § 24. I henhold til puljepensionsbekendtgørelsen § 27 skal pengeinstituttet holde aktiverne i de enkelte puljer adskilte fra pengeinstituttets øvrige aktiver, og de skal udgøre et selvstændigt depot i Værdipapircentralen. Pengeinstituttet er endelig berettiget og forpligtet til at forvalte midlerne i puljen, jf. puljepensionsbekendtgørelsen § 1. Pengeinstituttet vil i henhold til Trustkonventionen anses for at være trustee for indskyderne af midlerne i puljepensionen.<sup>49</sup>

45. Der findes ikke et ord på dansk, der fuldstændigt modsvarer dette begreb. Der er imidlertid vigtigt at holde sig for øje, at begrebet *title* ikke er ensbetydende med *ownership*.

46. Der tænkes her på de såkaldte nominees.

47. Lovbekg. nr. 178 af 19. marts 2001.

48. Se tillige om dansk rets regler om puljepension i relation til trusts Rasmus Kristian Feldthusen i *Principles of European Trust Law*, D. J. Hayton, S. C. J. J. Kortmann og H. L. E. Verhagen (red.), 1999, s. 174.

49. Indskyderne af midlerne i puljepensionen må formentlig i en vis forstand anses for at være (med-)stiftere, uagtet at de reelt ingen indflydelse har på udformningen af trusten, herunder hvilke retningslinjer trustee skal følge. Trustees pligter og beføjelser vil i stedet følge af trustees (pengeinstituttets) standardkontrakter samt lovgivningen. Der er derfor tale om en trust, hvor det reelt er trustee, der fastsætter spillereglerne for trusten, uden at 'stifteren' har nogen nævneværdig indflydelse herpå. Tilsvarende ses inden for bl.a. engelsk og amerikansk ret vedrørende Unit Trusts, Personal Equity Planning (PEP's) og Mutual Funds.

## XII Trusts og international privat- og procesret

Som et andet eksempel kan formentlig nævnes dansk rets regler om nominees<sup>50</sup> i værdipapirhandelslovens § 72, stk. 2,<sup>51</sup> såfremt nominee er forpligtet og berettiget til at administrere de pågældende aktiver.<sup>52</sup> Registrering af en person som værende nominee indebærer ikke, at nominee i henhold til værdipapirhandelslovens § 72, stk. 2, bliver ejer af de pågældende fondsaktiver. Nominee er reelt blot en stråmand for kontohaveren, men dette betyder ikke noget i relation til Trustkonventionen, idet det ikke er et krav, at trustee har ejendomsret til de pågældende aktiver, men i stedet blot 'title'. Kravet om, at de pågældende aktiver udgør en separat formuemasse er tillige opfyldt, idet nominees kreditorer ikke har krav på fyldestgørelse heri, eftersom fondsaktiverne ikke tilhører nominee, jf. også princippet i konkurslovens § 32.

Det er givet, at en række andre retsforhold vil falde ind under Trustkonventionens definition af en trust, og at disse retsforhold følgelig er omfattet af konventionen, dog med den væsentlige modifikation der følger af art. 13, se om denne bestemmelse neden for.

I henhold til konventionens artikel 3 finder konventionen kun anvendelse på trusts, der er oprettet frivilligt, og der stilles endvidere krav om skriftlighed.<sup>53</sup> Det er ikke anset for ønskeligt at inddrage de mere specielle former for trusts, herunder særligt constructive trusts, under konventionens anvendelsesområde.<sup>54</sup> Der er dog i artikel 20 åbnet op for, at den enkelte kontraherende stat kan lade konventionen finde tilsvarende anvendelse på trusts, der er stiftet på grundlag af en judiciel afgørelse.<sup>55</sup>

Konventionen finder i medfør af artikel 4 ikke anvendelse på det

---

50. Se tillige om dansk rets regler om nominees i relation til trusts *Rasmus Kristian Feldthusen* i *Principles of European Trust Law*, D. J. Hayton, S. C. J. J. J. Kortmann og H. L. E. Verhagen (red.), 1999, s. 175f.

51. Lovbekg. nr. 168 af 14. marts 2001.

52. Dette vil kræve en separat aftale herom mellem kontohaveren og nominee, jf. *Rasmus Kristian Feldthusen* i *Principles of European Trust Law*, D. J. Hayton, S. C. J. J. J. Kortmann og H. L. E. Verhagen (red.), 1999, s. 1746

53. *Article 3*. The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

54. På den anden side vil en resulting trust formentlig være omfattet, hvis denne er opstået i kølvandet på en frivilligt oprettet trust, der efterfølgende er kendt ugyldig.

55. *Article 20*. Any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions. (Bestemmelsens stk. 2 og 3 udelades her).

## 6. Haagerkonventionen om trusts

præliminære spørgsmål, om der overhovedet har fundet en gyldig overdragelse sted til trustee.<sup>56</sup> Som eksempel herpå kan nævnes den situation, hvor det af et testamente fremgår, at testator ønsker at oprette en trust, og der opstår tvivl om, hvorvidt testamentet overhovedet er gyldigt. Afgørelsen af, hvilke regler der finder anvendelse på testamentets gyldighed, må ske på grundlag af det pågældende lands almindelige lovvalgsregler samt eventuelt Haagerkonventionen om testamenter.<sup>57</sup> Det er dog vigtigt at skelne mellem på den ene side almindelige regler for overdragelse af ejendomsret og på den anden side særlige trust-regler for overdragelse af ejendomsret. Sidstnævnte regler er omfattet af konventionens artikel 6 og 7.

I henhold til artikel 5, der er den sidste artikel i kapitel 1, gælder konventionen ikke i den udstrækning, at de regler, som konventionens kapitel 2 peger på, ikke gælder for trusts eller for den kategori af trusts, der er relevant.<sup>58</sup> Konventionen finder med andre ord ikke anvendelse i den situation, hvor konventionens bestemmelser peger på et lands regler, der ikke har regler om trusts, som defineret i konventionens artikel 2.

### 6.2. Det anvendelige lovgrundlag

Konventionens lovvalgsregler findes i kapitel II (artiklerne 6-10). Artikel 6 er sålydende:

#### *Article 6*

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trusts involved, the choice shall not be effective and the law specified in article 7 shall apply.

---

56. *Article 4.* The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

57. Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions.

58. *Article 5.* The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

## XII Trusts og international privat- og procesret

Konventionen giver stifteren mulighed for at selv at bestemme, hvilket lands regler der skal regulere trusten, forudsat naturligvis at det pågældende land har regler om trusts.

Har stifteren ikke udnyttet sin adgang i artikel 6 til at vælge, hvilket lands regler der skal anvendes, finder den deklaratoriske regel i artikel 7 anvendelse, hvorefter trusten reguleres af dét lands regler, som trusten er tættest knyttet til. Artikel 7 er sålydende:

### *Article 7*

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.

In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to

- a) the place of administration of the trust designated by the settlor;
- b) the situs of the assets of the trust;
- c) the place of residence or business of the trustee;
- d) the objects of the trust and the place where they are to be fulfilled.

Reglerne i den stat, som er udpeget efter artikel 6 eller artikel 7, finder i medfør af artikel 8 anvendelse på trustens gyldighed, konstruktion, retsvirkninger og administration.<sup>59</sup>

Stifteren er ikke bundet af kun at vælge ét lands regler, selvom dette som oftest nok er anbefalelsesværdigt. Stifteren kan i medfør af artikel 9 f.eks. bestemme, at irsk ret skal regulere trustens gyldighed, at engelsk ret skal regulere trustens administration, osv.<sup>60</sup>

En stifter kan i medfør af artikel 10 give trustees eller eventuelt en

---

59. *Article 8.* The law specified by Article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust. In particular that law shall govern – a) the appointment, resignation and removal of trustees; the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee; b) the rights and duties of trustees among themselves; c) the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers; d) the power of trustees to administer or to dispose of trusts assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets; e) the power of investment of trustees; f) restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust; g) the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries; h) the variation or termination of the trust; i) the distribution of trust assets; j) the duty of trustees to account for their administration.

60. *Article 9.* In applying this Chapter a severable aspect of the trust, particular matters of administration, may be governed by a different law.

protector beføjelse til at ændre lovvalget til et andet lands regler.<sup>61</sup> En sådan mulighed vil ofte være anbefalelsesværdig, særlig hvor stiftelsesdokumentet giver trustee beføjelse til at overføre trust-midlerne til nye trustees, der er bosiddende i andre lande. Det vil her være hensigtsmæssigt, at reglerne i den stat, hvor de nye trustees er bosiddende, fremover regulerer trustens forhold.<sup>62</sup>

### 6.3. Anerkendelse

Konventionens kapitel III (artiklerne 11-14) indeholder reglerne om anerkendelsen af trusts.

Principielt er der ikke behov for regler om anerkendelse, idet det netop følger af, at hvis det ene land accepterer, at det andet lands regler om trusts finder anvendelse, er trusten herved anerkendt af det første land. Ikke desto mindre er det fundet hensigtsmæssigt at inddrage spørgsmålet om anerkendelse i konventionen, herunder det væsentlige spørgsmål om, hvad en anerkendelse af en trust som minimum indebærer for den pågældende stat.

Hovedbestemmelsen i kapitel 3, artikel 11, er sålydende:

#### *Article 11*

A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognised as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to a trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular

- a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
- b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;
- c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;
- d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets.

However, the rights and obligations of any third party holder of the assets

---

61. *Article 10.* The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the the trust may be replaced by another law.

62. Jf. *D. J. Hayton, Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 947.

## XII Trusts og international privat- og procesret

shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Af artikel 11, litra a, fremgår, at trustees personlige kreditorer skal være afskåret fra at søge sig fyldestgjort i trust-aktiverne. Denne bestemmelse kan dog ikke antages at fritage trustee fra at drage omsorg for en offentlig registrering af trustees ret som en betingelse for kreditorbeskyttelse – og for den sags skyld – omsætningsbeskyttelse. Således er det i engelsk ret en forudsætning for, at den begunstigedes ret overhovedet nyder retsbeskyttelse, at trustees ret ved *registered land*<sup>63</sup> er tinglyst. Se nærmere om registrering nedenfor, hvor artikel 12 belyses.

I medfør af artikel 11, litra d, sidste pkt. kan hverken stifterens lovvalg eller konventionens lovvalgsregler fastlægge, hvilket lands regler der skal regulere tredjemands retsstilling i forbindelse med en overdragelse af et aktiv. Dette må i stedet ske i medfør af lex foris lovvalgsregler. Dette kan imidlertid vise sig at være problematisk i den situation, hvor trustee uberettiget har overført et eller flere aktiver til en tredjemand. Peger forum landets regler på et andet land (det være sig forum landet selv eller et tredjeland), der ikke kender til trusts, vil de særlige beskyttelsesregler i common law landene om following, claiming og tracing ikke finde anvendelse. Den begunstigedes og tredjemandens retsstilling vil i stedet her afhænge af reglerne om vindikation og eksstinktion i det pågældende land. I de fleste civil law lande vil resultatet ofte være, at tredjemanden eksstingverer den begunstigedes ret.

I forlængelse af artikel 11 anføres det i artikel 12, at trustee skal være berettiget til at registrere sin ret til trust-midlerne i offentlige registre, i den udstrækning dette ikke strider mod eller er uforeneligt med reglerne i den stat, hvor registreringen ønskes foretaget.<sup>64</sup> Det vil formentlig være påkrævet, at det på den ene eller anden måde af registreringen fremgår, at trustee alene er ejer i sin egenskab af trustee, for derigennem at advare trustees tredjemænd og samtidig yde den begunstigede beskyttelse mod førnævnte. Det vil dog formentlig

63. Se Land Registration Act 1925 og Land Registration Rules 1978 som ændret ved Land Registration Rules 1990.

64. *Article 12.* Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

## 6. Haagerkonventionen om trusts

ikke være muligt få indføjet en sådan bemærkning i alle registre, og selvom dette kunne lade sig gøre, ville retsvirkningerne heraf på ingen måde være sikre. Usikkerheden skyldes, at lovvalget vedrørende tvisten mellem den begunstigede og trustees aftaleerhververe, som nævnt ovenfor, afgøres efter *lex foris* almindelige lovvalgsregler. Hvis lovvalgsreglerne peger på f.eks. *lex fori selv*, og *lex fori* ikke har regler om trusts, opstår problematikken om, hvilken indflydelse – hvis overhovedet nogen – en registrering som trustee har i relation til konflikten mellem den begunstigede og trustees aftaleerhververen. Antages det for eksempel, at Danmark har ratificeret trustkonventionen, og ét af trust-aktiverne består af en fast ejendom beliggende i Danmark. Trustee (T) har tinglyst sin ret, idet det af tingbogen fremgår, at T ejer ejendommen i T's egenskab af trustee. Har en køber (K) købt ejendommen af T antages K qua tinglysningen at være vidende om, at den faste ejendom kun ejes af T i dennes egenskab af trustee. Det lands regler, som enten stifteren eller konventionen lovvalgsregler har udpeget, finder ikke anvendelse.<sup>65</sup> Højest sandsynligt vil dansk ret regulere forholdet. Det løser imidlertid ikke problemet, snarere tværtimod, eftersom Danmark ikke har regler om trusts eller om sondringen mellem *legal rights* og *equitable rights*. Spørgsmålet om konflikten mellem parterne i en trust på den ene side og tredjemand på den anden side, når konflikten opstår i dansk ret, er diskuteret neden for kapitel XIII. 4.

I medfør af artikel 13 er domstolene i de ratificerende stater tildelt en diskretionær adgang til at afstå fra at anerkende en trust, såfremt trustens væsentligste elementer – bortset fra valget af, hvilken stats regler der skal finde anvendelse på trusten, stedet for trustens administration og trustees bopæl – er tættere knyttet til stater, der ikke kender til trusts eller til den aktuelle type af trust.<sup>66</sup> Læses artikel 13 selvstændigt, kan retsvirkningerne illustreres i følgende eksempel, idet det i eksemplet forudsættes, at Danmark har ratificeret trustkonventionen.

---

65. Dette kan dog godt lade sig gøre, hvis Danmarks almindelige lovvalgsregler selvstændigt peger på dette land.

66. *Article 13.* No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

## XII Trusts og international privat- og procesret

En dansker stifter en trust, der består af aktiver der er beliggende i Danmark. Trusten er oprettet til fordel for danske begunstigede, idet stifteren udvælger England som det land, hvis regler skal finde anvendelse. Stifteren udpeger endvidere engelske trustees med bopæl i England, således at de engelske trustees skal administrere trusten i England.

En sådan trust vil – forudsat at artikel 13 læses selvstændigt – kunne underkendes såvel af danske som engelske domstole, idet væsentlige elementer vedrørende trusten, bortset fra valget af hvilken stats regler, der skal finde anvendelse på trusten, stedet for trustens administration og trustees bopæl er tættere knyttet til Danmark, der ikke kender til trusts. Læses artikel 13 i stedet for som før selvstændigt, nu i sammenhæng med konventionens artikel 2, opstår spørgsmålet, om Danmark kan anses for at være et land, der ikke kender til retsinstituttet trusts, hvilket jo er en forudsætning for domstolens adgang til at afstå fra at anerkende ovennævnte trust. Konventionens definition af trusts er – som også anført ovenfor – ikke indskrænket til kun at gælde for common law landenes trusts, der nærmere bestemt er baseret på den særlige opdeling af ejendomsretten i common law og equity. Kravene til, at et retsforhold er omfattet af konventionens beskrivelse af trustens karakteristika er – som beskrevet ovenfor – i medfør af artikel 2, at aktiver er placeret under en persons kontrol til fordel for en person eller et formål. Herudover skal retsforholdet have tre andre karakteristika:

- 1) aktiver skal udgøre en separat formue og må således ikke høre til den kontrollerende persons egen private formue;
- 2) *title* (bemærk at dette begreb anvendes i stedet for begrebet ejendomsret (*ownership*), hvilket ganske tydeligt peger i retning af, at personen, der modtager aktiverne, ikke behøver at eje dem. Dette fremgår også af indledningen til artikel 2, hvor det kun er et krav, at aktiverne placeres under en persons kontrol.) skal stå i den kontrollerende persons navn eller i en anden persons navn, når dette er på vegne af den kontrollerende person;
- 3) den kontrollerende person skal have retten og pligten til at administrere, anvende eller afhænde de relevante aktiver – og i udøvelsen heraf kunne holdes ansvarlig – i overensstemmelse med bestemmelserne for retsforholdet og de særlige pligter, der er pålagt ham ved lov.

Som anført tidligere er det på ingen måde utænkeligt, at et eller flere retsforhold i dansk ret er omfattet af konventionens definition, hvilket

principielt indebærer, at Danmark i relation til konventionen må betragtes som værende et trust land.<sup>67</sup> Dette indebærer, at betingelserne for at en dansk domstol kan nægte at anerkende en trust som beskrevet i eksemplet ovenfor, ikke uden videre er tilstede. Den omstændighed, at trusten har sin nærmeste tilknytning til Danmark, har ingen betydning eftersom Danmark, ligesom England, vil være at betragte som et trust land. Den eneste mulighed for, at en domstol kan afstå fra at anerkende en trust som beskrevet i eksemplet ovenfor, er såfremt dansk ret ikke kender til den aktuelle *type* trust.

Endelig fremgår det af artikel 14, at trustkonventionen ikke afskærer, at regler der er mere favorable i relation til anerkendelse af trusts, finder anvendelse.

#### 6.4. Generelle bestemmelser

Kapitel IV (artiklerne 15-25) indeholder konventionens generelle bestemmelser.

Artikel 15 fastlægger, at konventionens bestemmelser står tilbage for præceptive lovbestemmelser i det lands ret, som er udpeget af stifteren eller konventionens lovvalsregler. Bestemmelsen er sålydende:

##### *Article 15*

The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters –

- a) the protection of minors and incapable parties;
- b) the personal and proprietary effects of marriage;
- c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;
- d) the transfer of title to property and security interests in property;
- e) the protection of creditors in matters of insolvency;
- f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

---

67. Se *Maurizio Lupoi*, *The shapeless trust, Trusts and trustees and international asset management*, 1995, nr. 3, s. 17: »Similar structures are to be found everywhere, from Ecuador to Russia to the Philippines to the *waaf* of Muslim law. The shapeless trust is probably the most common of all legal structures both nowadays and in the history of law.« *D. J. Hayton* synes med følgende udtalelse også at forudsætte, at konventionen kan udstrækkes ud over common laws trust: »Article 2 affords much scope for the Convention to extend beyond the pure Anglo-American trust.«, *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995, s. 953.

## XII Trusts og international privat- og procesret

If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

Præceptive regler i *lex fori*, *lex rei sitae* eller *lex successionis* vil således have forrang i relation til det lands regler, der er udpeget af stifteren eller konventionen. For dansk rets vedkommende vil særligt fideikommissforbudet i Grundlovens § 84 og arvelovens § 69 kunne komme i betragtning.<sup>68</sup> Eventuelt vil tillige reglerne om tvangsarv i arvelovens kapitel 4 og reglerne om ægtefællers formue i lov om ægteskabets retsvirkninger kapitel 2 kunne komme på tale. I sagen UfR 1987.981/2 Ø opstod spørgsmålet om en begunstigets ret til trustmidler skulle indgå i fællesejet og således indgå i bodelingen i anledning af separation:

UfR 1987.981/2 Ø: Forældrene A og B, der begge havde bopæl i U.S.A., havde stiftet en trust til fordel for deres datter H. Det var i stiftelsesdokumentet blandt andet fastsat, at H ved sin 35 års fødselsdag skulle modtage 1/3 af trustens midler. H giftede sig med M, men H besluttede sig imidlertid kort før sin 35 års fødselsdag at søge om separation. På baggrund af separationen ville trustee ikke udbetale trust-midler til H. Spørgsmålet i sagen var om H's andel i trust-midlerne indgik i H's formue. M og H var enige om, at dansk rets regler fandt anvendelse ved bodelingen. Der var endvidere enighed om, at det fulgte af californisk ret, at alt, hvad hver ægtefælle indførte i ægteskabet, var den pågældendes særeje, medens erhvervelser under ægteskabet var fælles-eje. Landsretten nåede frem til, at H ifølge stiftelsesdokumentet havde krav på udbetaling af 1/3 af kapitalen, og at denne andel var fælleseje, idet der ikke i stiftelsesdokumentet var holdepunkter for at antage andet.<sup>69</sup>

Artikel 16 indeholder regler om særlige præceptive bestemmelser, som vil blive anvendt af *lex fori* selv i international sammenhæng. Dette kan f.eks. være et forbud mod eksport af varer til et land som led i en international embargo. Et andet eksempel kan være et forbud

68. Jf. om disse forbud *Rasmus Kristian Feldthusen, Succession*, 2001, s. 77ff. og s. 92ff.

69. Det kan overordnet diskuteres, om det overhovedet burde have været tillagt betydning, at det ikke af det californiske stiftelsesdokument fremgik eller kunne udledes heraf, at trust-midlerne skulle have været særeje. At det er diskutabelt skyldes, at der i californisk ret gælder den modsatte regel i forhold til Danmark, nemlig at aktiver der bringes ind i ægteskabet er særeje, medmindre parterne bestemmer andet. Faktisk taler dette for det modsatte synspunkt, nemlig at medmindre det i stiftelsesdokumentet var bestemt at trust-midlerne skulle være fælleseje, så måtte trust-midlerne være særeje.

## 6. Haagerkonventionen om trusts

mod at udføre genstande, der har en kulturel eller historisk betydning i det pågældende land. Bestemmelsen er sålydende:

### Article 16

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.

If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph.

Any Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this Article.

Artikel 17 forhindrer *renvoi*,<sup>70</sup> idet konventionen undtager den enkelte stats lovvalgsregler fra konventionens udtryk (applicable) *law*. Konventionens henvisning til fremmed ret skal således læses som en henvisning til *materiel ret* og ikke tillige som værende en henvisning til den relevante stats lovvalgsregler. Herved undgås blandt andet den situation, at *lex fori* ved anvendelsen af konventionen henviser til en anden stat, hvis lovvalgsregler imidlertid peger på en tredje stats materielle regler.<sup>71</sup>

I medfør af artikel 18 kan *lex fori* se bort fra konventionens bestemmelser, såfremt anvendelsen af disse fører til et stødende resultat (stridende mod *ordre public*).<sup>72</sup>

Det er i artikel 19 understreget, at konventionen ikke begrænser de enkelte staters kompetence til at pålægge skat.<sup>73</sup>

I medfør af artikel 20 kan en ratificerende stat på et hvilket som helst tidspunkt udstrække anvendelsesområdet for konventionen på trusts, der er stiftet judicielt, såkaldte constructive trusts.<sup>74</sup>

70. Se om *renvio* blandt andet Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret, 1997, s. 58ff.

71. Article 17. In the Convention the word »law« means the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws.

72. Article 18. The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

73. Article 19. Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

74. Article 20. Any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions. (Bestemmelsens stk. 2 og 3 udelades her).

## XII Trusts og international privat- og procesret

I henhold af artikel 21 kan en ratificerende stat vælge at forbeholde sig en ret til kun at anvende konventionens kapitel III om anerkendelse af trusts på trusts, hvis gyldighed reguleres af en stat, der har ratificeret konventionen. Udgangspunktet i konventionen er, at *lex fori* skal anerkende en trust uanset om det land, hvis regler finder anvendelse på trusten, har ratificeret konventionen eller ej. Bestemmelsen er sålydende:

### Article 21

Any Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State.

Har en stifter således oprettet en trust og i den forbindelse fastsat i stiftelsesdokumentet, at reglerne i staten Texas, U.S.A., skal finde anvendelse på trusten, og har *lex fori* staten taget et artikel 21 forbehold, vil trusten ikke kunne opnå anerkendelse i *lex fori*.<sup>75</sup> Det relevante tidspunkt for anvendelse af artikel 21 er, når spørgsmålet om anerkendelse opstår i en konkret sag. Det vil sige, at tidspunktet for oprettelsen af trusten ikke er relevant. Var trusten således på tidspunktet for dens oprettelse omfattet af reglerne i en ikke-ratificerende stat, men er trusten på det tidspunkt, hvor spørgsmålet om anerkendelse af trusten opstår i *lex fori*, nu omfattet af reglerne i en kontraherende stat, skal trusten anerkendes af *lex fori* staten. Situationen kan f.eks. opstå, hvis den ikke-ratificerende stat siden hen har ratificeret konventionen, eller hvis trustee har udnyttet en beføjelse til at skifte trustens hjemsted, herunder det lands regler, der fremover finder anvendelse på trusten.<sup>76</sup>

Konventionen omfatter i medfør af artikel 22 alle trusts uanset hvilken dato, de er stiftet. Dog kan den enkelte stat tage et forbehold om, at konventionen kun finder anvendelse på trusts, der er stiftet

---

75. D. J. Hayton, kritiserer retstilstanden, der er en konsekvens af, at en stat tager et forbehold efter artikel 21. Dette indebærer, at der vil gælde forskellige regler alt afhængig af, om en trust enten er omfattet af en ratificerende stats regler (i hvilket tilfælde konventionen finder anvendelse) eller i stedet er omfattet af en ikke-ratificerende stats regler (i hvilket tilfælde der vil gælde andre regler), Underhill and Hayton – Law Relating to Trusts and Trustees, 15. udg., 1995, s. 952f.

76. Dette er yderligere et argument for, at det kan være hensigtsmæssigt at give trustee beføjelse til at flytte hjemstedet for trusten, således at en anden stats regler fremover finder anvendelse på trusten.

## 6. Haagerkonventionen om trusts

samtidig med eller efter konventionens ikrafttræden i den pågældende stat.<sup>77</sup>

Konventionens artikler 23 og 24, omhandler de tilfælde, hvor en ratificerende stat består af flere territoriale enheder, der hver især har særlige regler om trusts. Bestemmelserne er sålydende:

### *Article 23*

For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that state is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

### *Article 24*

A state within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Endvidere indeholder konventionen i art. 25 bestemmelse om, at konventionen ikke påvirker andre internationale instrumenter, som den kontraherende stat er eller måtte blive part i.<sup>78</sup>

Artiklerne i konventionens sidste kapitel, Chapter V – Final Clauses (art. 26-32), har i denne sammenhæng ikke den store interesse, idet de for størstedelens vedkommende kun indeholder bestemmelser om ikrafttrædelsestidspunkt, ophævelse, m.v., hvorfor de ikke vil blive gennemgået her.

### 6.5. Retspolitik

Som så mange andre ikke-common law lande har Danmark ikke nogen internationale privatretlige regler, der specifikt regulerer trusts. Spørgsmål om værneting, lovvalg, anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske domme vedrørende trusts er således overladt til domstolene og dansk rets almindelige lovvalgsregler. Dette skal ses i lyset af trustens voksende udbredelse qua den hastige internationalisering,

---

77. *Article 22.* The Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created. However, a Contracting State may reserve the right not to apply the Convention to trusts created before the date on which, in relation to that state, the Convention enters into force.

78. *Article 25.* The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a party.

## XII Trusts og international privat- og procesret

der finder sted, særlig inden for kapitalmarkederne. Således anvender flere danske virksomheder og finansielle aktører allerede trusts, hvilken udvikling må forventes at tage til i de kommende år. Yderligere må det antages, at den øgede mobilitet blandt lønmodtagere og selvstændigt erhvervsdrivende på sigt vil indebære, at danske rådgivere og domstole i stigende grad vil blive konfronteret med trusts oprettet af førnævnte personer i de lande, de er emigreret til. Disse betragtninger synes at tale for, at det overvejes om Danmark burde ratificere Trustkonventionen. Som nævnt oven for har blandt andet Holland og Italien taget dette skridt, og det må formodes at flere EU lande med tiden vil følge efter. Hertil kommer, at retsinstituttet trusts nu indgår i flere internationale konventioner, herunder senest i udkastet til Haagerkonvention om Securities Held with an Intermediary samt EU retsakter i form af blandt andet EU Konkursforordningen, se nærmere neden for.

Ratificering af Trustkonventionen vil naturligvis gøre det påkrævet at foretage en række ændringer og justeringer i dansk ret, og det ville være utopisk at forestille sig, at der i tiden efter ratifikationen ikke ville opstå tvivlsspørgsmål. Derved adskiller Trustkonventionen sig imidlertid ikke fra andre konventioner, traktater m.v. som Danmark gennem tiden har ratificeret.

## 7. EU Forordningen om konkurs

### 7.1. Indledning

EU har med virkning fra den 31. maj 2002 vedtaget Rådets Forordning nr. 1346/2000 af 29. maj 2000 om konkurs (herefter konkursforordningen).

Danmark har i lyset af sine forbehold ikke deltaget i vedtagelsen af forordningen, og forordningen er følgelig ikke bindende for og finder ikke anvendelse i Danmark, jf. forordningens præambel pkt. 33.

Konkursforordningen finder i medfør af art. 1, stk. 1, anvendelse på kollektive (konkurs)<sup>79</sup>bobehandlinger.<sup>80</sup> Domstolene<sup>81</sup> i den med-

79. De enkelte landes forskellige insolvensbehandlinger, som er omfattet af forordningens art. 1, stk. 1, er opremset i et bilag A til forordningen. Eftersom forordningen ikke gælder i Danmark, findes der selvsagt ingen liste over hvilke typer af dansk insolvensbehandling der ville være omfattet af art. 1, stk. 1.

## 7. EU Forordningen om konkurs

lemsstat, på hvis område centret for skyldnerens hovedinteresser befinder sig, har i henhold til art. 3, stk. 1, kompetence til at indlede insolvensbehandling.<sup>82</sup> Dette kaldes for hovedinsolvensbehandlingen. Indledes der herefter yderligere insolvensbehandlinger efter forordningens art. 3, stk. 2, jf. art. 3, stk. 4, betegnes disse som sekundære insolvensbehandlinger, jf. art. 3, stk. 3.

### 7.2. Konkursforordningens art. 5

Af betydning for trusts er konkursforordningens art. 5, stk. 1, hvorefter indledningen af en insolvensbehandling ikke berører en kreditors eller en tredjemands tinglige ret til fysiske eller immaterielle formuegenstande, løsøre eller fast ejendom – såvel specifikke som en række uspecificerede aktiver under ét, der varierer fra tid til anden – som tilhører skyldneren og som på tidspunktet for insolvensbehandlingens indledning befinder sig på en anden medlemsstats område. Konkursforordningen foretager i art. 5, stk. 2, en *ikke* udtømmende opremsning af tinglige rettigheder omfattet af stk. 1, hvilke er:

- a) retten til at realisere aktivet eller lade det realisere og til at lade sig fyldestgøre af provenuet eller udbyttet heraf, navnlig ved pant, herunder pant i fast ejendom,
- b) eneretten til at inddrive en fordring, navnlig en ret sikret ved pant i fordringen eller ved overdragelse til sikkerhed,
- c) retten til at forlange aktivet udleveret og/eller kræve erstatning af enhver, som besidder eller anvender det mod rettighedshaverens vilje, og
- d) den tinglige ret til at oppebære afkastet af et aktiv.

Som det ses, anfører opremsningen ikke noget eksplicit om, hvorvidt en begunstigets ret til aktiverne i en trust er en tinglig ret eller ej.<sup>83</sup> Miguel Virgos og Etienne Schmit udarbejdede i 1996 en betænkning til det tidligere EU forslag til konvention om konkurs af 1995, som

80. Forordningen undtager dog i art. 1, stk. 2, insolvensbehandling af følgende institutioner fra sit anvendelsesområde: forsikringselskaber og kreditinstitutter, investeringselskaber, der præsterer tjenesteydelser, som indebærer, at de ligger inde med tredjemands kapital eller værdipapirer, samt investeringsinstitutter.

81. Eller andre myndigheder i den pågældende stat, der har kompetence til at indlede insolvensbehandling eller træffe afgørelse under insolvensbehandlingen, jf. forordningens art. 2, stk. 1, litra d.

82. For selskabers og juridiske personers vedkommende anses det vedtægtsmæssige hjemsted for at være centret for skyldnerens hovedinteresser, medmindre andet godtgøres.

83. Tilsvarende gør sig gældende for den engelske oversættelse af forordningen

## XII Trusts og international privat- og procesret

imidlertid aldrig blev vedtaget.<sup>84</sup> Udkastet til konvention om konkurs af 1995 art. 5 er i store træk identisk med den nu vedtagne forordning om konkurs, hvorfor bemærkningerne i 1996-betænkningen stadig har betydning den dag i dag. Rettigheder i trusts nævnes overhovedet ikke i betænkningens bemærkninger til art. 5. I stedet anføres det overordnet om baggrunden og sigtet med art. 5 i betænkningen s. 71:

»Det grundlæggende politiske sigte hermed er at beskytte erhvervslivet i den stat, hvor aktiverne befinder sig, samt retssikkerheden i forbindelse med rettighederne over disse. Tinglige rettigheder spiller en meget vigtig rolle for kredit- og formueforhold. Rettighedshavere skilles ud fra faren for skyldnerens insolvens og tredjemands retshævdelse. De skaber mulighed for långivning, som ikke ville eksistere uden denne sikkerhed.«

I henhold til betænkningen reguleres stiftelsen, gyldighed og omfanget af tinglige rettigheder af den lov, der gælder herfor (hvilket generelt vil være *lex rei sitae* på det relevante tidspunkt),<sup>85</sup> og berøres ikke af indledningen af insolvensbehandlingen.<sup>86</sup>

I henhold til betænkningen s. 73 anerkender konventionen alle staters interesse i at beskytte erhvervslivet på deres eget marked:

»Derfor må en rettigheds karakter af tinglig rettighed finde sin hjemmel i den nationale lovgivning, som gælder for tinglige rettigheder i henhold til de normale lovvalsregler forud for insolvensbehandlingen (almindeligvis *lex rei sitae* på det pågældende tidspunkt). I denne forstand opstiller konventionen således en årsagsbetinget kvalifikation (*de lege causae*).«<sup>87</sup>

En tinglig rettighed karakteriseres ifølge betænkningen grundlæggende af to kriterier, hvoraf *det første kriterium* er, at rettigheden direkte og umiddelbart er knyttet til det aktiv, som er genstand for rettigheden, og som skal tjene til dennes fyldestgørelse, uafhængigt af et tilhørsforhold til en given persons bo eller af rettighedshaverens forhold til en anden person. I medfør af *det andet kriterium* indebærer den absolutte karakter af rettighedshaverens adkomst, at indehaveren kan

84. Betænkningen forefindes i en dansk oversættelse, hvilken der i det følgende henvises til.

85. Som også anført oven for finder art. 5 kun anvendelse på tinglige rettigheder, der er opstået før indledningen af insolvensbehandlingen.

86. Betænkning om konkurs, s. 71.

87. Betænkning om konkurs s. 73.

## 7. EU Forordningen om konkurs

gøre den gældende over for enhver, der uden indehaverens samtykke undsiger eller krænker rettigheden, (dvs.: typisk er beskyttet af vindikationssøgsmål), at rettigheden kan gøres gældende i forbindelse med overdragelse af et aktiv til tredjemand (den kan gøres gældende erga omnes med de begrænsninger, der gælder for beskyttelse af erhververe i god tro), og at rettigheden også kan gøres gældende over for individualfølgning fra tredjemands side og under kollektive insolvensbehandling (idet den kan udskilles eller fyldestgøres særskilt).<sup>88</sup> Det er ikke en betingelse, at der er tale om enkelte specifikke aktiver, jf. Konkursforordningens art. 5, stk. 1, der også omfatter en række uspecificerede aktiver under ét, der varierer fra tid til anden.

Under hensyntagen til, at opremsningen af tinglige rettigheder i art. 5 ikke er udtømmende,<sup>89</sup> og at konventionen anerkender de enkelte staters forskellige tinglige rettigheder kan det ikke udelukkes, at EF-domstolen vil anse en begunstigets ret i en trust for at være en tredjemandsbeskyttet ret i art. 5's forstand. Til støtte for konklusionen kan det videre anføres, at equitable ownership i engelsk ret i vid udstrækning opfylder de to kriterier vedrørende en tinglig rettigheds karakteristika, der er beskrevet ovenfor. Den omstændighed, at en begunstigets ret kan eksstingveres, såfremt trustees aftaleerhverver er i god tro, synes ikke at kunne føre til et andet resultat. Det er karakteristisk for et stort antal tinglige rettigheder, herunder tinglige rettigheder i dansk ret, at godtroende aftaleerhververe kan eksstingvere disse. Såfremt dette skulle indebære, at disse rettigheder ikke var at anse som tredjemandsbeskyttede rettigheder, ville anvendelsesområdet for art. 5 være endog meget snævert. Omvendt må der formentlig gælde en grænse for, hvor relativ en beskyttelse der kan accepteres for at en ret er tredjemandsbeskyttet. Hvor grænsen går, er det imidlertid vanskeligt at sige noget sikkert om.

Den omstændighed, at en begunstigets ret i en trust er omfattet af Konkursforordningens art. 5, er ikke ensbetydende med, at en begunstiget altid er beskyttet mod kreditorerne i hovedinsolvensen. Beskyt-

88. Betænkning om konkurs s. 74f.

89. Det har ikke været ønskeligt at opstille en selvstændig definition af begrebet 'tinglig ret' i konventionen af hensyn til *for det første* faren for, at rettigheder blev kvalificeret som værende tinglige rettigheder uagtet at disse rettigheder ikke blev anset for at være tinglige i henhold til lovgivningen i den stat, hvor de pågældende aktiver befinder sig, og *for det andet* faren for at se bort fra tinglige rettigheder, der ikke opfylder definitionen, jf. betænkningen s. 73.

telse indtræder kun i de situationer, hvor lovvalgsreglerne peger på reglerne i en stat, der enten har regler om trusts<sup>90</sup> eller anerkender en begunstigets ret i en trust som værende tinglig.<sup>91</sup> Det er så vidt ses en hidtil uafklaret problemstilling, hvilket lands lovvalgsregler der finder anvendelse. Der er umiddelbart to muligheder: *Enten* er det lovvalgsreglerne i *lex rei sitae* eller lovvalgsreglerne i staten, hvor hovedinsolvensbehandlingen finder sted.<sup>92</sup> Spørgsmålet har i sagens natur stor betydning i de tilfælde, hvor lovvalgsreglerne peger på forskellige staters lovgivning og hvor sagens materielle udfald helt og holdent afhænger af, hvilket af de to landes regler, der finder anvendelse.

## 8. Settlement finality direktivet

### 8.1. Indledning

Den 19. maj 1998 blev direktivet om endelig afregning i betalings-systemer og værdipapirafviklingssystemer vedtaget,<sup>93</sup> herefter finalitydirektivet. Direktivets overordnede formål er gennem etablering af en fælles juridisk referenceramme at forbedre sikkerheden i betalings- og værdipapirafviklingssystemer.<sup>94</sup> Finalitydirektivet er i dansk ret gennemført ved lov nr. 283 af 26. april 2000 om ændring af værdipapirhandelsloven, der i henhold til bekendtgørelse nr. 1143 af 14. december 2000 trådte i kraft den 1. januar 2001.

### 8.2. Sikkerhedsstillelse

Finalitydirektivets regler om sikkerhedsstillelse finder kun anvendelse på sikkerhed, der er stillet over for betalingsystemer, centralbanker, clearingscentraler m.v. Sikkerhedsstillelse mellem markedsdeltagerne indbyrdes berøres således ikke af finalitydirektivet, men derimod af forslaget til direktiv om aftaler om finansiel sikkerhedsstillelse (colla-

90. England, Irland og efter visse omstændigheder Skotland.

91. Måske Italien og Holland som følge af, at begge lande har ratificeret Haager Trustkonventionen.

92. En tredje mulighed kunne være lovvalgsreglerne i den stat, hvor de pågældende tinglige rettigheder befandt sig på tidspunktet for iagttagelsen af sikringsakten. Der er dog ikke sikkert om der er støtte for en sådan fortolkning.

93. EF-Tidende nr. L 166 af 11/6 1998, s. 45-50.

94. Lovbekg. nr. 168 af 14. marts 2001.

## 8. Settlement finality direktivet

teraldirektivet).<sup>95</sup> Det er dog et krav i henhold til forslaget til collateraldirektiv, at markedsdeltageren er en juridisk person.<sup>96</sup>

Finalitydirektivets art. 9 om sikkerhedsstillelse er gennemført i værdipapirhandelslovens § 57b. I medfør af § 57b berøres en sikkerhed stillet til fordel for et betalingssystem, clearingcentral eller centralbank eller deltager i sådanne systemer i værdipapirer eller i rettigheder over værdipapirer, ikke af en deltagers insolvens.<sup>97</sup> En sådan sikkerhedsstillelse kan derved ikke omstødes efter konkurslovens §§ 70, stk. 1, og 72, stk. 2, jf. værdipapirhandelslovens § 57b, stk. 1.<sup>98</sup> Retten til at realisere sikkerheden berøres endvidere ikke af en deltagers konkurs.

Alle spørgsmål om beskyttelse af den tilsagte sikkerhed mod retsforfølgning og aftaleerhververe afgøres i medfør af § 57b, stk. 5, af loven i den medlemsstat, hvor registret, kontoen eller værdipapircentralen er beliggende. Er der for eksempel tale om, at dematerialiserede værdipapirer er registreret på en værdipapirkonto i en bank i England af en trustee, er det engelsk ret, der afgør, om værdipapirerne er beskyttet mod trustees aftaleerhververe og kreditorer.<sup>99</sup> Tilsvarende vil dansk ret skulle afgøre spørgsmålet om værdipapirernes beskyttelse mod trustees kreditorer og aftaleerhververe, såfremt kontoen er i en dansk bank i Danmark.<sup>100</sup>

---

95. Kom (2001) 168.

96. Det er endvidere et krav, at den juridiske person på tidspunktet for leveringen af sikkerheden har et kapitalgrundlag på mindst 100 mio. euro eller bruttoaktiver for over 1 mia. euro ifølge det senest udarbejdede regnskab.

97. Reglerne i 57b, stk. 1 og 2, gælder i medfør af stk. 3 tillige på clearingcentraler og betalingssystemer, der er anmeldt til Kommissionen, centralbanker i EU eller lande, som EU har indgået aftaler med.

98. Omstødelse kan dog komme på tale, såfremt sikkerheden ikke er stillet uden unødigt ophold efter at manglen på sikkerhed er opstået, eller sikkerheden er stillet under sådanne omstændigheder, at den ikke fremstår som ordinær, jf. § 57b, stk. 1, nr. 1 og 2.

99. Dette vil formentlig også være tilfældet selv om trustee er hjemmehørende i et andet land, f.eks. Spanien. Relevant intermediary må formentlig antages at være det sidste led i kæden af intermediaries, der kan råde om de relevante aktiver.

100. Den danske bank må her antages at være relevant intermediary, eftersom banken er det sidste led i kæden af intermediaries, der kan råde over de pågældende aktiver, der føres på kontoen.

## 9. Collateraldirektivet

### 9.1. Indledning

Kommissionen fremsatte den 27. marts 2001 forslag til direktiv om aftaler om finansiel sikkerhedsstillelse, herefter collateraldirektivet.<sup>101</sup> Formålet med direktivet er at skabe en minimumsharmonisering på området for finansiel sikkerhedsstillelse.<sup>102</sup>

### 9.2. Anvendelsesområde

Direktivet finder anvendelse på skriftlige bilaterale aftaler om finansiel sikkerhedsstillelse indgået mellem to juridiske personer, det være sig offentlige myndigheder, centralbanker, finansieringsinstitutter underlagt tilsyn eller andre juridiske personer, forudsat at sidstnævnte lever op til visse minimumskrav til kapital.

### 9.3. Lovvalsregler og retsvirkninger

I medfør af forslaget til collateraldirektivet art. 10 skal ethvert spørgsmål med hensyn til de neden for i petit citerede tre forhold, og som opstår i relation til anvendelsen af en aftale om finansiel sikkerhedsstillelse på sikkerhed i form af dematerialiserede værdipapirer eller kontant sikkerhed, reguleres af lovgivningen i det land, hvor den relevante konto befinder sig, uanset om dette er en medlemsstat.<sup>103</sup> De tre forhold er:

- a) skabelsen af enhver adkomst til eller interesse i sikkerheden i form af dematerialiserede værdipapirer, som følger af aftalen om finansiel sikkerhedsstillelse, og rækkefølgen eller prioriteringen af enhver sådan adkomst eller interesse i forhold til enhver konkurrerende adkomst eller interesse, som gøres gældende af en anden person,
- b) enhver handling eller enhver omstændighed, der er nødvendig for at sikre, at enhver adkomst til eller interesse i sikkerheden i form af dematerialiserede

---

101. Kom (2001) 168. Forslaget blev senest drøftet på mødet i Folketingets Europaudvalg den 7. december 2001.

102. Se nærmere Grundnotat om finansiel sikkerhedsstillelse, Europaudvalget, Alm. Del – bilag 1274. Notatet findes på internetadressen:  
<http://www.eu-oplysningen.dk/euidag/euu/20001274/>

103. Henvisningen til lovgivningen i et land eller en del af et land, er en henvisning til dets nationale lovgivning, uanset enhver bestemmelse, hvorefter der henvises til lovgivningen i et andet land, når det pågældende spørgsmål skal afgøres.

## 9. Collateraldirektivet

de værdipapirer, som følger af aftalen om finansiel sikkerhedsstillelse, kan gøres generelt gældende over for tredjemand,

- c) de foranstaltninger, der er nødvendige for at realisere sikkerheden efter en misligholdelse, herunder enhver handling eller enhver omstændighed, der er nødvendig for at sikre, at enhver disponering over sikkerheden får generel virkning over for personer, som ikke er part i aftalen om finansiel sikkerhedsstillelse.

Den relevante konto anses i relation til art. 10 for på et givet tidspunkt at befinde sig:

- 1) i den relevante mellemmands afdeling eller filial som angivet i aftalen om den relevante konto, forudsat at den relevante mellemmand henfører den relevante konto til denne afdeling eller filial, når vedkommende aflægger rapport til sine kontohavere, eller af lovgivningsmæssige eller regnskabsmæssige hensyn,
- 2) i alle andre tilfælde på det sted, hvor den relevante mellemmand er retligt etableret, eller – når den relevante mellemmand handler i relation til den relevante konto igennem en filial – på det sted, hvor denne filial er retligt etableret.

Er der således indskudt en eller flere trust(s) mellem sikkerhedsstiller og sikkerhedshaver, vil mellemmandens (trustee, nominee, custodian, m.v.) afdeling, filial eller dér hvor mellemmanden retligt er etableret, være afgørende for, hvor den relevante konto befinder sig.<sup>104</sup> Collateraldirektivets art. 10, stk. 2, litra a og b lægger op til, at den såkaldte PRIMA-fremgangsmåde (Place of the Relevant Intermediary Approach) skal benyttes, jf. Explanatory Memorandum til det foreslåede collateraldirektiv s. 10.<sup>105</sup> PRIMA fremgangsmåden genfindes i udkastet til Haagerkonvention om Securities Held with an Intermediary, se om denne konvention neden for 10.

Konsekvensen af forslaget til collateraldirektivet art. 10 er, at i alle andre tilfælde end det i art. 10, stk. 2, litra a anførte, er det lovgivningen i det land hvor trustee anses for at have hjemsted – det være sig en medlemsstat eller et tredjeland<sup>106</sup> – der afgør spørgsmålene om

---

104. Det er uklart om en trustee anses for at være en mellemmand i Collateraldirektivets forstand, men det er formentlig mest sandsynligt.

105. Explanatory Memorandum til Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Financial Collateral Arrangements 2001/86 (COD).

106. Det er i henhold til forslag til collateraldirektiv art. 10, stk. 1, 1. pkt. in fine uden betydning, om den relevante konto befinder sig i en medlemsstat eller ej.

## XII Trusts og international privat- og procesret

trustees kreditorers samt aftaleerhververs ret til den stillede sikkerhed. Art. 10 nævner ikke noget om det relevante tidspunkt for fastlæggelsen af, hvor den relevante sikkerhed befinder sig. Det relevante tidspunkt må imidlertid skulle fastlægges på det tidspunkt, insolvensbehandling indledes.

Retsvirkningen af forslaget til collateraldirektiv er, at hvor en sikkerhed er stillet på en sådan måde, at den er omfattet af direktivet, skal denne respekteres af tredjemand, herunder sikkerhedsstillerens konkursbo.

### 10. Haagerkonvention om Securities Held with an Intermediary

#### 10.1. Indledning

Haagerkonferencens Special Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law anbefalede på sit møde den 8-12. maj 2000 blandt andet, at lovvalget om sikkerhed i værdipapirer blev sat på dagsordenen med høj prioritet.<sup>107</sup> På denne baggrund er der udarbejdet et udkast til en Haagerkonvention om Securities Held with an Intermediary, herefter Haagerkonventionen om Indirect Holding.<sup>108</sup> Konventionens sigte er at regulere de tilfælde, hvor der ikke er en direkte relation mellem investoren og udstederen (f.eks. hvor investoren har modtaget ihændehaverpapirer direkte fra udstederen), men hvor investorens ret til en post værdipapirer er noteret i en mellemmands register. Denne mellemmand kan så enten have en direkte relation til udstederen eller selv være registreret hos en anden mellemmand m.v. Investorens indirekte relationer

---

107. Se nærmere om forhistorien *Christophe Bernasconi's* rapport *The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems*, 1. november 2000. Rapporten kan læses på internetadressen:

[http://www.hcch.net/e/workprog/coll\\_sec\\_pd1.pdf](http://www.hcch.net/e/workprog/coll_sec_pd1.pdf)

108. Det seneste udkast er »November 2001 Draft«, der kan læses på internetadressen: [ftp://hcch.net/doc/sec\\_pd07e.doc](ftp://hcch.net/doc/sec_pd07e.doc)

## 10. Haagerkonvention om Securities Held with an Intermediary

til udsteder som følge af, at der er indskudt en eller flere mellem-mænd betegnes i konventionen for *indirect holding*.<sup>109</sup>

Formålet med konventionen er at udvælge det lands regler, der skal regulere de tingsretlige aspekter af foretagelse af sikringsakter i værdipapirer, herunder især, jf. art. 2, stk. 1, litra a-g.<sup>110</sup>

- 1) whether the rights resulting from the credit of securities to a securities account are property, contract, or other rights;
- 2) the legal nature and effects against third parties of a disposition of securities held with an intermediary;
- 3) the requirements, if any, for perfection of a disposition of securities held with an intermediary;
- 4) whether a person's interest in securities held with an intermediary extinguishes or has priority over a competing interest;

Konventionen udelukker som hovedregel, jf. art. 5, stk. 1, en række retsforhold fra sit anvendelsesområde, hvoraf særligt kan nævnes de enkelte staters regler om konkurs.<sup>111</sup>

*Christophe Bernasconi* opsummerer konventionens målsætning som værende:

»[to] enable financial market participants to ascertain readily and unequivocally which law will govern the proprietary aspects of dispositions of interests in respect of securities held through indirect holding systems. The proposed

---

109. »Thus, this »*indirect holding system*« has one or more tiers of intermediaries between issuer and investor, and interests in respect of underlying securities are recorded by book entries at various levels in the chain. (...) The concepts of (physical) possession and delivery, however, do not operate satisfactorily in the context of the modern indirect holding system, as there can be no actual possession or delivery of the intangible property interests arising under that system.«, *Christophe Bernasconi's* rapport The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems, 1. november 2000, s. 2f.

110. Konventionen behandler således ikke de kontraktsretlige aspekter i forbindelse med overdragelsen af sikkerheden eller ejendomsretten, jf. *Christophe Bernasconi's* rapport The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems, 1. november 2000, s. 4.

111. »Hence, the effects of a bankruptcy of one of the parties involved in a collateral transaction or sale, be it the collateral provider/transferor, the collateral taker/transferee or the intermediary, will not be affected by the proposed Convention but will continue to be subject to each State's own (national, regional or international) regime.«, *Christophe Bernasconi's* rapport The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems, 1. november 2000, s. 5.

## XII Trusts og international privat- og procesret

Convention is thus intended to provide certainty and predictability on a limited but crucial aspect of such dispositions.«<sup>112</sup>

### 10.2. Indirect holding og trusts

*Christophe Bernasconi* anfører i sin rapport, at den situation, hvor en person i sin egenskab af trustee holder værdipapirer for en eller flere begunstigede i trusten, er omfattet af konventionen om indirect holding.<sup>113</sup>

I gældende ret afhænger lovvalget af *lex rei sitae*, hvilket igen helt og holdent afhænger af det eksakte indhold af den begunstigedes ret, hvilket i praksis har voldt problemer og anledning til diskussioner i teorien. Har den begunstigede en absolut ret, således at han kan forlange, at trust-aktiverne udleveres *in specie*, anses *lex rei sitae* at være dér, hvor trust-aktiverne befinder sig.<sup>114</sup> Denne synsvinkel volder problemer netop ved værdipapirer i 'indirect holding systems', hvor den begunstigede aldrig har krav på *in specie* udlevering af de pågældende værdipapirer, men i stedet alene kan forlange udlevering af værdipapirer i en bestemt mængde, og som svarer til beskrivelsen af disse.<sup>115</sup> Har der begunstigede omvendt ikke en sådan absolut ret, anses situs

---

112. *Christophe Bernasconi's* rapport The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems, 1. november 2000, s. 6.

113. Jf. *Christophe Bernasconi's* rapport The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems, 1. november 2000, s. 55.

114. Dette har blandt andet givet grobund for yderligere diskussioner, om det overhovedet er muligt at tale om at dematerialiserede aktiver kan 'befinde' sig noget bestemt sted.

115. Se ligeledes om problemstillingen ved at anvende *lex rei sitae* på værdipapirer Explanatory Memorandum til EU Kommissionens Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Financial Collateral Arrangements (Collateral direktivet), COM(2001) 168 af 27.03.2001, s. 10: »The great majority of securities in the financial markets are now held in book entry form in securities accounts with custodians or depositories or settlement systems, which evidences the existence of proprietary rights in or for the delivery or transfer of the securities concerned. This has caused some difficulty in applying the traditional conflict of laws principle under which proprietary aspects of dispositions of property are governed by the law of the place where the property in question is situated at the time (the *lex situs* or *lex rei sitae*), since it is difficult to identify where such securities are located. This creates uncertainty with regard to the law which collateral providers and collateral takers need to comply with in the creation of interests in collateral and in their perfection. The difficulties are particularly acute where the securities are held through a chain of intermediaries in different countries.«

## 11. Direktivet om sanering og likvidation af kreditinstitutter

for den begunstigedes ret at være dér hvor trustee er hjemmehørende.<sup>116</sup>

Overvejelser går på i stedet at udforme én lovalgsregel, der direkte peger på reglerne om sikringsakter i videste forstand i dén stat, hvor investorens (den begunstige) mellemmands (trustee) er hjemmehørende, den såkaldte PRIMA fremgangsmåde (Place of the Relevant Intermediary Approach).<sup>117</sup>

Vedrørende samspillet med Haager Trustkonventionen anfører *Christophe Bernasconi*, at i de situationer, hvor et 'indirect holding pattern' indebærer, at der må anses for at foreligge en trust, vil Haagerkonventionen om indirect holding have forrang for Haager Trustkonventionen, hvor der er uoverensstemmelser mellem disse.<sup>118</sup>

## 11. Direktivet om sanering og likvidation af kreditinstitutter

Europa-parlamentet og Rådet for den Europæiske Union har med virkning fra den 5. maj 2001 vedtaget direktiv om sanering og likvidation af pengeinstitutter.<sup>119</sup> Iværksættes der saneringsforanstaltninger eller indledning af likvidationsprocedure mod et kreditinstitut fremgår det af direktivets artikel 21, stk. 1., at dette ikke berører:

---

116. Jf. *Christophe Bernasconi's* rapport *The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems*, 1. november 2000, s. 55.

117. Se *Christophe Bernasconi's* rapport *The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems*, 1. november 2000, s. 30. Denne fremgangsmåde diskuteres også i Explanatory Memorandum til EU Kommissionens Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Financial Collateral Arrangements (Collateral direktivet), COM (2001) 168 af 27. marts 2001, s. 10.

118. *Christophe Bernasconi's* rapport *The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems*, 1. november 2000, s. 55. Som eksempel på en uoverensstemmelse, der kan forekomme mellem de to konventioner er, at Haager Trustkonventionen forudsætter for at der overhovedet er tale om en trust, at stifteren har oprettet denne frivilligt og skriftligt. Det kan imidlertid diskuteres, om en trust, der er opstået som følge af de i rapporten anførte investor-mellemmand situationer, reelt kan siges at være oprettet af investoren. I benægtende fald vil der ikke være tale om en trust i Haager Trustkonventionens forstand. *Christophe Bernasconi* når desværre ikke frem til nogen løsning af denne problemstilling i sin rapport, idet han alene henholder sig til trusts, der er omfattet af Haager Trustkonventionen.

119. EF-Tidende nr. L 125 af 5. maj 2001, s. 15ff.

## XII Trusts og international privat- og procesret

»... en kreditors eller en tredjemands tinglige ret til fysiske eller immaterielle formuegenstande, løsøre eller fast ejendom – såvel specifikke aktiver som en samling af uspecificerede aktiver under et, med varierende sammensætning – som tilhører kreditinstituttet, og som på tidspunktet for foranstaltningernes iværksættelse eller procedurans indledning befinder sig på en anden medlemsstats område.«

Det fremgår ikke direkte af direktivet, hvorvidt de begunstigedes ejendomsret til trust-formuen er omfattet af begrebet »tredjemands tinglige ret« og ej heller af den ikke udtømmende opregning af eksempler på tinglige rettigheder i artikel 21, stk. 2. Der kan dog findes støtte for dette i konkursforordningen.

Det kan i øvrigt bemærkes, at beskyttelsen af tinglige rettigheder i artikel 21 ikke kun gælder for specificerede aktiver, men tillige for en samling uspecificerede aktiver under ét, og dette selvom denne samling har en varierende sammensætning.

### 12. Sammenfatning og vurdering

I de seneste år er mængden af finansieringsretlige tiltag på internationalt og supranationalt niveau vokset endog meget betydeligt, og denne udvikling ser ud til at fortsætte. Dette skyldes den stigende internationalisering, hvor finansmarkederne fra at være regionale nu er blevet globale. Dette stiller store krav til de enkelte stater og regioner om at have lovgivning, der både er rustet til at håndtere nye og komplicerede problemstillinger og samtidig tilbyde markedsdeltagerne spilleregler, der er tilstrækkeligt lempelige og konkurrencedygtige, for derigennem at holde på de eksisterende markedsdeltagere og helst tiltrække nye aktører. Disse hensyn har allerede ført til at Danmark ligesom de andre medlemsstater har implementeret finalitydirektivet og – når det engang vedtages – det kommende collateraldirektiv. Konkursforordningen må Danmark også – såfremt det viser sig muligt at indgå en mellemstatslig aftale med de andre medlemsstater – skulle implementere for derved at følge trop med de andre medlemsstater i dette anliggende. Ligeledes vil Danmark i den nære fremtid skulle forholde sig til en Haagerkonvention om Indirect Holding og en global Domskonvention. Ovennævnte tiltag vil indebære – og har alle-

## 12. Sammenfatning og vurdering

rede ved finalitydirektivet indebåret – ændringer i dansk ret. Blandt disse ændringer er anerkendelse af andre staters<sup>120</sup> lovgivning og praksis vedrørende tinglige rettigheder, herunder en begunstigets ret i en trust som værende beskyttet mod trustees kreditorer og ondtrøende aftaleerhververe. I takt med at antallet af retlige tiltag internationalt og på EU plan stiger, vil behovet for en samlet stillingtagen til trusts i dansk ret øges. Det er blandt andet på denne baggrund, at Danmark bør overveje hvorvidt en ratifikation af Haagerkonventionen om trusts bør finde sted. I modsat fald kan dansk rets regler om trusts på sigt få karakter af et kludetæppe, hvor rettigheder i trusts anerkendes i nogen henseender men ikke i andre.

Det er i øvrigt væsentligt at bemærke, at såvel Konkursforordningen som direktivet om sanering og likvidation af kreditinstitutter udstrækker beskyttelsen af tinglige rettigheder til ikke kun at gælde for specificerede aktiver, men tillige samlinger af uspecificerede aktiver under ét, der har en varierende sammensætning. Dansk rets krav om specifikation af aktiver som betingelse for, at en kreditor kan have status som separatist, vil i fremtiden være undergivet væsentlige modifikationer.

---

120. Herunder stater, der ikke er medlem af EU.

# XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

## 1. Indledning

»I stedet for at tale om dobbelt ejendomsret, ville det dog være mere korrekt at sige, at der i disse situationer slet ikke foreligger nogen ejendomsret i typisk forstand. Forholdet er jo netop det, at de funktioner vi tænker forenede i det typiske ejendomsbegreb, i disse tilfælde er adskilt og fordelt mellem forskellige personer, af hvilke altså ingen indtager en stilling identisk med den typiske ejers.«

Citatet, der er af *Alf Ross*, *Ret og retfærdighed*, fra 1971 s. 218, er en beskrivelse af trustens ejendomsretlige dimension og rammer noget helt centralt i forståelsen af trusten i dansk ret.<sup>1</sup> Sondringen mellem ejendomsrettigheder i common law og equity kan forekomme kunstig for en dansk jurist, hvorfor trustbegrebet kan forekomme endnu fjernere fra dansk ret. Essensen i trusten er, at der har fundet en opdeling sted af ejendomsretten i form af administrative forpligtelser og nydelsesrettigheder. Denne opdeling giver sig i engelsk ret udslag i, at trustee som værende dén som de administrative forpligtelser påhviler, har en ejendomsret i denne henseende (administrativ ejendomsret/legal ownership), og de begunstigede som værende indehavere af nydelsesretten til trust-aktiverne har en ejendomsret i denne henseende (nydelsesejendomsret/equitable ownership). Trustees ret og de begunstiges ret er således to delmængder af den samlede mængde af ret-

---

1. Se endvidere om trusts i dansk ret: *Jan Kobbervagel*, *Båndlæggelse*, 1939, s. 255ff., *Torben Svénné Schmidt*, *Trusts and trust like devices*, 1981, s. 13ff., *Betænkning om fonde*, nr. 970/1982, s. 437ff., *Thøger Nielsen* og *Gustaf Linencrona*, *International Generationsskifte*, 1983, s. 352ff., *Ole Lando*, *Trusten*, *Juristen*, 1985, s. 113ff. og *samme*, *Kort indføring i komparativ ret*, 1986, s. 60ff., *Lennart Lynge Andersen*, *Haagerkonferencens 15. samling 1984*, *Nordic Journal of International Law*, 1986, nr. 55, s. 346ff., *Michael Frank*, *Den skatteretlige vurdering af fonde i skattelylande*, *TfS 1988,584*, *Thøger Nielsen*, *Gave gennem mellemmand – fond og trust*, *TfS 1989,213*, *Aage Michelsen*, *International skatteret*, 2. udg., 1996, s. 165, *Erik Werlauff*, *Trust, Anstalt og Fond*, *UfR 1997B*, s. 96 og *Rasmus Kristian Feldthusen*, *National Report for Denmark*, i *D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann og H.L.E. Verhagen* (red.), *Principles of European Trust Law*, 1999, s. 173ff.

tigheder, der betegnes ejendomsretten. Trustee og de begunstigede har med andre ord hver deres andel af ejendomsretten. Trustee og de begunstigedes retsstilling adskiller sig fra en almindelig ejers retsstilling, idet trustee og de begunstigede hver især kun har en andel af, hvad der normalt udgør den samlede ejendomsret. Det er først ved at sammenlægge samtlige rettigheder og forpligtelser hos trustee og de begunstigede, at den såkaldte fuldstændige ejendomsret foreligger. En sammensmeltning af trustees og de begunstigedes ret kan ske, såfremt rollen som trustee og begunstiget forenes i én person, hvilket resulterer i, at der opstår konfusion og vedkommende er herefter almindelig ejer.

Opdelingen af ejendomsretten i trusten anses i vid udstrækning i de lande, hvis retssystemer er baseret på kontinental europæisk ret i form af særligt fransk og spansk ret, som værende ganske fremmed, eftersom disse lande har et lukket system af tinglige rettigheder (numerus clausus). Fælles for disse lande er, at deres respektive lovbøger har fastlagt en ramme for ejendomsretten samt hvilke rettigheder og forpligtelser, der kan afledes af de forskellige rettighedstyper opremset i lovbogen. Danmark har sammen med de andre skandinaviske lande indtaget et ganske andet standpunkt, idet ejendomsretten samt andre begrænsede rettigheder er udviklet og videreudviklet i teorien.<sup>2</sup> På baggrund af ejendomsrettens teoretiske fundament har spørgsmålet om fastlæggelse og afgrænsning af dette begreb været genstand for mange diskussioner i teorien. Diskussionen er i dag stoppet ved, at det ikke er muligt at afgrænse ejendomsretten positivt, men i stedet kun negativt, idet ejendomsretten betragtes som en relativ eller elastisk størrelse.<sup>3</sup> Selve begrebet ejendomsret anser *Alf Ross* som væren-

2. »Thus there are many important nations that cannot be included in any of these three major legal traditions. It is generally thought, for example, that even in Western Europe the Scandinavian legal system is a thing apart from both the civil law and common law traditions«, *John Henry Merryman, The Civil Law Tradition*, 2. udg., 1985, s. 5. Denne omstændighed bør tiltrække sig opmærksomhed, når der i forbindelse med civil law teoretikeres behandling af trusts sættes lighedstegn mellem de enkelte retssystemer i det kontinentale Europa, således at fællesnævneren er civil law, hvorved konklusionen nås, at trusts ikke kan finde indpas i denne del af Europa.

3. Jf. bl.a. *Henning Matzen, Forelæsninger over den danske tingsret*, 1882, s. 90, *Carl Goos, Forelæsninger over den almindelige retslære*, 2. del, 1900, s. 194, *Carl Torp, Dansk tingsret ved L. A. Grundtvig*, 2. udg., 1916, s. 127, *Vagn Carstensen, Knud Illum – Dansk tingsret*, 3. omarbejdede udg., 1976, s. 30 og *W. E. von Eyben, Formuerettigheder*, 7. udg., 1983, s. 19.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

de uden enhver semantisk referens og for alene at tjene et fremstillings-teknisk formål:

»Derimod er det umuligt at tillægge ordet ejendomsret *selvstændig* semantisk referens i de praktiske slutninger, der opererer med ordet. Ethvert forsøg på at forstå det som en betegnelse for enten retsfaktum (betingede kendsgerninger) eller for retsfølgerne, for begge dele tilsammen eller for noget som helst andet, er på forhånd dømt til at mislykkes. Dette er den simple følge af, at ordet »ejendomsret« ikke korresponderer med noget virkeligt mellemkommende mellem betingede kendsgerning og følge, men kun har fremstillings-teknisk funktion.«<sup>4</sup>

Diskussionen om, hvorvidt trusten kan introduceres i dansk ret, har ikke været genstand for megen debat i dansk teori. En undtagelse er *Erik Werlauff*, der i sin artikel »Trust, Anstalt og Fond« kommer ind på problemstillingen:

»Hvor ønskeligt et *trust*-begreb måske end kunne være til varetagelse af visse dispositionsformer, må det dog erkendes, at det ikke vil være realistisk at indføre et *trust*-begreb i dansk ret; i hvert fald kan det ikke udvikles af sig selv på en »equity-lignende« måde, og en lovgivning herom er urealistisk. Kløften mellem vor retstilstand og equity er derfor på dette område både dyb og definitiv.«<sup>5</sup>

Der må gives *Erik Werlauff* medhold i, at trusten i dansk ret ikke vil udvikle sig på en equity-lignende måde. Trustens fremkomst i England skete på baggrund af nogle helt særlige historiske forhold. Et klart defineret dansk trust-institut forudsætter lovgivning, hvilket til gengæld ikke nødvendigvis behøver at være urealistisk, endside umuligt.<sup>6</sup> Spørgsmålet er nemlig, om ikke trusten kan indpasses i dansk rets fleksible ejendomsrets-begreb, uden at det er nødvendigt at foretage alt for store og væsentlige ændringer af dansk lovgivning. En opdeling af ejendomsretten kendes i dansk ret helt tilbage<sup>7</sup> til de nu

4. *Alf Ross*, Tü-Tü, i Festskrift til Henry Ussing, 1951, s. 479.

5. *Erik Werlauff*, UfR 1997B.s.99, Trust, Anstalt og Fond.

6. Se neden for kapitel XIV om en trust-modellov i form af Principles of European Trust Law.

7. Det danske lensretlige system stammer helt tilbage fra middelalderen og kom fra Frankrig og Tyskland. Se nærmere om lensrettens historie *Stig Juul*, Forelæsninger over hovedlinier i europæisk retsudvikling fra romerretten til nutiden, 1970, s. 52ff.

opløste len.<sup>8</sup> Ved forlening blev jordegods eller andre formuegenstande ophøjet til lensgods, og ejeren af jorden blev samtidig hermed gjort til lensbesidder. Forlening efter de af Christian V udstedte privilegier skete i størstedelen af tilfældene ved, at ejeren af et gods af en vis størrelse overdrog dette til kongen og fik dette ophøjet til len, hvorefter lensgodset blev tildelt ejeren som lensbesidder.

I sin behandling af spørgsmålet om, hvem ejendomsretten tilkommer i lensstrukturen sonder *Anders Sandøe Ørsted* mellem proprieteten og brugsretten. Proprieteten er den vedvarende ret til at råde over et formuegodes substans, hvorimod brugs- og frugtretten er den midlertidige ret til at besidde formuegodet. Når proprieteten er forenet med brugsretten foreligger den fuldstændige eller fuldkomne ejendomsret. I modsat fald foreligger der en ufuldstændig eller ufuldkommen ejendomsret. I dette tilfælde er indehaveren af proprieteten overejjer, (*dominus directus*) og indehaveren af brugs- og frugtretten underejjer (*dominus utilis*).<sup>9</sup> Den ufuldkomne ejendomsret viser sig ifølge *Ørsted* ved, at overejjeren ikke, mens der eksisterer en underejjer, kan destruere formuegodet eller i øvrigt gøre nogen forandring i dette, der kan være til hinder for brugsretten. På den anden side er overejjeren berettiget til at afhænde formuegodet, men med forbehold af den underejjerret, der hviler på formuegodet.<sup>10</sup> *Ørsted* ser lensbesidderen som en slags ejer på trods af, at dennes ret ophører, når slægten uddør, og lensbesidderen derfor strengt taget ikke har nogen del i prioriteten.<sup>11</sup> Arveretten til lenet ser *Ørsted* som kun værende en »temporair Overladelse af Eiendommens Besiddelse og Benyttelse, idet Overdragelsens Virkning er indskrænket til den Tid, hvori den under Forleningen indbefattede Deel af Slægten vedbliver at være til.«<sup>12</sup> I forlængelse heraf anfører *Ørsted*, at udtrykkene len og forlening efter deres natur heller ikke tilkendegiver andet end at brugen af en ting overlades, og henviser da til udtrykket

8. »Et Len er en Formuegenstand, med Hensyn til hvilken der er stiftet en udtrakt brugsret, som hviler paa en Overdragelse i højtidelige Former, Forleningen, fra Ejeren af Tingen, Lensherren, til Brugeren, Lenshaveren, Lensmanden, ved hvilken Overdragelse den sidstnævnte aflægger en Forsikring om Troskab mod Lensherren. Den ting, der gives i Forlening, er vel som oftest en fast Ejendom, men kan lige saa vel være Løsøre eller Penge eller bestaa af flere forskellige af disse Arter Ting«, *Chr. Lundbye*, Lenskommissionen, s. 193 (bilag 12).

9. *Frederik Theodor Hurtigkarl* benævner indehaveren af brugs- og frugtrettighederne for *vasallus s. feudatarius*, *Den Danske og Norske Private Rets Første Grunde*, 2. del, 1. bind, 1814, s. 79. Se også *Stig Juul*, *Forelæsninger over hovedlinier i europæisk retsudvikling fra romerretten til nutiden*, 1970, s. 53f.

10. *Anders Sandøe Ørsted*, *Håndbog III*, 1828, s. 510ff.

11. *Anders Sandøe Ørsted*, *Håndbog III*, 1828, s. 511.

12. *Anders Sandøe Ørsted*, *Håndbog IV*, 1831, s. 159.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

*fee*.<sup>13</sup> Om end *Ørsted* således ser lensbesidderen som en art ejer, er førnævnte ikke fuldkommen ejer.<sup>14</sup> *Henning Matzen* anfører om lenets struktur: »En deling af Ejendomsretten antoges saaledes at have fundet Sted, hvor en Person havde den saakaldte Herlighed over en Ejendom, derunder navnlig indbefattet Retten til at oppebære visse Afgifter og føre et vist Tilsyn med Ejendommen, medens en anden øvede den øvrige Raadighed over den. Denne sidste sagdes da at have Underejendom (dominum utile), medens den første havde Overejendom (dominum directum) over Tingen.«<sup>15</sup> I modsætning til »lensgæld« var lensbesidderens private kreditorer afskåret fra at søge sig fyldestgjort i lenets substans.<sup>16</sup> Det antoges, at lensbesidderens private kreditorer i stedet kunne holde sig til lenets indtægter.<sup>17</sup> Lensbesidderen kunne opnå tilladelse til at afhænde lensgodset helt eller delvist, forudsat at han havde opnået kongelig bevilling og samtykke fra eftermændene. Lensbesidderen var forpligtet til at substituere det indvundne provenu (kapitalen) for det afhændede lensgods. Kapitalen ville i et og alt træde i stedet for det afhændede lensgods.<sup>18</sup> I tilfælde af, at lensbesidderen, i kraft af sin råden over lenet, forøger værdien af dette, vil en sådan værdistigning ikke komme hans almindelige arvinger til gode, men ligeledes gribes af eftermændenes ret.

Det vil ses, at dansk ret i skikkelse af lenet i tidlig tid anerkendte en opdeling af ejendomsretten således som den i et vist omfang kendes fra trusten. I lighed med trusten sondres der ved lenet mellem om det er lenskreditorer eller lensbesidderens private kreditorer, der søger sig fyldestgjort i lenets formue, idet lensbesidderens private kreditorer

---

13. *Anders Sandøe Ørsted*, Håndbog IV, 1831, s. 161. Den engelske vasals rettigheder i den tildelte jord blev oprindelig benævnt *benefice* og senere *fee*.

14. «... hvorledes Lehnsbesiddere egentligen slet ikke er Eiere, men dog, som De, der træde i Eiers Sted og under visse Indskrænkninger repræsentere Eieren, betragtes som saadan, hvilket endog gjelder om en Beneficiarius«, *Anders Sandøe Ørsted*, Håndbog IV, 1831, s. 56. Proprieteten ligger hos kongen som overejner: «... thi disse [Grevskaber og Baroner] ansees som Lehn, hvorover Lenhsherren (dominus feudi) betragtes som den sande Eier, der, naar den Familie, til hvis Fordeel Forlehnningen er skeet, uddøer, igjen træder tilbage til sin Eiendom.», *Anders Sandøe Ørsted*, Håndbog IV, 1831, s. 54.

15. *Henning Matzen*, Forelæsninger over den danske tingsret, 1882, s. 91f.

16. »Grevskabet med ald des underliggende Gods, skal og være fri for Creditorers Anstregelse og Rettens Forfølgning, i saa maader, at i hvad Gield en Greve til nogen anden end til Os selv kunde skyldig være, skal saadan hans Grevskab dog ikke med Arrest eller Pantsætning maa besverges, langt mindre i Betaling for Gild udlegges eller abalineres...«. Grevernes privilegier pkt. 6, 1671, gengivet efter Kong Christian V's Forordning og Aabne Breve...«, 1751, optrykt som bilag A, *Lotte Dombornowsky*, Lensbesidderen som amtmand, 1983. Det oven for citerede gør sig tilsvarende gældende i friherernes privilegier pkt. 5.

17. *Stig Juul*, Fideikommisarsk Substitution, s. 134.

18. *Anders Sandøe Ørsted*, Håndbog III, 1828, s. 172 og Håndbog IV, 1831, s. 160.

er afskåret herfra. En anden lighed mellem lenet og trusten er, at eftermændenes ret til lenet omfattede alt, hvad der trådte i stedet for de i lenet oprindelige aktiver. Det havde ingen betydning om surrogatet var generisk, såsom tilfældet er med penge, og det spillede ikke nogen rolle, at en substitueret kapital efterfølgende blev anvendt til at købe jordegods. I alle tilfælde blev surrogatet grebet af eftermændenes ret. En nutidig retsfigur, der har lighed med trusten, er som beskrevet neden for 2.4. kommanditselskabet. Ved kommanditselskabet er komplementarens private kreditorer også afskåret fra at søge sig fyldestgjort i kommanditselskabets formue, ligesom surrogater af kommanditselskabets oprindelige aktiver indgår i kommanditselskabets formue og således gribes af kommanditisternes ret.

Betydningen af at anerkende, at mere end én person har en delmængde af den samlede ejendomsret, viser sig først i kollisionstilfældene, dvs. ved individual- og universalforfølgning samt ved eksstinktion og vindikation. Det er med andre ord retsstillingen mellem stiftens, trustees og de begunstigedes kreditorer og aftaleerhververe, der i det følgende vil blive analyseret.

I resten af nærværende kapitel vil det blive forsøgt påvist, at der i dansk ret findes retsfigurer, der i større eller mindre udstrækning har ligheder med trusten, neden for kapitel 2. Herefter vil trustens væsentligste karakteristika blive fremhævet, neden for kapitel 3, og endelig vil trustens retsvirkninger i dansk ret blive analyseret, neden for i kapitlerne 4-6.

## 2. Analoge retsfigurer

Danmark har – i lighed med så mange andre ikke-common law stater – ikke nogen direkte pendant til trusten. I stedet findes der blandt andet i Danmark retsfigurer, der alle i større eller mindre grad har flere af trustens karakteristika, uden dog at nogen af disse retsfigurer selvstændigt rummer alle trustens karakteristika. Det er på denne baggrund vanskeligt at komme på én dansk retsfigur, der kan erstatte trusten. I det følgende vil trusten blive forsøgt projiceret ind i dansk ret og eventuelle paralleller blive diskuteret.

## 2.1. Agenter og fuldmægtige

Trustees funktion har flere ligheder med de funktioner, der i dansk ret findes hos agenter, fuldmægtige og andre mellemænd. En væsentlig fællesnævner er, at førnævnte udadtil varetager interesserne for en eller flere andre personer. Det er endvidere muligt ved en omhyggelig koncipering af fuldmagten at tilnærme sig en trustees rolle og funktioner. Det er imidlertid ikke muligt at se bort fra, at der er flere forskelle end ligheder mellem de to persongrupper. Således stiftes en trust ikke på grundlag af en aftale, men derimod på en ensidig erklæring, det være sig et gavebrev eller et testamente.<sup>19</sup> Stiftelse af en trust kan bedst sammenlignes med affyring af en kanonkugle, hvor kanonen udgøres af stiftelsesdokumentet. Fra det øjeblik kanonen er affyret, har stifteren ikke længere mulighed for at styre retningen, farten, højden m.v. på kanonkuglen.<sup>20</sup> Inden for finansieringsretten hviler trusts dog ofte på en aftale, men disse aftaler har karakter af at være standardkontrakter, der ikke er genstand for forhandling.<sup>21</sup> Når en fuldmægtig eller en agent indgår aftaler, er det opdragsgiveren, der bliver bundet, hvorimod en trustee kun kan binde sig selv.

## 2.2. Egentlig tredjemandsaftale med uigenkaldeligt tredjemandsløfte<sup>22</sup> og gave gennem mellemmand

Et trustlignende retsforhold kan etableres i form af en egentlig tredjemandsaftale med et uigenkaldeligt tredjemandsløfte.<sup>23</sup> En stifter (S) kan indgå en aftale med T om overdragelse af aktiver til fordel for B. B erhverver hermed en ret,<sup>24</sup> der ikke kan tilbagekaldes af hverken S eller T. En tredjemandsaftale har en betydelig lighed med trusten, og det kan

19. Dette viser sig blandt andet ved, at en stifter ensidigt kan erklære sig for at være trustee i forhold til en eller flere begunstigede, af hvilke stifter-trustee også kan være blandt.

20. Medmindre stifteren har forbeholdt sig denne ret.

21. Såkaldt *trust indenture*, se nærmere herom neden for kapitel XV, 2.3. og 2.4.1.

22. Se også *Rasmus Kristian Feldthusen*, National Report for Denmark i *D. J. Hayton, S. C. J. J. Kortmann og H. L. E. Verhagen* (red.), *Principles of European Trust Law*, 1999, s. 185.

23. Se om tredjemandsaftaler *Lennart Lynge Andersen*, *Aftaler og mellemænd*, 4. udg., 2001, s. 352ff.

24. Ifølge kreationsteorien erhverver B umiddelbart en ret ved afgivelsen af tredjemandsløftet til løftemodtager, uden at det er nødvendigt med en selvstændig overdragelse af dette til B. Over for dette står derivationsteorien, hvorefter retten ifølge tredjemandsløftet først erhverves af B, når denne overføres til ham fra T ved en ensidig (ensom) viljeserklæring.

med en vis ret siges, at trusten helt tilbage fra tidlig tid var en form for tredjemandsløfte, hvor de begunstigede end ikke kunne håndhæve løftet overfor trustee. Trusts er imidlertid altid holdt adskilt fra aftaleretten i common law. Dette skyldes formentlig to ting. For det første gjaldt der siden tidlig tid i England et princip om privity of contract i henhold til hvilket, det kun var parterne i henhold til aftalen, der kunne håndhæve denne.<sup>25</sup> Afsluttede S og T således en aftale om at begunstige B, kunne B hverken gøre krav gældende mod S eller T. Dette princip betegnes i engelsk ret som rule of privity. Den eneste måde, hvorpå dette resultat kunne opnås, var ved at oprette en trust. For det andet har trusten, efter at Chancellor greb ind og udstyrede de begunstigede med en ejendomsret i equity, bevæget sig væk fra obligationsretten og over i ejendomsretten. Der kan imidlertid ikke ses bort fra, at måden, hvorpå en trust stiftes, har flere ligheder med den egentlige tredjemandsaftale med uigenkaldeligt tredjemandsløfte.

Et centralt element ved stiftelse af en trust er, at dette sker ved en vederlagsfri overførsel fra S gennem T til B. Hvor det i engelsk ret vil være utænkeligt at forestille sig, at en trust stiftes ved en gensidigt bebyrdende aftale mellem S og T til fordel for B, behøver denne tanke ikke at være fjern i dansk ret, hvor der ikke har dannet sig en fast forestilling af trusten. Det vederlagsfri element må dog som udgangspunkt fastholdes,<sup>26</sup> ligesom det er tilfældet inden for beslægtede retsinstitutter, f.eks. successionsrækkefølgen,<sup>27</sup> stiftelse af en fond, m.v. Stiftes en trust ved en gensidigt bebyrdende retshandel, vil selvbåndlæggelse kunne forekomme. Forestiller man sig, at S stifter en trust med T som trustee, idet S indsætter sig selv som begunstiget, er S hverken blevet rigere eller fattigere, men den del af S's formue, der nu indgår i trusten, kan være underlagt en række indskrænkninger m.v., der – såfremt dispositionen anerkendtes – ville afskære eller begrænse S's kreditorer fra at søge sig fyldestgjort i denne del af S's formue. Selvbåndlæggelse af denne karakter må anses for at være ugyldige. Et andet problem ved at acceptere at trusts kan oprettes ved

25. Se nu Contracts (Rights of Third parties) Act 1999 section 1. Loven blev til på baggrund af en rapport udarbejdet af The Law Commission, Law Com. No. 242..

26. Noget andet er, at det kan være bestemt i stiftelsesdokumentet, at trustee har ret til betaling for udførelsen af sit hverv.

27. En successionsrækkefølge stiftes ved en privat viljesbestemmelse af en gaved giver eller testator, jf. *Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, s. 66.*

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

gensidigt bebyrdende retshandler er, at aftalen mellem stifteren og trustee vil kunne rammes af aftaleretlige ugyldighedsregler, ligesom aftalen vil kunne misligholdes og ophæves, hvorved trusten ophører med at eksistere. Begrebet gave gennem mellemmand er således på en række punkter beskrivende for overdragelsen af trust-aktiverne til henholdsvis trustee og de begunstigede.<sup>28</sup>

Inden for finansverdenen har princippet om stiftelse af trusts ved vederlagsfrie dispositioner i en række sammenhæng snarere et teoretisk udgangspunkt. Således stiftes trusts med forholdsvis beskedne beløb, hvorefter der efterfølgende foretages indskud mod udstedelse af f.eks. certifikater indeholdende trust indenture,<sup>29</sup> der mere har karakter af gensidigt bebyrdende retshandler, uagtet at indskyderne får retsstilling som begunstigede i trusten.

#### 2.3. Fonde

Trusten er ofte blevet sammenlignet med fonde i dansk ret, selvom fonden har flere ligheder med foundations. I lighed med trusten indebærer stiftelse af en fond, at der finder en overførsel sted af aktiver hvorved, disse adskilles fra stifterens egne private midler. På tilsvarende vis som ved et trust deed fastsætter stifteren i en fundats, hvilke formål fonden skal forfølge og i et vist omfang, hvordan dette skal ske. Hvor administrationen af en trust sker gennem en trustee udpeges der i fonden en bestyrelse. Der er imidlertid også en række afgørende forskelle mellem trusts og fonde.<sup>30</sup> For det første er en trust ikke en juridisk person. For det andet har de begunstigede i en private express trust en ejendomsret til trust-formuen.<sup>31</sup> Det er ikke et krav ved stiftelse af en trust, at der har fundet en uigenkaldelig adskillelse sted af stifterens midler.<sup>32</sup> I lighed med en fond har en trust ikke

28. Jf. *Thøger Nielsen*, *Gave gennem mellemmand – fond og trust*, TfS 1989, 213.

29. Trust indenture er en betegnelse for, at der i de udstedte certifikater, obligationer m.v. er udarbejdet en række vilkår, der nærmere regulerer forholdet mellem udsteder og investorerne, samt navngiver trustee. I en vis forstand er trust indenture blot et andet ord for Trust Deed.

30. Se i samme retning for norsk rets vedkommende *Geir Woxholth*, *Stiftelser*, 2001, s. 120: »Ut fra en overfladisk betragtning er det fristende å sette likhetstegn mellom stiftelser (foundations) og *truster*. En nærmere studie vil vise at det ikke er grunnlag for det«.

31. Er der derimod tale om en discretionary trust, kan der konstateres en lighed, idet de begunstigede ikke har et retskrav og dermed ikke en ejendomsret til trust-formuen.

32. Således kan stifteren erhverve alle aktiverne i trusten igen, såfremt der er stiftet en resulting trust, se herom oven for kapitel VIII, 6.

personer, der, qua ejerbeviser som f.eks. aktier eller anpartar, kan træffe bestemmelse om forvaltningen af trustens aktiver. På den anden side har de begunstigede i en trust en lang række beføjelser over for trustee qua deres ejendomsret, hvorfor de i flere henseender har mulighed for at påvirke administrationen af trusten, ligesom de begunstigede kan fremsætte anmodning til domstolene om afsættelse af trustee. Det kan yderligere tilføjes, at i en trust kan stifteren indsætte sig selv som trustee eller begunstiget eller både og. Det er således ikke en betingelse, at der har fundet en adskillelse sted af stifterens formue.

#### 2.4. Kommanditselskaber og stille selskaber

Trusten er ikke en juridisk person.<sup>33</sup> Trusten har imidlertid lighed med et aktieselskab, idet aktionærene kun hæfter med deres indskud, ligesom de begunstigede kun står til at miste deres andel i trust-formuen som følge af trustees handlinger og undladelser, der retmæssigt er udført af ham som led i administrationen af trusten.<sup>34</sup> Det er således ikke muligt for en tredjemand at kræve sig fyldestgjort hos de begunstigede i mere end den samlede værdi af trust-formuen. Parallellerne til et aktieselskab synes dog herudover at være begrænsede. Af langt større interesse er en sammenligning mellem kommanditselskaber og stille selskaber.

I et kommanditselskab hæfter kommanditisterne alene med deres indskud (begrænset hæftelse)<sup>35</sup> ligesom de begunstigede kun hæfter med deres andel af trust-formuen.<sup>36</sup> Komplementaren derimod hæfter personligt og ubegrænset, ligesom det er tilfældet med trustee efter angloamerikansk ret. Komplementaren indskyder typisk ikke selv nogen midler i kommanditselskabet og har ligesom en trustee derfor ikke selv nogen andel i selskabets (trustens) formue.

I lighed med, hvad der gælder for trusten, er det et krav, at der indgår mindst to personer i et kommanditselskab. Komplementaren forestår den daglige drift (administrationen), jf. aktieselskabslovens § 173, stk. 8, hvorefter de fuldt ansvarlige deltagere skal have forvalt-

33. Dette skal ikke forveksles med, at trustee kan være en juridisk person.

34. Medmindre der er tale om en såkaldt bare trust, hvor de begunstigede har direkte indflydelse på forvaltningen af trusten eller en eller flere af de begunstigede tillige er trustee(s).

35. Jf. *Kristian Sindballe*, Dansk selskabsret, bind I, s. 2. udg., 1936, s. 175.

36. Jf. definitionen i lov om erhvervsdrivende virksomheder § 2, stk. 2.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

ningsmæssige og økonomiske beføjelser.<sup>37</sup> Komplementaren er qua prokura legitimeret til at disponere på selskabets vegne, jf. lov om erhvervsdrivende selskaber § 7, stk. 1. Det antages, at grænserne for legitimationen er videre, end det er tilfældet for interessenter, idet kommanditisterne i modsætning til interessenter er beskyttet af en hæftelsesbegrænsning. Således anfører *Carsten Fode* og *Noe Munck*, at komplementarens beslutninger uden videre må være bindende for selskabet bortset fra den situation, hvor en aftaleerhverver ved eller burde vide, at komplementaren handler i strid med hans forpligtelser over for kommanditisterne.<sup>38</sup> Kommanditisterne er passive investorer, dvs. at de i lighed med de begunstigede har nydelsen.<sup>39</sup> Komplementaren har videre en informationspligt over for kommanditisterne, hvilken *Carsten Fode* og *Noe Munck* opdeler i en aktiv informationspligt (sker på eget initiativ) og en passiv informationspligt (sker efter anmodning).<sup>40</sup> Det antages videre, at komplementaren har en vidtgående loyalitetspligt over for kommanditisterne, ligesom komplementaren skal udvise omhu i forvaltningen af kommanditisternes indskud. Såvel informations- som loyalitetspligten er helt grundlæggende elementer i det indbyrdes forhold mellem trustee og de begunstigede. Trusten og kommanditselskabet har endvidere det tilfælles, at der for begge retsformer gælder meget få formalia samt en høj grad af bestemmelsesfrihed.<sup>41</sup>

---

37. Til sammenligning anfører *A. J. Oakley* om trustees rolle: »It must however be stressed that it is fundamental to the nature of a trust that a trustee should not be a puppet at the end of a string pulled by the settlor or by the beneficiaries but rather a person who can and will exercise an independent judgement over a wide field«, *Parker and Mellows – The Modern Law of Trusts*, 7. udg., 1998, s. 163f.

38. *Carsten Fode* og *Noe Munck*, Valg af selskabsform, 2000, s. 97.

39. »Groft sagt kan styrkeforholdet mellem de to deltagergrupper udtrykkes således, at der tilkommer komplementaren (eventuelt flere komplementarer i forening) en indflydelse, som svarer til de beføjelser, der i et aktieselskab er tillagt direktion og bestyrelse, mens kommanditisten indflydelse er begrænset til en vetoret mod beslutninger, som går ud over selskabskontraktens ordlyd eller parternes forudsætninger ved aftalens indgåelse. Heraf fremgår, at normalt kun meget væsentlige og indgribende beslutninger kræver kommanditisternes samtykke«, *Noe Munck, Lars Hedegaard Kristensen og Jørgen Nørsgaard*, Selskabsformerne, 3. udg., 1997, s. 132.

40. *Carsten Fode* og *Noe Munck*, Valg af selskabsform, 2000, s. 93f.

41. Se nærmere om kommanditselskabet *Carsten Fode* og *Noe Munck*, Valg af selskabsform, 2000, s. 87ff. Forfatterne anfører om kommanditselskabet, at: »Det kan derfor i høj grad undre, at denne selskabsform ikke anvendes i videre omfang end det er tilfældet«.

Kommanditselskabet har selvstændig retssubjektivitet, men er ligesom en trust ikke en juridisk person. At kommanditselskabet ikke er en juridisk person viser sig blandt andet ved, at dette selskab er transparent i skatteretlig henseende. Mere tydeligt viser det sig ved, at det ikke er muligt at erklære selskabet konkurs, uden at komplementaren forinden selvstændigt er erklæret konkurs.<sup>42</sup> Som det er tilfældet ved interessentskaber har selskabskreditorerne fortrinsret til selskabets formue frem for kommanditisternes personlige kreditorer.<sup>43</sup> Selskabskreditorerne må respektere eventuelle bindinger, der måtte være på selskabsformuen, f.eks. i form af aftalt uopsigelighed i en vis periode. En personlig kreditor kan alene søge sig fyldestgjort i kommanditistens nettoandel i selskabets formue. Det er diskuteret i teorien, om den omstændighed, at komplementaren går konkurs eo ipso indebærer, at kommanditselskabet skal opløses henholdsvis tages under konkursbehandling.<sup>44</sup> Det kan her indledningsvist anføres, at det kræver en selvstændig prøvelse af, om kommanditselskabet isoleret set er insolvent, og om denne tilstand ikke blot er forbigående, for at erklære dette konkurs, jf. konkurslovens § 17 og UfR 1996.179 Ø. Inspireret af det i insolvensretlig sammenhæng dualistiske syn på trustees private formue og trustens formue i common law forekommer det relevant også i dansk ret at skelne mellem, om en komplementars kreditor er selskabskreditor eller personlig kreditor. At sondringen er relevant i relation til komplementaren skyldes, at komplementarens personlige kreditorer kun kan søge sig fyldestgjort i komplementarens personlige formue. Kommanditselskabets formue er og bør være lukket land for komplementarens personlige kreditorer. Er en komplementar derfor erklæret konkurs som følge af personlig gæld, bør dette ikke have nogen indflydelse på kommanditselskabets forhold. Noget andet er, at det kan vise sig vanskeligt at få indsat en ny komplementar, hvorfor en opløsning kan være nødvendig, men

42. Jf. UfR 1996.179 Ø.

43. Jf. *Kristian Sindballe*, Dansk selskabsret, bind I, s. 2. udg., 1936, s. 182.

44. Se kort om diskussionen *Lennart Lynge Andersen*, *Lars Lindencrone Petersen* og *Niels Ørgaard*, Konkursloven med kommentarer, 8. udg., 1997, s. 201f. med yderligere henvisninger samt udførligt *Peter Juul Therkelsen* og *Henrik Steen Jensen*, UfR 1996B.379ff., Hvad sker der med et K/S, når komplementaren går konkurs?

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

dette berører ikke det rent principielle i, at det er nødvendigt at skelne mellem komplementarens kreditorer. Er det i stedet selskabskreditorer, der har begæret komplementaren konkurs, må Østre Landsrets dom derimod tiltrædes, idet det må være relevant at få fastlagt, hvorvidt kommanditselskabets formue er tilstrækkelig til at honorere selskabskreditorernes krav, efterhånden som de forfalder. De konkursretlige konsekvenser af et kommanditselskabs konkurs svarer i det store og hele til, hvad der gælder i relation til trusts. Et væsentligt fællestræk mellem kommanditselskabet og trusten er, at der i begge retsfigurer finder en udsondring sted af selskabets henholdsvis trustens formue over for komplementarens henholdsvis trustees personlige kreditorer.

Det er interessant at bemærke, at hele identifikations- og individualiseringsproblematikken forbundet med, at de oprindeligt indskudte formuegoder med tiden udskiftes med andre formuegoder, så vidt ses ikke har givet anledning til større vanskeligheder, og problemstillingen diskuteres heller ikke i praksis. Det antages således, at surrogater af kommanditisternes indskud er beskyttet mod komplementarens private kreditorer i samme omfang som de oprindelige aktiver, der blev indskudt af kommanditisterne.

Lighederne mellem trusts og kommanditselskabet er så store, at kommanditselskabet på mange områder kan siges at være en slags erhvervsdrivende trust. Kommanditselskabet har da også mest tilfælle med den såkaldte business trust. I en business trust indskyder en række deltagere aktiver ind i en trust, således at trustee bliver legal owner af disse. Indskyderne modtager certifikater som bevis for disses indskud i trusten. Disse certifikater kan omsættes på samme vis som aktier i et aktieselskab. Indskydernes, trustees og trustees aftaleerhververs rettigheder og forpligtelser fremgår af trust-deklarationen. Business trusten er i lighed med kommanditselskabet ikke en juridisk person.<sup>45</sup>

---

45. Se i det hele vedrørende business trusts *Donald T. Trautman, Study on business trusts and charitable trusts, Actes et documents de la Quinzième session, Tome II, Trusts – applicable law and recognition, 1985, s. 112f. Donald T. Trautman anføres s. 114:»From the perspective of civil law countries there seems no particular reason why the business trust should present any serious question of policy, as civil law countries generally recognise two forms of business organization ...«.*

## 2. Analoge retsfigurer

En væsentlig forskel mellem kommanditselskabet og trusten er, at kommanditselskabet alene har et erhvervmæssigt sigte, hvilket omvendt ikke behøver at være sigtet med trusten. Et kommanditselskab stiftes ved en aftale mellem de deltagende parter, dvs. kommanditisterne og komplementaren. En trust derimod stiftes – som oftest – ved en ensidig disposition i form af et gaveløfte eller et testamente til trustee til fordel for en eller flere begunstigede. Disse forskelle udviskes imidlertid, når business trusten inddrages.

En anden dansk virksomhedsform, der, qua denne virksomheds store ligheder med kommanditselskabet, også har store ligheder med trusten, er det stille selskab. Et stille selskab foreligger, når en virksomhed drives af en eller flere personer, alt imens der tillige er en eller flere personer i selskabet, som er ukendte over for omverdenen, og som alene fungerer som passive investor(er) (stille deltagere, sleeping partners). Det stille selskab har flere ligheder med kommanditselskabet, men adskiller sig herfra ved, at den stille deltagers involvering i selskabet er ukendt for omverdenen. Den stille deltager hæfter i lighed med kommanditisten med den af ham indskudte kapital og en eventuel restbetaling.

Til forskel for kommanditselskabet fremtræder den ansvarlige deltager (i kommanditselskabet benævnt komplementaren) som ejer af såvel selskabets formue som sin egen formue. *Carsten Fode* og *Noe Munck*, anfører at det er antagelsen i den juridiske teori,<sup>46</sup> at den ansvarlige kreditors personlige kreditorer kan foretage udlæg i det stille selskabs formue på lige linie med selskabets kreditorer og således uden at skulle respektere den indre deltagers ret til nettoandelen af virksomheden (ejerandelen). *Carsten Fode* og *Noe Munck* anfører videre, at dette resultat nok må tiltrædes, selv om det ikke er utvivlsomt.<sup>47</sup> *Noe Munck, Lars Hedegaard Kristensen* og *Jørgen Nørgaard* ud-

46. Således *Kristian Sindballe*, *Dansk Selskabsret*, bind I, 2. udg., 1936, s. 102: »Af det anførte vil følge, at Selskabskreditorerne aldrig faar nogen Fortrinsret til Dækning af Fællesformuen, og at Komplementarens Særkreditorer derfor ikke som ved ansvarlige Interessentskaber eller Kommanditselskaber vil være udelukkede fra at tilegne sig mere end hans Nettoandel i Selskabsformuen.« Se om spørgsmålet endvidere *John Peter Andersen*, *Stille selskaber* og U 1978.205 VLD, UfR 1983B.373 ff. og *Jørgen Nørgaard*, *Mere om stille selskaber – og sleeping partners*, UfR 1984B.279ff.

47. *Carsten Fode* og *Noe Munck*, *Valg af selskabsform*, 2000, s. 114.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

dyber i bogen Selskabsformerne problematikken, der nærmere går på sondringen mellem lån og selskabsforhold.<sup>48</sup> Det er klart, at en långiver må tåle, at låntagers private kreditorer kan søge sig fyldestgjort i låneprovenuet. Vanskelighederne opstår i de situationer, hvor der ikke er tale om lån. Det er særligt faren for, at parterne ved at betegne forholdet som et stille selskab kan skabe et kreditorly. Uden for pro forma og kreditorly synes der med rette at kunne stilles spørgsmålstegn ved, om den ansvarlige deltagers personlige kreditorer bør kunne søge sig fyldestgjort i den stille deltagers indskud. Såfremt en sådan adgang anerkendes, er der reelt tale om, at den ansvarlige deltagers personlige kreditorer bliver stillet bedre på bekostning af den stille deltager. Har en personlig kreditor ydet et lån uden sikkerhed i den tro, at de midler, som låntager (den ansvarlige deltager) besidder, alle tilhører ham og således ikke er pantsat eller på anden måde sikret til anden side eller (som det er tilfældet her) tilhører en anden, bør risikoen herfor væltes over på den usikrede personlige kreditor.<sup>49</sup> Såfremt det antages, som i hvert fald dele af teorien hælder mod, at den ansvarlige deltagers private kreditorer kan søge sig fyldestgjort i den stille deltagers indskud, eksisterer der et stort skel mellem det stille selskab og trusten.

## 3. Trustens karakteristika

### 3.1. Adskillelse af administration og nydelse

Et væsentlig karakteristikum ved trusten er adskillelsen af administration og nydelsen ved overdragelsen af en aktivmasse til en (anden)

---

48. *Noe Munck*, Selskabsformerne, 3. udg., 1997, s. 46ff. Se også *Erik Hørlyck*, Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 36: »Det er for så vidt et spørgsmål, om der overhovedet er grundlag for at bibeholde den vildledende betegnelse »stille selskab«. Den relevante opgave er nemlig ikke at vurdere, om der i et givet tilfælde foreligger et stille selskab, men hvilken retlig karakter et givet indskud har. Er der en sædvanlig kreditor position, træder et tilbagebetalingskrav tilbage for (andre) kreditorer, eller er der i virkeligheden tale om et interessentskab eller et forhold, der hæftelsesmæssigt svarer hertil«.

49. Jf. *Rasmus Kristian Feldthusen*, Succession, 2001, s. 232: »De personlige kreditorer har ikke nogen berettiget forventning om, at nærmere bestemte aktiver skulle være til stede med henblik på at tjene til fyldestgørelse af deres krav.« Se i samme retning *W. E. von Eyben*, Formuerettigheder, 5. udg., 1977, s. 366f.

### 3. Trustens karakteristika

person, der får til opgave at administrere denne selvstændigt og i overensstemmelse med de rammer, der er udstukket af stifteren. Trustee er i sin egenskab af fiduciary forpligtet til at udføre sine opgaver med omhu og samvittighedsfuldt. Uagtet at dette karakteristikum er et helt centralt element i trusten, adskiller dette karakteristikum sig ikke fra en række andre retsfigurer i dansk ret. Således kan en dansk opdragsgiver ved at benytte sig af en mellemmand (agent, fuldmægtig, m.v.) opnå det samme, som det er tilfældet med en trust.

#### 3.2. Trusten er ikke en juridisk person

Et andet væsentligt karakteristikum ved trusten er den omstændighed, at trusten ikke er en juridisk person – hvilket ikke skal forveksles med, at trustee kan være en juridisk person – men ikke desto mindre byder på flere af de karakteristika, der findes i et selskab for dettes aktionærer.

#### 3.3. Trustee er uafhængig

Et tredje væsentligt karakteristikum ved trusten er, at en formue udskilles med det formål at blive administreret af en uafhængig person. I sin rene form vil der i en trust være tre personer, der hver indtager forskellige roller: stifter, trustee og begunstiget. Trustee er som udgangspunkt alene bundet af stiftelsesdokumentet samt gældende ret og retspraksis. Det er på denne baggrund, at en trust kan sammenlignes med en kanonkugle, der – når den er affyret – er uden for stifters indflydelse. I det omfang trustee holder sig inden for stiftelsesdokumentet m.v., har de begunstigede ingen eller kun ringe indflydelse på trustee. Udgangspunktet må dog modificeres i en række situationer. For det første kan stifteren implicit eller eksplicit have forbeholdt sig visse rettigheder eller have indsat en enforcer eller protector, der har til opgave at føre tilsyn med trustee og måske endda være tillagt en vetoret. For det andet kan stifteren erklære sig selv for at være trustee hvorved adskillelsen mellem stifter og trustee udviskes. For det tredje har trustee reelt ingen betydning, hvis der foreligger en bare trust.

## 4. Ejendomsretlige problemstillinger

### 4.1. Stifterens kreditorer

Trusten stiftes ved at en stifter overdrager et eller flere aktiver til trustee, hvorved aktiverne fjernes fra stifterens formuesfære.<sup>50</sup> En sådan overdragelse er kun gyldig over for stifterens kreditorer, såfremt overdragelsen har fundet sted mere end 6 måneder før fristdagen i en konkurs, jf. konkurslovens § 64, stk. 1, og såfremt stifteren hverken var eller ved fuldbyrdelsen af gaven blev insolvent, jf. konkurslovens § 64, stk. 2, samt at der ikke er tale om en utilbørlig disposition som indeholdt i konkurslovens § 74. Konkurslovens § 64, stk. 2, 2. pkt., kan volde vanskeligheder, idet det har betydning, om begrebet »nærtstående« alene gælder for trustee eller de begunstigede, eller eventuelt skal udstrækkes til at gælde for begge parter. Under hensyntagen til, at trustee ikke – medmindre han selv er begunstiget i trusten – må drage personlig fordel af trusten, er det mest korrekte at anse begrebet nærtstående for at vedrøre kredsen af begunstigede i en trust.<sup>51</sup> I relation til konkurslovens § 74 må man med betegnelsen begunstiget indfortolke stifteren selv, således at det ikke er muligt for stifteren at udelukke eller begrænse kreditorernes adgang til at søge sig fyldestgjort i stifterens aktiver, ved at stifteren udpeger sig selv som begunstiget i en trust.

I engelsk ret er domstolene i medfør af section 423 i Insolvency Act 1986 (transactions defrauding creditors) beføjet til at gribe ind,<sup>52</sup> såfremt det kan bevises, at en person, fysisk som juridisk, har indgået en transaktion »at an undervalue« med det formål at forstikke sine aktiver eller på anden vis har tilsidesat en persons interesser, der har eller vil gøre et krav gældende. Transaktioner til underpris foreligger blandt andet, når en person overdrager en gave eller indgår en aftale på sådanne vilkår, at han ikke modtager nogen modydelse (consideration).

---

50. Er der tale om, at stifteren erklærer sig selv for at være trustee, fjernes midlerne fra stifterens private formuesfære.

51. 2-års reglen må tilsvarende finde anvendelse, hvor stifteren har indsat sig selv som begunstiget.

52. Se nærmere om domstolens retsmidler section 425, stk. 1, litra a-f Insolvency Act 1986.

## 4. Ejendomsretlige problemstillinger

### 4.2. Stifterens aftaleerhververe

Stiftelse af en trust ved overdragelse af aktiver til en trustee volder ikke umiddelbart problemer i relation til stifterens aftaleerhververe bortset fra tilfælde af dobbeltoverdragelse, og hvor stifteren overdrager aktiver, over hvilke en eller flere aftaleerhververe har modstående rettigheder, f.eks. panteret, ejendomsforbehold, m.v. I modsætning til dansk ret er det i engelsk ret ikke muligt for gavemodtagere at eksstingvere, hvorfor problemstillingen ikke har den samme relevans, som det endnu er tilfældet i dansk ret. Er der tale om en rettighed, der kan eksstingveres af tredjemand, er det afgørende element, om tredjemanden var i ond tro om stifterens aftaleerhververs ret. Spørgsmålet er imidlertid, om ond tros bedømmelsen kun angår trustee eller de begunstigede eller i stedet både vedrører trustee og de begunstigede. Det mest stringente resultat ville være, hvis ond tros bedømmelsen kun angik de begunstigede eftersom det alene er denne gruppe, der drager fordel af trusten, og i hvis ret en tredjemand kan søge sig fyldestgjort. Dette indebærer imidlertid at stifterens aftaleerhververe er afskåret fra at gøre krav gældende mod den ondtroende trustee, såfremt de begunstigede er i god tro. Det forekommer derfor at være mest hensigtsmæssigt, såfremt ond tros bedømmelsen både angår trustee og de begunstigede. Der kan dog opstå yderligere problemstillinger, f.eks. hvor der i første omgang udpeges en trustee, der er i god tro om aftaleerhververens ret, men der senere hen udpeges en ny trustee, der hele tid har haft viden eller burde viden om aftaleerhververens ret. Her må resultatet formentlig være, at en én gang eksstingveret ret ikke vågner op igen. I dobbeltoverdragelsessituationen må det almindelige princip om først i tid bedst i ret gælde, og en ond tros bedømmelse må tilsvarende angå såvel trustee som de begunstigede.

### 4.3. Trustees kreditorer

Retsforholdet mellem trustees private kreditorer på den ene side og de begunstigede på den anden side er den problemstilling, der volder flest kvaler for de lande, hvis retssystem ikke er baseret på common law. Diskussionen i især udenlandsk ret har koncentreret sig om to hovedpunkter, nemlig for det første, om de begunstigede har en tinglig beskyttet ret, og for det andet, om de begunstigedes eventuelle beskyttelse mod trustees kreditorer kun gælder for de oprindelige

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

aktiver overdraget af stifteren, eller om beskyttelsen kan udstrækkes til også at gælde for surrogater af disse aktiver. Et vigtigt element for løsningen af problemstillingen er mulighederne for publicitet vedrørende ejerforholdene i trusten, således som det i forvejen kendes fra blandt andet det danske tinglysningsystem. I det omfang det er muligt at registrere såvel trustees som de begunstigedes rettigheder i henhold til trusten vil de fleste betænkeligheder ved retsvirkningerne af trustens opdeling af ejendomsretten på trustees private kreditorer formentlig forsvinde. I det følgende vil det først blive diskuteret, hvorvidt det er muligt at registrere de forskellige rettigheder i en trust i de danske ejerregistre og i bekræftende fald, hvad retsvirkningerne af en registrering er. Dernæst diskuteres de begunstigedes retsstilling over for trustees kreditorer i de tilfælde, hvor det ikke er muligt at foretage registrering af trustees og de begunstigedes ret af aktiverne i trusten.

#### 4.3.1. *Fuldt registrerbare aktiver*

Betegnelsen registrerbare aktiver benyttes i denne sammenhæng for formuegoder, over hvilke der *kan* registreres rettigheder et sted, f.eks. en tingbog, og hvor det er en betingelse for at opnå beskyttelse mod tredjemand, at der rent faktisk har fundet en registrering sted. De registrerbare aktiver i dansk ret er i dag fast ejendom,<sup>53</sup> fondsaktiver (dematerialiserede og omsættelige værdipapirer),<sup>54</sup> biler<sup>55</sup> og løsøre bortset fra biler, fly og skibe.<sup>56</sup> Gruppen af registrerbare aktiver kan opdeles i fuldt og delvist registrerbare aktiver. De delvist registrerbare aktiver, der tæller biler og andet løsøre bortset fra fly og skibe, er kendetegnet ved, at det kun er muligt at registrere visse nærmere afgrænsede rettigheder over disse, jf. vedrørende biler tinglysningslovens §§ 42 d, stk. 1 (ejendomsforbehold, underpant og retsforfølgning) og vedrørende løsøre § 47 (underpant). Det kan således allerede på dette grundlag afvises, at det er muligt at foretage en registrering af såvel trustees som de begunstigedes rettigheder over delvist registrerbare aktiver. Vedrørende de fuldt registrerbare rettigheder er det for fast ejendoms vedkommende – udover registrering i adkomstru-

53. Jf. tinglysningslovens § 1.

54. Jf. værdipapirhandelslovens § 66, stk. 1.

55. Jf. tinglysningslovens § 42e om tinglysning i bilbogen.

56. Jf. tinglysningslovens § 43a om tinglysning i personbogen.

#### 4. Ejendomsretlige problemstillinger

brikken – muligt at foretage registrering af rettigheder i byrderubrikken. Én mulighed kunne være at tinglyse såvel trustee som de begunstigede i adkomstrubrikken, men dette støder på problemer i relation til tinglysningslovens § 10, stk. 5, hvorefter betinget skøde kun kan tinglyses i adkomstrubrikken, såfremt det ikke er betinget af andet end købesummens betaling. Den eller de begunstigedes rettigheder vil ofte være betinget af et eller flere forhold.<sup>57</sup> Det må derfor anbefales, at det kun er trustee, der registreres som ejer i adkomstrubrikken. Den eller de begunstigedes rettigheder kan i stedet tinglyses i byrderubrikken, hvor der ikke gælder begrænsninger for betingede og tidsbestemte rettigheder. Hvorvidt tinglysning sker i adkomst eller byrderubrikken har alene ordensmæssig betydning og influerer således ikke på tredjemandsbeskyttelsen.<sup>58</sup> Er en trustee registreret i adkomstrubrikken, og de begunstigede registreret i byrderubrikken, vil de begunstigede være beskyttet mod trustees private kreditorer, såfremt disse søger sig fyldestgjort i den faste ejendom, jf. tinglysningslovens § 1. En begæring om tvangsauktion fremsat af trustees private kreditorer må formentlig afvises, idet trustees private kreditorer afleder deres ret fra trustee, der alene har forpligtelser over for de begunstigede,<sup>59</sup> hvorfor der reelt ikke eksisterer nogen værdi, som kreditorerne kan søge sig fyldestgjort i, idet hele den faste ejendoms værdi tilhører de begunstigede. Anderledes forholder det sig, såfremt de kreditorer, der ønsker at foretage udlæg i den faste ejendom, er trustkreditorer. En trustkreditor har et krav mod trustee for forpligtelser som trustee har indgået som led i trustees forvaltning af trusten. Trustkreditorer kan foretage udlæg i den faste ejendom, og om nødvendigt begære denne bortsolgt på tvangsauktion.

Er de begunstigedes rettigheder hverken tinglyst i adkomst- eller byrderubrikken, og har de begunstigede en indsigelse mod trustee, opstår spørgsmålet, om de begunstigede alligevel er beskyttet mod trustees kreditorer eller en ondtroende aftaleerhververs kreditorer i medfør af gyldighedsvirkningen i

57. Hvorvidt det tilsvarende gør sig gældende, når den pågældende ret er tidsbestemt, f.eks. til kun at vare i den begunstigedes livstid, ses der ikke at være taget stilling til i tinglysningslovens § 10, stk. 5.

58. Jf. *Hans Willumsen*, Lærebog i Tinglysning, 1994, s. 94 og *Peter Mortensen*, Tinglysning, 3. udg., 2001, s. 134.

59. Bortset fra at trustee eventuelt er berettiget til at modtage betaling for sine ydelser som trustee.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

tinglysningslovens § 27 eller om det i stedet er prioritetsvirkningen i tinglysningsloven, der finder anvendelse, hvilket indebærer, at de begunstigedes rettigheder eksstingveres af trustees private kreditorer. Problemstilling har betydelige paralleller med den situation, hvor en på anden plads indsat (antecessor) i en successionsrækkefølge<sup>60</sup> ikke har tinglyst sin betingede eller tidsbestemte ret, og den på første plads indsattes (successors) kreditorer eller en ondtroende aftaleerhververs kreditorer søger at eksstingvere den på anden plads indsattes ret. Det konkluderes vedrørende antecessors utinglyste ret, at såvel *Knud Illums* Legitimationsteori som *W. E. von Eybens* Kreditorbesvigelsesteori fører til, at § 27 finder anvendelse, hvorved antecessor er beskyttet mod successors kreditorer samt en ondtroende aftaleerhververs kreditorer, hvorimod *Carl Torp* samt *Michael Elmer* og *Lise Skovbys* Relationsteori formentlig fører til, at § 1 finder anvendelse, hvorved kreditorerne eksstingverer antecessors ret.<sup>61</sup> Det konkluderes, at resultatet bør være, at § 27 finder anvendelse, og dette resultat må umiddelbart kunne overføres på en begunstiget i en trust, hvis rettigheder er utinglyste.

Udgør formuen i en trust i stedet fondsaktiver vil såvel trustee som de begunstigede i medfør af værdipapirhandelslovens § 66, stk. 1, kunne registreres som ejere. I modsætning til tinglysningsloven er der ikke i værdipapirhandelsloven mulighed for at foretage registreringer i en byrderubrik.<sup>62</sup> En anden mulighed er, at trustee registreres som nominee, hvorved det tilkendegives, at trustee i hvert fald ikke er fuldstændig ejer af fondsaktiverne, jf. værdipapirhandelslovens § 72, stk. 1.

#### 4.3.2. *Ikke registrerbare og delvist registrerbare aktiver*

De ikke registrerbare og delvist registrerbare aktiver udgør størstedelen af alle de aktiver, der kan gøres til genstand for en trust. Fælles for denne gruppe af aktiver er, at der ikke er publicitet vedrørende ejerforholdene til disse. På denne baggrund er det anbefalelsesværdigt, at der i første omgang drages omsorg for, at trust-aktiverne udskilles<sup>63</sup> fra trustees private formuesfære, og at der eventuelt tillige drages omsorg for en vis form for rådighedsberøvelse, f.eks. ved at

60. Betegnelsen successionsrækkefølge foreslås i stedet for den gamle betegnelse fideikommissarisk substitution, se nærmere *Rasmus Kristian Feldthusen*, *Succession*, 2001, s. 49f.

61. Se nærmere *Rasmus Kristian Feldthusen*, *Succession*, 2001, s. 220ff.

62. Det kan dog ikke helt udelukkes at det er muligt at foretage registrering af indskrænkninger i en registreret ejers ret, jf. *Rasmus Kristian Feldthusen*, *Succession*, 2001, s. 225.

63. *A. J. Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 7. udg., 1998, s. 14.: »No valid trust can be created unless there is some identifiable property subject to the trust over which the trustees have control«.

#### 4. Ejendomsretlige problemstillinger

omsætningsgældsbreve deponeres i et pengeinstitut. Det er imidlertid i henhold til common law ikke et krav, at der sker udsondring af aktiverne, men blot at disse kan identificeres.<sup>64</sup>

Af stor betydning for, om de begunstigede er sikret mod trustees private kreditorer, er, hvorvidt de begunstigedes ret kan betegnes som en tredjemandsbeskyttet ret.<sup>65</sup> Ved analysen af, om de begunstigede har en omsætningsbeskyttet ret, må der foretages en afvejning af hensynene til henholdsvis trustees private kreditorer og de begunstigede samt inddrages reale hensyn, jf. *Vagn Carstensen*:

»Undertiden træder deduktionen helt i stedet for reale overvejelser; men selv om løsningen søges truffet ud fra overvejelser af det hensigtsmæssige, begrænses mulighederne for friere løsninger derved, at man kun står over for valget mellem at acceptere eller forkaste eksistensen af en tinglig ret med de deraf flydende følger i mange forskellige henseender.

Anvendelsen af en realistisk-analytisk retsmetode må tendere hen imod en sprængning af sondringen mellem tinglige og obligatoriske rettigheder, fordi denne leder til en unuanceret behandling af spørgsmålet om rettigheders beskyttelse mod tredjemand.«<sup>66</sup>

En indvendig kunne være, at de begunstigede ikke har nogen tinglig ret (tredjemandsbeskyttet ret) og som sådan ikke er beskyttet mod trustees kreditorer, men kun har et obligatorisk krav mod trustee. Dette betyder med andre ord, at trustee allerede ved overdragelsen i ejendomsretlig henseende blev anset for at være fuldstændig ejer. Dette resultat forekommer på flere punkter at være uholdbart. Dette gælder først og fremmest i den situation, hvor stifteren selv er begunstiget, dvs. hvor stifteren kun overdrager de forvaltningsmæssige be-

64. Jf. *Michael J. Bridge, Roderick A. Macdonald, Ralph Simmonds og Catherine Walsh*: »Trust law, after all, does not require that trust funds be kept separate and apart from the trustee's own assets, but merely that they remain identifiable or traceable«, *Law of Secured Transactions*, *McGill Law Journal*, 1999, vol 44, s. 611. Om baggrunden herfor anfører forfatterne på side 612: »A strict rule requiring segregation would be tantamount to saying that the trust, and with it the rights of the trust beneficiaries, could be destroyed by the trustee's breach«.

65. Begrebet tredjemandsbeskyttet ret anvendes her i stedet for betegnelsen tinglig ret og dækker i denne sammenhæng over en ret til et formuegode, der i større eller mindre grad nyder – eller ved iagttagelse af sikringsakt eller som følge af andre omstændigheder opnår – retsbeskyttelse over for tredjemand, jf. *Rasmus Kristian Feldthusen*, *Succession*, 2001, s. 109 og *Vibe Ulfbeck*, *Kontraktens relativitet*, 2000, s. 123, der i stedet benytter sig af betegnelsen omsætningsbeskyttet ret.

66. *Knud Illum*, *Dansk tingsret ved Vagn Carstensen*, 3. udg., 1976, s. 6f.

### *XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

føjelser til en tredjemand (trustee). Såfremt trustee her blev anset for at være fuldstændig ejer, vil dette være ensbetydende med, at en overdragelse af administrative forpligtelser er ensbetydende med overdragelse af ejendomsretten. For det andet og i forlængelse af førnævnte kan det ej heller antages, at den omstændighed at stifteren, der samtidigt er begunstiget, overdrager sin andel af ejendomsretten til en tredjemand, nu skulle indebære, at trustee blev fuldstændig ejer. Tredjemand erhverver den samme rettighed som stifteren, og såfremt stifteren havde en tredjemandsbeskyttet ret, vil tredjemanden også have en tredjemandsbeskyttet ret. Det er på denne baggrund vanskeligt at se, hvorfor en samtidig overdragelse af administrative forpligtelser til trustee og nydelsesretten til en begunstiget skulle føre til, at den begunstigede ikke havde en tredjemandsbeskyttet ret, i hvert fald for så vidt angår de oprindelige trust-aktiver.

Separate formuesfærer, for hvilke der kan gælde forskellige regler, er ikke et ukendt fænomen i dansk ret. Opdelte formuesfærer kendes således ved interessentskaber, kommanditselskaber og måske stille selskaber, hvilken opdeling har direkte indflydelse på kreditorernes retsstilling, idet selskabskreditorer har forrang frem for private kreditorer. I lovgivningen findes der også flere eksempler på, at aktiver i større eller mindre udstrækning unddrages fra ejerens kreditorer, således ved gave og arv, der enten båndlægges, eller hvor modtageren pålægges visse rådighedsindskrænkninger, jf. retsplejelovens § 514 og arvelovens § 62, stk. 2. I common law anvendes betegnelserne apparent ownership og ostensible ownership om den situation hvor en person over for omverden fremstår som værende ejer af en gruppe aktiver, men hvor vedkommende reelt ikke er ejer af aktiverne, idet aktiverne enten er lånt, lejet, leaset, købt med ejendomsforbehold m.v. Apparent ownership og ostensible ownership benyttes imidlertid ikke i relation til trustees common law ejendomsret til trustee aktiverne, uagtet at det ikke nødvendigvis er muligt for omverdenen at skelne mellem f.eks. en lejer og en trustee. Dette skyldes, at trust-aktiverne efter angloamerikansk retsopfattelse anses for at være helt udsondrede fra trustees private formuesfære. Der er endvidere den forskel, at hvor en person gerne må benytte lejede, leasede m.v. genstande til egne private formål, er en trustee underlagt en streng forpligtelse om ikke at drage personlig fordel af trusten, bortset fra eventuelt at være berettiget til honorar for udførelse af hvervet som trustee.

#### 4. Ejendomsretlige problemstillinger

I lighed med dansk konkurslovgivning<sup>67</sup> er det et grundlæggende princip i engelsk konkurslovgivning, at aktiver tilhørende tredjemand ikke kan inddrages i debtors konkursbo.<sup>68</sup> Dette gælder også for trust aktiver, jf. Insolvency Act 1986 section 283, stk. 3, litra a:

»283. Definition of bankrupt's estate

(3) Subsection (1) does not apply to –

(a) property held by the bankrupt on trust for any other person,«<sup>69</sup>

En trustee, der er erklæret konkurs, vil som udgangspunkt kunne udskiftes i medfør af section 36 i Trustee Act 1925, ligesom domstolene i medfør af section 41 i Trustee Act 1925 er beføjet til at fjerne en trustee, der er erklæret konkurs, såfremt der er fare for trust-aktiverne. Engelsk ret giver imidlertid ikke de begunstigede i en trust ubetinget beskyttelse over for trustees private kreditorer, jf. oven for 4.1. om transactions at an undervalue, der har til formål at forstikke aktiver.

En af indvendingerne mod, at trustees private kreditorer skal være afskåret fra at søge sig fyldestgjort i de begunstigedes aktiver, vil formentlig være, at det ikke er muligt for trustees kreditorer at skelne mellem trustees private aktiver og trustens aktiver, hvilket indebærer fare for forstikkelse af aktiver og besvigelser af kreditorer. Det kan heroverfor anføres, at trustees private kreditorer, i det omfang disse er usikrede kreditorer, ikke har nogen berettiget forventning om, at nærmere bestemte aktiver skulle være til stede for at fyldestgøre de krav, kreditorerne har eller måtte have mod trustee. Princippet bag tinglysningslovens §§ 1 og 27 er udtryk for den sidstnævnte opfattelse. I henhold til §§ 1 og 27 kan mellemliddets (trustees) godtroende aftaleerhververe eksstingvere, uanset om § 1 eller § 27 finder anvendelse. Omvendt har det stor betydning for mellemliddets (trustees)

---

67. Jf. konkurslovens § 32: Konkursen omfatter *skyldnerens formue* ved afsigelsen af konkursdekretet, og hvad der under konkursen tilfalder ham og konkurslovens § 82: Hvad der *tilhører tredjemand* eller af andre grunde ikke kan inddrages i konkursmassen, *udleveres til den berettigede*. (Min kursivering).

68. Jf. *Hamish Anderson*, Trust Assets in English Insolvency Law, i *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, red. Ewan McKendrick, 1992, s. 171.

69. Subsection (1) har følgende ordlyd: Subject as follows, a bankrupt's estate for the purposes of any of the Group of Parts comprises – (a) all property belonging to or vested in the bankrupt at the commencement of the bankruptcy, and (b) any property which by virtue of any of the following provisions of this Part is comprised in that estate or is treated as falling within the preceding paragraph.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

usikrede kreditorer, om det er § 1 eller § 27, der finder anvendelse. Begrundelsen for i visse tilfælde at lade den oprindeligt berettigede (den begunstigede) vindicere på trods af, at mellemedet (trustee) fremstår som berettiget ifølge tingbogen, er, at hensynet til den usikrede kreditors forventninger ikke vejer tungt, når kreditor netop ikke har sørget for at få tinglig sikkerhed, jf. *W. E. von Eyben*:

»Når en kreditor ikke har skaffet sig sikkerhed i bestemte genstande, må man gå ud fra, at han har lagt afgørende vægt på debtors almindelige soliditet og navnlig hans indtjeningsmuligheder. Selv om debitor nok så meget har ejet fast ejendom i det øjeblik, da kreditten blev ydet, og selv om kreditor måske også har tillagt dette betydning ved sin bedømmelse af risikoen for lånet, kan det ikke tillægges afgørende vægt i denne forbindelse. Debitor kan jo umiddelbart efter kredittens opståen, og lang tid før låneydelsen forfalder til betaling, afhænde ejendommen og formøble vederlaget herfor, uden at den personlige kreditor kan hindre det. Der består kun muligheder for at gribe ind ved hjælp af konkurslovgivning, straffelovgivning, m.v.«<sup>70</sup>

Rationalet bag tinglysningslovens §§ 1 og 27 er med andre ord, at den usikrede kreditor er nærmest til at bære risikoen for, at debtors soliditet og formueforhold ikke var som forventet.<sup>71</sup> Det tilsvarende gør sig gældende ved *pro forma*, der ikke kan gøres gældende over for en godtroende tredjemand, jf. aftalelovens § 34, men derimod over for usikrede kreditorer.

På dette punkt har dansk ret ligheder med *common law*, der følger princippet *nemo dat qui non habet* (he who hath not cannot give),<sup>72</sup> hvorimod *civil law* staterne, følger princippet *possession vaut titre* (besiddelse giver indtryk af ejendomsret). Dog har selv *civil law* stater formået at indrømme en begunstiget beskyttelse mod trustees kreditorer, såfremt det vedrører de originale »trust«-aktiver, således f.eks. i tysk ret hvor stifteren/den begunstigede efter retspraksis, der har støtte i teorien, har adgang til at fremsætte en *Drittwiderspruchsklage* i medfør af ZPO § 771 og dermed kræve de relevante aktiver ud-

70. *W. E. von Eyben*, *Formuerettigheder*, 5. udg., 1977, s. 366f.

71. Det skal holdes for øje, at tinglysningslovens § 27 kun gælder såfremt den oprindelige berettigede har en relevant indsigelse. Når der henses til, at tinglysningslovens § 27 snarere er udtryk for et princip forekommer det lidet hensigtsmæssigt, at § 27 kun gælder for indsigelser og ikke tillige rettigheder. Det synes i øvrigt vanskeligt at holde begrebet indsigelser adskilt fra begrebet rettigheder.

72. *Nemo dat qui non habet* er i insolvensmæssig sammenhæng udtryk for, at en kreditor ikke erhverver bedre retsstilling end sin hjemmelsmand.

#### 4. Ejendomsretlige problemstillinger

leveret.<sup>73</sup> De begunstigede kan ligeledes kræve aktiverne udsondret (*Aussonderung*) og udleveret i tilfælde af, at »trustee« går konkurs, jf. KO § 43.<sup>74</sup>

Allerede i dag ses der utallige eksempler på indirekte eller opdelt ejendomsrettigheder, det være sig aktiver, der er udlejet, leaset, udlånt, overladt til at blive forvaltet af banker, børsmæglere, forvaltningsinstitutter, m.v. Opsplitning af rettigheder i de samme aktiver på flere personer er en naturlig udvikling i vor moderne verden, hvor det f.eks. overlades til professionelle at forvalte en portefølje af værdipapirer, banker at opbevare kontanter, eller hvor biler, både, huse, m.v. stilles til rådighed for medarbejdere i disse selskaber. Trusten ville i denne sammenhæng blot være endnu en tilføjelse på den efterhånden lange liste af tilfælde, hvor en debitor over for omverden fremstår som værende ejer, men hvor dette ved nærmere eftersyn viser sig ikke at være tilfældet. Der synes ikke at være afgørende forhold i dansk ejendomsret, der taler imod, at en begunstiget er beskyttet mod trustees private kreditorer, i hvert fald ikke for så vidt angår de oprindelige trust-aktiver, i det omfang disse kan identificeres.

##### 4.3.3. Tinglig surrogation

Tinglig surrogation er betegnelse for, at en persons tredjemandsbeskyttede rettigheder i ét aktiv ved salg eller anden afståelse, der ud-

73. Jf. *Hans Brox og Wolf-D. Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 5. udg., 1996, s. 757ff. og s. 767ff., *Wolfgang Lauterbach, Jan Albers og Peter Hartmann*, *Beckische Kurz-Kommentare – Zivilprozessordnung*, 1. bind, 52. udg., 1994, 1745ff. og s. 1748f., *Gerhard Liüke og Alfred Walchshöfer*, *Müncher Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. bind, 1992, s. 1943ff. og s. 1950ff., *Hans Friedhelm Gaul og Eberhard Schilken*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10. udg., 1987, s. 490ff. s. 503ff., *Georg F. Rössler og Rolf A. Schütze*, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 4. bind, 2. udg., 1981, s. 319ff. og s. 331ff. og *Hein Kötz*, *The Modern Development of Trust Law in Germany*, i *Modern International Developments in Trust Law*, red. *David Hayton*, 1999, s. 56f.

74. Jf. *Hans Brox og Wolf-D. Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 5. udg., 1996, s. 120, *Friedrich Lent og Friedrich Weber*, *Jaeger – Konkursordnung mit Einführungsgesetzen*, 1. bind, 8. udg., 1958, s. 598ff., og s. 629ff., *Georg Kuhn*, *Kommentar zur Konkursordnung*, 7. udg., 1962, s. 289ff. og s. 292ff. og *Hein Kötz*, *The Modern Development of Trust Law in Germany*, i *Modern International Developments in Trust Law*, red. *David Hayton*, 1999, s. 56f. Det skal her bemærkes, at Tyskland har gennemført en reform af insolvensretten ved universalforfølgning. Den nye konkurslov InsO (*Insolvenzordnung*, BGB1 I S. 1013 med senere ændringer) trådte i kraft den 1. januar 1999, idet dog enkelte bestemmelser i den nye lov allerede trådte i kraft den 19. november 1994 (InsO §§ 2, stk. 2, 7, stk. 3, 21, stk. 2, nr. 1, 65, 73, stk. 2, 293, stk. 2, 305 og 313). Den for KO § 43 næsten tilsvarende bestemmelse findes i § 47 i InsO.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

løser en modværdi, så at sige flytter sig til det eller de derved fremkomne surrogater.<sup>75</sup> I sin mest enkle form indebærer tinglig surrogation, at hvor A før havde en tredjemandsbeskyttet ret til en fast ejendom, der nu er solgt, har A fremover en tredjemandsbeskyttet ret til salgssummen.

Surrogation kendes i dansk ret inden for skyldforhold (obligatorisk surrogation) f.eks. i den situation hvor en kautionist har indfriet kreditors fordring mod hovedmanden. Kautionisten surrogerer her i kreditors sted og kan gøre kravet gældende mod hovedmanden. Der findes dog også eksempler på tinglig surrogation i Danmark, nemlig inden for panteretten. Tinglig surrogation inden for panteretten er ifølge teorien begrænset til at omfatte ekspropriations-, forsikrings- og erstatningskrav. Som eksempel kan nævnes den situation, at en pantsat genstand går til grunde, i hvilken anledning pantsætter modtager en forsikringssum. Det antages her, at panthaver surrogerer i erstatningssummen. Der er her tale om, hvad der i tysk ret betegnes surrogation uden subjektskifte. I den anden variant, betegnet surrogation med subjektskifte, skifter det oprindelige aktiv hænder fra pantsætter til en tredjemand. Det kan f.eks. ske, hvor panthaver i strid med pantsætningsaftalen overdrager det pantsatte til en tredjemand. Panthaver kan her vindicere det pantsatte fra tredjemand men qua tinglig surrogation med subjektskifte kan panthaver i stedet vælge at surrogere i salgssummen for det pantsatte. Denne mulighed kan med fordel benyttes af panthaver hvor det er umuligt eller særdeles vanskeligt for panthaver at gennemføre en vindikation, f.eks. fordi det pantsatte er forsvundet, sammenblandet med lignende formuegoder eller tilintetgjort. Om panthavers adgang til at surrogere i denne henseende anfører *Thomas Rørdam og Vagn Carstensen*:

»En almindelig regel om, at en panteret griber surrogatet for den pantsatte genstand, vil i øvrigt kunne hævdes gennemsnitligt at være i overensstemmelse med pantsætters interesse.«<sup>76</sup>

*Knud Illum* argumenterer endvidere for at tinglig surrogation bør være muligt i de situationer, hvor en besidder uretmæssigt har dispo-

75. Se om tinglig surrogation også *Rasmus Kristian Feldthusen*, *Succession*, 2001, s. 230ff.

76. *Thomas Rørdam og Vagn Carstensen*, *Pant*, 6. udg., 1998, s. 93.

#### 4. Ejendomsretlige problemstillinger

neret over en ejers aktiver.<sup>77</sup> Om hvorvidt tinglig surrogation tillige bør tillades ved ombytning af genstande eller ved salg, anfører *Knud Illum*:

»I og for sig er de grunde, der kan anføres for at nægte vindikanten ret til surrogater for tingen, svage. Når det antages, at vindikation af selve tingen er hjemlet, kan vindikationen af en genstand, hvormed den er ombyttet, ikke heller være uforeneligt med en berettiget varetagelse af konkurskreditorernes tarv. Sagen stiller sig dog næppe ens i alle retninger.«<sup>78</sup>

Anerkendelse af tinglig surrogation over for trustees private kreditorer er et vigtigt aspekt i anerkendelsen af trusts i dansk ret.<sup>79</sup> Anerkendelse af tinglig surrogation kan eventuelt begrænses til kun at gælde for trusts. Tinglig surrogation anerkendes dog allerede i relation til interessentskaber og kommanditselskaber. Således er det oven for anført, at et kommanditselskabs formue består af de oprindelige aktiver samt de til enhver tid værende surrogater af disse. Ombytningen af formuegenstande i et kommanditselskab influerer ikke på kommanditisternes retsstilling, blot det er muligt at identificere det eller de aktiver, der hører til kommanditselskabet og derigennem adskille førnævnte fra komplementarens egne aktiver. Netop identifikationsproblemerne spiller en stor rolle for de begunstigedes beskyttelse mod trustees private kreditorer, ligesom det må antages at være tilfældet for kommanditisternes beskyttelse mod komplementarens private kreditorer. Dette skyldes, at det er en forudsætning for at opnå beskyttelse mod fallentens kreditorer som separatist i dansk konkurslovgivning og teori, at det er muligt at individualisere det eller de formuegoder, som ikke omfattes af konkursmassen. Enten skal der være tale om species genstande, dvs. individuelt bestemte genstande, eller genusgenstande, der forinden afsigelse af konkursdekretet eller senest forinden bekendtgørelsen af dette, er blevet individualiseret, eller såfremt der er tale om en rettigheder for hvilke der skal iagttages en sikringsakt, at denne er blevet foretaget inden afsigelsen eller bekendt-

77. *Knud Illum*, Dansk tingsret ved *Vagn Carstensen*, 3. udg., 1976, s. 504ff.

78. *Knud Illum*, Dansk tingsret ved *Vagn Carstensen*, 3. udg., 1976, s. 507.

79. Således som det er tilfældet i common law.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

gørelsen af konkursdekretet.<sup>80</sup> Identifikationsproblematikken<sup>81</sup> er særlig relevant, hvor aktiverne består i ultra likvide aktiver, såsom penge, negotiable papirer, m.v. Har der således fundet en sammenblanding sted af fallentens penge og tredjemands penge, fører penge-reglen samt principperne om specifikation og identifikation til, at tredjemanden fortaber sin adgang til at kræve pengene udleveret af konkursboet som separatist, idet tredjemanden i stedet er henvist til at gøre sit krav gældende som simpel kreditor. Dette gælder, selv om det er uomtvisteligt, at tredjemandens penge stadig er i behold, eller at det er uomtvisteligt, at surrogatet for tredjemandens penge stadig er i behold og eventuelt kan udskilles fra fallentens andre aktiver. Lige så enkle og praktiske disse regler er at administrere, ligeså urimelige vil reglerne være for en person, der i sin egenskab af stifter vederlagsfrit har overdraget aktiver til en trustee til fordel for enten stifteren selv eller en eller flere begunstigede. Disse regler synes i for høj grad at lægge vægt på formelle synspunkter og kan endvidere føre til urimelige resultater for såvel gavegiver (stifter) og gavemodtager (begunstiget). Jeg har andetsteds argumenteret for, at det ikke bør gøre nogen forskel, om der er tale om den originale pengeseddel, eller om denne i stedet er ombyttet med en eller flere andre sedler eller mønter.<sup>82</sup> Såfremt den eller de begunstigede mister deres position som separatister som følge af en sammenblanding eller en ombytning af de originale aktiver til surrogater, er der reelt tale om en begunstigelse af de simple kreditorer, idet aktiverne er kommet til fallenten vederlagsfrit i dennes egenskab af trustee og nu som en appelsin i turbanen indgår i den samlede konkursmasse. Hele tankegangen bør i de tilfælde, hvor fallenten i dennes egenskab af trustee har modtaget aktiver vederlagsfrit, i stedet for at være aktivbaseret være baseret på den økonomiske værdi. Såfremt det er muligt at afgøre, om den økonomiske værdi af aktiv A nu i stedet befinder sig i aktiv AB (sammenblanding af aktiv A og B), eller at denne nu befinder sig i aktiv C (aktiv A er ombyttet med aktiv C), bør de begunstigede enten kunne

---

80. Jf. *Lennart Lyngé Andersen, Lars Lindencrone Petersen og Niels Ørgaard*, Mogens Munch: Konkursloven med kommentarer, 8. udg., 1997, s. 271ff. og *Bo von Eyben og Peter Møgelvang-Hansen*, Kreditorforfølgning, 3. udg., 1998, s. 192f. og s. 271f.

81. Se om identifikationsproblematikken også *Rasmus Kristian Feldthusen*, Succession, 2001, s. 235ff.

82. *Rasmus Kristian Feldthusen*, Succession, 2001, s. 236f.

#### 4. Ejendomsretlige problemstillinger

kræve den økonomiske værdi udbetalt eller aktiv C udleveret fra trustees konkursbo. Der vil naturligvis kunne forekomme situationer, hvor det ikke er muligt for de begunstigede at identificere de originale trust-aktiver eller værdien heraf i trustees aktiver. Dette må som udgangspunkt føre til, at de begunstigede ikke har status som separatister og i stedet er henvist til at gøre deres krav gældende som simple kreditorer.

Dansk retspraksis om, hvad der her betegnes som tinglig surrogation, er sparsom. Højesteret har dog i afgørelserne UfR 1927.21 og UfR 1928.216 anerkendt, at en panthaver kan have en tredjemandsbeskyttet ret i fungible aktier over for pantsætters dødsbo, uagtet at eksistensen samt identiteten af de oprindelige aktier ikke kunne fastlægges. Østre landsret har endvidere i sagen UfR 1949.691 afgjort, at klienters midler beroende hos en advokat ikke var omfattet af den fallerede advokats konkurskreditorers krav, uagtet at: (1) advokaten ikke havde placeret alle klienternes midler på klientkonti, (2) advokaten havde foretaget uautoriserede hævninger på kontiene, (3) identifikation af hver af klienternes midler var vanskeliggjort af, at advokatens bogføring ikke var fuldstændig. Klienterne ansås for at have et tredjemandsbeskyttet krav mod konkursboet. Af nyere retspraksis findes Højesterets dom i sagen UfR 1997.762, der vedrørte den tidligere lov om værdipapirhandel. I sagen anerkendtes det, at en bank havde en tredjemandsbeskyttet ret i fungible aktier, der var placeret hos en portugisisk bank i en dansk børsrådgivers navn, uagtet at disse aktier var sammenblandet med en større pulje af tilsvarende aktier i et samledepot.<sup>83</sup>

#### 4.4. Trustees aftaleerhververe

En anden vigtig problemstilling er retsforholdet mellem de begunstigede og trustees aftaleerhververe.<sup>84</sup> Problemstillingen vil som oftest

---

83. Se i samme retning UfR 1994.719 Ø om et vekslerfirma, der med urette havde ladet aktier tilhørende en kunde registrere i firmaets navn i et depot, hvor der tillige befandt andre tilsvarende aktier tilhørende andre kunder. Kunde var beskyttet mod vekslerfirmaets konkursbo, der ansås for afskåret fra at inddrage aktierne i konkursen. Se modsat UfR 1985.856 SH, hvor en række kunders krav på en beholdning af aktier, der var udlånt til en vekslerfirma. Kunderne blev nægtet separatiststatus under henvisning til, at aktierne, var noteret på V's navn, ikke havde været opbevaret særskilt for hver kunde, samt at antallet af aktier i depotet ikke stemte med kundernes krav.

84. Det indbyrdes retsforhold mellem trustee og dennes aftaleerhververe er tilsvarende vigtigt men volder ikke umiddelbart problemer i dansk ret.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

foreligge, hvor trustee har handlet i strid med stifterens forskrifter (breach of trust) ved f.eks. at bortsælge trust-aktiver, uagtet at dette ikke var tilladt. Konflikten står mellem at lade aftaleerhververen eksstingvere de begunstigedes ret eller i stedet at lade de begunstigede eksstingvere aftaleerhververens ret.

Problemstillingen er aktuel ved delvist registrerbare og ikke registrerbare aktiver hvor aftaleerhververen ikke har mulighed for at se, at aktiverne hører til en trust.<sup>85</sup> I angloamerikansk ret kan en aftaleerhverver eksstingvere de begunstigedes ret, såfremt vedkommende er en bona fide purchaser for value without notice. Tilsvarende vil en dansk godtroende aftaleerhverver kunne eksstingvere en begunstigets ret i henhold til en trust, såfremt aftaleerhververen tillige opfylder de øvrige betingelser for eksstinktion. De øvrige betingelser er rådhedsberøvelse, besiddelse hos mellemløbet og »noget mere«. Betingelserne rådhedsberøvelse og besiddelse hos mellemløbet kan i en let tillempet form anvendes ved trusts, idet det må være et krav, for at eksstinktion kan tillades, at stifteren ikke længere kan råde over trust-aktiverne, samt at trustee er i besiddelse af trust-aktiverne. Den fjerde og sidste betingelse, der betegnes »noget mere«, dækker over en række forskellige situationer, herunder: betroelsestilfælde, passivitet, uforsigtighed. Betingelsen om »noget mere« passer dårligt ind ved trusts, hvilket skyldes, at de danske principper om eksstinktion alene tager sigte på den situation, hvor den oprindeligt berettigede, er identisk med vindikanten.<sup>86</sup> Dette kan konstateres ved at det er den oprindeligt berettigedes forhold, der tillægges betydning for om vindikation kan komme på tale. I en trust vil den oprindeligt berettigede (stifteren) derimod som oftest – men ikke altid<sup>87</sup> – være en anden person end vindikanten (den begunstigede).

En mulig analogi i vindikations- og eksstinktionstilfælde er fuldmagtsforhold. En fuldmægtig anses for at være udstyret med en legitimation, hvilket indebærer at der reelt blot stilles krav om at en aftaleerhverver er i god tro, for at aftaleerhververen kan eksstingvere fuld-

85. Ved registrerbare aktiver, hvor det er muligt at indføre de begunstigedes ret i et register, er aftaleerhververne afskåret fra at eksstingvere de begunstigedes ret.

86. Se endvidere om en noget tilsvarende problemstilling *Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, s. 249ff.*

87. Som eksempel herpå kan nævnes den situation hvor stifteren tillige er begunstiget i trusten, men ej tillige trustee.

#### 4. Ejendomsretlige problemstillinger

magtsgiverens ret. Baggrunden for at tillade legitimationseksstinktion er, at det kan tilskrives den oprindeligt berettigede, at vedkommende har udstyret en anden person med en særlig legitimation, hvorved sidstnævnte over for omverdenen fremstår som værende berettiget til at disponere over det eller de relevante aktiver. Den oprindeligt berettigede anses således for at være nærmest til at bære risikoen for konsekvenserne af besidderens legitimation. Som nævnt oven for passer dette rationale dårligt ind, hvor vindikanten (den begunstigede) er en anden person end den oprindeligt berettigede (stifteren). Det ville være nærliggende i stedet at tillægge den begunstiges forhold betydning for, om vedkommende kan vindicere eller ej, men dette forekommer ikke at være hensigtsmæssigt, idet den begunstigede typisk ikke vil have nogen indflydelse på stiftelsen eller administrationen af trusten udover de almindelige beføjelser over for trustee såsom krav om aflæggelse af regnskab m.v. Det afgørende bør i trustforhold være, hvorvidt aftaleerhververen var i begrundet god tro om trustee rådighedsbeføjelse eller ej. Dette vil reelt indebære en vid adgang til eksstinktion ved trusts,<sup>88</sup> hvilket der også synes at være reale hensyn, der taler for, jf. generelt *W. E. von Eyben*:

»Nogle særlige synspunkter kan anføres til støtte for, at man i visse typetilfælde vil være mere tilbøjelig til at lade eksstinktion indtræde, end i andre. Undertiden er den oprindeligt berettigede typisk indforstået med, at erhververen disponerer lige så frit som den ejer, der ikke er hæmmet af begrænsninger i dispositionsadgangen af hensyn til andre. Dette vil gælde ved kommissionsaftaler, og det vil gælde ved overdragelse af den fulde ejendomsret, hvad enten denne overdragelse er knyttet til betingelser eller forudsætninger, eller aftalen er behæftet med ugyldighedsgrunde e.l.«, *Formuerettigheder*, 5. udg., 1977, s. 264. Det bør dog erindres i denne sammenhæng, at vindikanten i dennes egenskab af begunstiget som udgangspunkt ikke vil have nogen indflydelse på stiftelsen af trusten. *W. E. von Eyben* anfører da også s. 265: »Den anførte betragtnings vægt må dog ikke overvurderes. Undertiden lader det sig overhovedet ikke gøre at anvende kriterier. Dette er således tilfældet, når der er overdraget under visse betingelser eller forudsætninger af særlig karakter.«

88. På et punkt bør der foretages en indskrænkning, og det vedrører gavemodtageres adgang til at eksstingvere. Hensynene til at tillade eksstinktion for en aftaleerhverver, der erlægger en modværdi, er ganske anderledes end for en gavemodtager, der »blot« lider et tab bestående i skuffede forventninger. Dette gælder i særlig grad i relation til mulighed for tinglig surrogation hvor en gavemodtager netop ikke erlægger nogen modværdi. Jeg har mere udførligt kritiseret gavemodtageres adgang til at eksstingvere i *Succession*, 2001, s. 254ff.

### *XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

En vid eksstinktionsadgang i trustforhold bør kobles sammen med tinglig surrogation. Tinglig surrogation indebærer at de begunstigedes ret i aktivet (stamaktivet), der er overdraget til den godtroende aftaleerhverver, skifter til i stedet at være i surrogatet. På denne vis vil overdragelsen – i hvert fald i princippet – være neutral for de begunstigede. En eventuel værdiforskel m.v. vil de begunstigede kunne påtale over for trustee qua dennes breach of trust.

#### **4.5. Den begunstigedes kreditorer**

Den begunstigedes kreditorer kan søge sig fyldestgjort i den begunstigedes ret til trust-formuen. Der er imidlertid ikke tale om, at de begunstigedes kreditorer kan søge sig fyldestgjort i selve aktiverne i trusten, men derimod kun i selve den begunstigedes ret. På dette punkt minder forholdet om en aktionærs personlige kreditorer eller en interessents særkreditorer, idet kreditorerne i begge tilfælde kun kan holde sig til debtors ejerandel og ikke selve aktiverne i selskabet eller interessentskabet.

Den begunstigedes kreditorer erhverver ikke en bedre ret end den begunstigede og må således respektere de indskrænkninger og bindinger, der måtte hvile på den begunstigedes ret. Er der således tale om en discretionary trust, vil det afhænge af en nærmere undersøgelse af stiftelsesdokumentet, om den begunstigedes overhovedet har en ret til trust-formuen, der kan gøres til genstand for udlæg.

#### **4.6. Den begunstigedes aftaleerhververe**

Den begunstigedes ret til trust-formuen er som udgangspunkt frit overdragelig, det være sig ved gave eller gensidigt bebyrdende retshandel. Den begunstigede kan endvidere vælge at overdrage mindre stykker af sin ret, f.eks. hvor den begunstigede har et equitable estate in fee simple, kan den begunstigede overdrage et equitable estate in fee tail eller equitable life estate. Den begunstigede kan endda selv stifte en trust over sin equitable ret, en såkaldt sub-trust, hvor den begunstigede nu tillige er trustee i forhold til en anden begunstiget.

## 5. Familieformue- og arveretlige problemstillinger

### 5.1. Indledning

Det kan volde vanskeligheder at indpasse trustens særegne juridiske struktur i dansk rets familieformue- og arveretlige system. I modsætning til Danmark har Storbritannien blandt andet ikke regler om tvangsarv,<sup>89</sup> hvorfor engelsk ret af gode grunde ikke tager højde for de problemstillinger, der kan opstå i lande, der netop har regler om tvangsarv.

### 5.2. Familieformueretten

I mangel af modstående aftale mellem ægtefællerne eller tredjemandsbestemmelse om særeje har danske ægtefæller fælleseje. Udover rådighedsindskrænkninger indebærer reglerne om fælleseje, at der skal finde en lighedelig sted, når ægteskabet ophører.

Den første problemstilling er, om reglerne om fælleseje gælder for trustees ejendomsret til trust-formuen. Trustee kan på en række områder sidestilles med en ejer, men adskiller sig på en række andre områder væsentligt herfra. Såfremt reglerne om fælleseje fandt anvendelse på en gift trustees ret til trust-formuen ville dette i alvorlig grad indebære fare for de begunstigedes rettigheder til trust-formuen samt for en forsvarlig administration af denne. Der kan her drages en parallel til båndlæggelse af en gave, hvor arveladeren eller gavegiver har bestemt, at en fysisk person skal administrere båndlæggelsen. Uagtet at administratoren af båndlæggelsen ikke i dansk ret anses for at være ejer, har vedkommende dog en række af de samme beføjelser som trustee. Det ville også her være uforeneligt med gavegivers bestemmelse, såfremt de båndlagte midler blev anset for at udgøre administratorens formue og således omfattet af reglerne om fælleseje. Trust-formuen bør anses for at være en separat formuesfære, der skal holdes adskilt fra trustee private formuesfære.<sup>90</sup>

Det må være sikkert, at en dansk stifter kan træffe bestemmelse om de begunstigedes rettigheder, dvs. om den skal være fælleseje eller

---

89. Storbritannien har dog regler om dependants og maintenance, der har til formål at sikre arveladerens nærmeste »reasonable financial provisions«, jf. *Rasmus Kristian Feldthusen*, Tvangsarveretten ind for et nyt årtusinde, i Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999, s. 23ff.

90. Medmindre trustee selv er indsat som begunstiget i trusten.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

i stedet en af de forskellige særejevarianter. Det kan diskuteres, om stifterens bestemmelse om formueart træffes én gang for alle over trust-formuen, eller om stifteren kan træffe individuelle bestemmelser om formueart for hver enkelt begunstiget. Det vil givet være det mest overskuelige, såfremt stifterens bestemmelse skete én for alle, men så vidt ses er der ikke noget, der taler imod, at stifterens bestemmelse om formueart kan ske separat for hver enkelt begunstiget. Har stifter ikke truffet nogen bestemmelse om trust-formuens formueart, er denne fælleseje for de begunstigede. Dette aktualiserer spørgsmålet, om de begunstigedes rettigheder i trust-formuen skal lige deles, eller om rettighederne i stedet er af en sådan karakter, at de rettelig må anses for at være § 15, stk. 2-rettigheder. Vurderingen heraf må foretages på baggrund af en nærmere analyse af den enkelte begunstigedes ret. Fremtidige erhvervelser holdes uden for bodelingen.<sup>91</sup>

#### 5.3. Arveretten

I lighed med, hvad der er anført oven for 4.3.2. om adskillelse af trust-formuen fra trustees private formue, må trust-formuen være undtaget fra tvangsarvekrav fra trustees arvinger samt boslodskrav fra trustees eventuelle ægtefælle.

Det må bero på en nærmere vurdering af den enkelte begunstigedes ret, om den er omfattet af tvangsarvekrav fra den begunstigedes arvinger samt boslodskrav fra den begunstigedes eventuelle ægtefælle.<sup>92</sup> Afgørende i denne forbindelse må i første omgang være, hvorvidt den begunstigedes ret ophører ved den begunstigedes død eller i stedet falder i arv.

#### 5.4. Tidsmæssig udstrækning

Dansk ret har i Grundlovens § 84 og arvelovens § 68 bestemmelser om den tidsmæssige udstrækning af fideikommissar m.v.<sup>93</sup> Forbudene kan formentlig finde analog anvendelse på trusts.<sup>94</sup> Afgørende må

91. Jf. *Linda Nielsen og Vorstrup Rasmussen*, *Familieretten*, 3. udg., 2001, s. 296. Afgørende for hvorvidt en rettighed inddrages eller ej er således skæringstidspunktet.

92. Se nærmere om tvangsarvereglerne *Finn Taksøe-Jensen*, *Lærebog i arveret*, 2. udg., 2000, s. 216f.

93. Se om det legale anvendelsesområde for disse bestemmelser *Rasmus Kristian Feldthusen*, *Succession*, 2001, s. 78ff.

94. I common law betegnes regler om den tidsmæssige udstrækning af trusts for rule of perpetuities.

## 5. Familieformue- og arveretlige problemstillinger

derfor være, at stifteren af trusten ikke gyldigt successivt kan indsætte to eller flere ufødte personer som begunstigede i trusten.<sup>95</sup>

### 5.5. Generationsskifte

EU Kommissionen udsendte den 28. marts 1998 en meddelelse om overdragelse af små og mellemstore virksomheder (SMV'er).<sup>96</sup> I meddelelsen diskuteres det juridiske kontinuitetsprincip, og det anføres i denne forbindelse:

»Virksomhedernes kontinuitet ville også kunne forbedres gennem indførelse af en form for certificering af aktier/anparter i de nationale lovgivninger, som det er tilfældet i nederlandsk lovgivning (administratiekantoor); Man overvejer i øvrigt at indføre tilsvarende bestemmelser i Belgien.

Et endnu mere effektivt instrument ville være indførelsen af begrebet »trust«, som kendes fra engelsk ret, eller andre lignende former, som allerede er indført i Tyskland (Treuhandgesellschaft) og i Luxembourg (fiducie). Også i Belgien og Frankrig overvejer man at indføre fiducie-begrebet ...«<sup>97</sup>

Trusts er særdeles velegnet ved generationsskifte, idet det er muligt at placere aktiver (løsøre, personligt ejet virksomhed, aktier, m.v.) i trusten under ledelse af en eller flere trustees, der enten kan være familimedlemmer og/eller professionelle. Ved at placere midlerne i trusten er det endvidere muligt at undgå de problemer, der er forbundet med mindreårige arvinger, idet disse ikke må eje aktiver, af hvilke der kan udspringe gældsforpligtelser. I stedet for at være nødsaget til at sælge en personligt ejet virksomhed kan denne placeres i en trust, hvor trustee så kan drive denne indtil det tidspunkt, hvor arvingerne bliver myndige og eventuelt tillige har opnået en tilstrækkelig forretningsmæssig indsigt til at på forsvarlig vis at kunne fortsætte driften af virksomheden på egen hånd. Imens trusten eksisterer, er det kun tru-

---

95. Ved arv gælder forbudet, hvad enten de indsatte personer er beslægtet med stifteren eller ej, hvorimod forbudet ved gave kun gælder for personer, med hvilke stifteren er beslægtet, jf. vedrørende successionsrækkefølger *Rasmus Kristian Feldthusen, Succession*, 2001, s. 92.

96. (98/C 93/02). I meddelelsen anfører Kommissionen at det i nyere undersøgelser er konkluderet, at mere end 5 millioner virksomheder i EU, svarende til 30 pct. af alle virksomheder i EU, står over for at skulle overdrages i de kommende år. Det forventes ifølge disse undersøgelser, at ca. 30 pct. af disse virksomheder, dvs., 1,5 millioner, vil forsvinde som følge af dårlig forberedelse af deres overdragelse.

97. (98/C 93/05).

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

stee, der kan pådrage sig personlige forpligtelser. De begunstigede hæfter – i lighed med et aktie- eller anpartsselskab – kun med deres indskud. Trusten har tillige den fordel, at det ikke er nødvendigt at foretage en deling af arvemassen i umiddelbar tilknytning til arveladere ns død, idet arvingen som begunstiget i stedet får en ideel ejendomsret til trust-formuen bestående i arvemassen. Dette indebærer, at der er tilstrækkelig med tid til f.eks. at finde en køber og sælge virksomheden til en fornuftig pris som en going concern, i stedet for salg af virksomheden foretaget af dødsboet. Såfremt virksomheden ønskes bevaret, er der tillige tid til at finde den eller de bedst egnede af arvingerne til at føre virksomheden videre, samt finansiere udløsningen af den eller de andre arvinger.

Trustens anvendelsesmuligheder inden for generationsskifte bør give anledning til eftertanke i relation til eventuelle fremtidige overvejelser om at indføre trusts i dansk ret. Der kan hentes inspiration fra dansk rets successionsrækkefølge,<sup>98</sup> om end der er en række væsentlige forskelle mellem disse to retsinstitutter. Nogle af disse forskelle kan dog i et begrænset omfang udviskes ved at stifteren træffer bestemmelse om at indsætte en forvalter eller bestyrer, der får til opgave at varetage de funktioner, der normalt varetages af trustee i en engelsk trust.

En successionsrækkefølge stiftes ved en privat viljesbestemmelse (gavebrev eller testamente) hvor gaved giver eller testator bestemmer, at et eller flere formuegoder eller rettigheder overgår til en fysisk eller juridisk person på første plads (successor), men således at formuegoderne eller rettighederne ved udløbet af en tidstermin eller opfyldelse af en betingelse går videre til en eller flere på anden plads indsatte personer (antecessor). Successor bliver resolutivt betinget eller tidsbestemt ejer, og antecessor suspensivt betinget eller tidsbestemt ejer af værdierne i successionsrækkefølgen.<sup>99</sup>

En stifter kan i stiftelsesdokumentet træffe bestemmelse om indsættelse af en forvalter eller en bestyrer, der får til opgave at varetage de administrative funktioner i successionsrækkefølgen, således at successor og antecessor formelt set kan sammenlignes med de begunstigede i en trust. I modsætning til en engelsk trust vil forvalteren

98. Betegnelsen successionsrækkefølge erstatter den nu forældede betegnelse fideikommissarisk substitution, jf. *Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, s. 47ff.*

99. Se nærmere om successionsrækkefølger *Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001.*

## 5. Familieformue- og arveretlige problemstillinger

eller bestyreren ikke være ejer, idet ejendomsretten til værdierne i successionsrækkefølgen er hos successor og antecessor. Forvalteren eller bestyreren vil dog kunne have beføjelse til at råde over værdierne i successionsrækkefølgen. Forvalteren eller bestyrerens beføjelser vil dog give anledning til visse problemer med hensyn til successor og antecessors retsbeskyttelse over for forvalterens eller bestyrerens aftaleerhververe og kreditorer.

Ved at benytte successionsrækkefølger samt overbygningen bestående i indsættelse af en forvalter eller bestyrer, er det muligt at opnå nogle af de fordele, der ellers normalt er forbeholdt trusten. Dette kendes allerede i tysk ret, hvor den tyske pendant til dansk rets successionsrækkefølge betegnet *Vor- und Nacherbschaft* kombineres med indsættelse af den tyske pendant til dansk rets bobestyrer i form af *Testamentsvollstrecker*.<sup>100</sup> Tysk ret har på dette område store ligheder med den engelske trust, hvorfor tysk ret kort beskrives i det følgende.

*5.5.1. Tysk ret. Vor- und Nacherbschaft samt Testamentsvollstreckung.* Tysk rets pendant til successionsrækkefølgen er udførligt beskrevet i bogen *Succession*, hvortil henvises.<sup>101</sup>

Testamentsvollstreckung foreskrives af arveladeren og består i en forvaltning af hele eller en del af arvemassen, med det formål at føre arveladerens sidste vilje ud i livet.<sup>102</sup> Testamentsvollstrecker er indehaver af et privatretligt embede og kan således træffe formueretlige dispositioner over dødsboets aktiver. Dette har fået Bundesgerichtshof til at sammenligne Testamentsvollstrecker med Treuhänder.<sup>103</sup> Testamentsvollstrecker handler i eget navn ud fra de af arvelader udstukne forskrifter, og Testamentsvollstrecker er således uafhængig af arvingerne. Testamentsvollstrecker bliver ikke personlig forpligtet ved sine dispositioner, men disse binder i stedet arvingerne al den stund, at Testamentsvollstrecker kan træffe dispositioner over arvemassen.

100. Hvervet som Testamentsvollstrecker kan varetages af såvel fysiske som juridiske personer, se e contrario BGB § 2222.

101. *Rasmus Kristian Feldthusen*, *Succession*, 2001, bl.a. s. 51ff., s. 180ff. og s. 292ff.

102. Se *Karl Haegeler* og *Karl Winkler*, *Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht*, 14 udg., 1996, s. 31.

103. Bundesgerichtshof, *Entscheidungen in Zivilsachen* (BGHZ) 25, 257, 259; BGH NJW 1983,40, jf. *Carsten Thomas Ebenroth*, *Erbrecht*, 1992, s. 417 note 3. Se om Treuhand neden for kapitel XVI, 7.2.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

Testamentsvollstrecker handler således til fordel for og med virkning for arvingerne. Testamentsvollstrecker er ikke en stedfortræder eller repræsentant for dødsboet, idet dødsboet i tysk ret ikke har nogen retsevne. Testamentsvollstrecker er ej heller repræsentant for dødsboets kreditorer, idet han ikke er udpeget af disse. Testamentsvollstrecker er endelig ikke repræsentant for arvingerne, idet han kan træffe beslutninger og foretage dispositioner, der går i mod disse. Testamentsvollstrecker er en selvstændig institution, hvis opgave og funktion det er at føre arveladerens sidste vilje ud i livet.

Testamentsvollstrecker har som udgangspunkt *Abwicklungsvollstreckung* for øje, hvormed forstås afvikling af arveladers dødsbo. For at kunne nå dette mål er forvaltningen af dødsboet i medfør af BGB § 2205, 1. pkt., overladt Testamentsvollstrecker.<sup>104</sup>

Testamentsvollstrecker er bemyndiget til at føre proces,<sup>105</sup> at indgå visse aftaler,<sup>106</sup> at udstede kreditorproklama, at afholde tvangsauktion samt at fremsætte anmodning om konkursbehandling og offentlig skifteforvaltning.<sup>107</sup> Testamentsvollstrecker kan herudover reelt foretage alle retlige og faktiske foranstaltninger, der vedrører dødsboet.<sup>108</sup>

Testamentsvollstreckerens embede ophører når denne afgår ved døden, såfremt vedkommende er en fysisk person.<sup>109</sup> I modsætning til hvad der gælder i engelsk ret er embedet ikke arveligt. Dog er det interessant at bemærke, at Testamentsvollstreckerens arvinger i medfør af BGB §§ 2218, stk. 1 og 673, 2. pkt., er forpligtet til at gøre arveladerens arvinger opmærksomme på dødsfaldet, og i nødstilfælde at påtage sig embedet som Testamentsvollstrecker, såfremt en udsættelse med henblik på udpegelse af en ny Testamentsvollstrecker vil være forbundet med fare for dødsboets formue. Det er ligefrem i BGB § 2218, stk. 2, fastsat, at såfremt Testamentsvollstreckerens arvingers varetagelse af embedet som Testamentsvollstrecker varer i længere tid, er arvingerne berettigede til at modtage et årligt vederlag for deres administration.

104. I henhold til BGB § 2205, 2. pkt. er Testamentsvollstrecker nærmere: «... berechtigt den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen.» Rent fysisk og faktisk besiddelse finder almindeligvis ikke sted. I nødstilfælde vil Testamentsvollstrecker dog kunne tage aktiverne i sin varetægt, jf. *Carsten Thomas Ebenroth*, *Erbrecht*, 1992, s. 432.

105. BGB §§ 2212f.

106. BGB §§ 2206ff.

107. Jf. *Hans Brox*, *Erbrecht*. 12. udg., 1998, s. 252.

108. Jf. *Hans Brox*, *Erbrecht*. 12. udg., 1998, s. 252.

109. BGB § 2225. Testamentsvollstrecker kan også være en juridisk person.

## 5. Familieformue- og arveretlige problemstillinger

Den største lighed med den engelske trust er hvor stifteren – udover at oprette Vor- og Nacherbschaft – træffer bestemmelse om *Nacherben-Testamentsvollstreckung*, hvilket er en bobestyrer hvis funktioner tidsmæssigt kan strække sig ud over en del af eller hele perioden for Vor- og Nacherbschaft:<sup>110</sup>

»It follows that if a testator combines *Nacherbfolge* or *gemeinschaftliches Testament* and the appointment of a *Testamentsvollstrecker*, whis is frequently done, the practical results will be very similar to those achieved in the common law by a testamentary trust.«<sup>111</sup>

Ved *Nacherben-Testamentsvollstreckung* kan testator træffe bestemmelse om, at der anordnes *Testamentsvollstreckung* alene for forarvingen eller alene for efterarvingen, indtil tidspunktet for efterarvefaldet er indtrådt, jf. BGB § 2222.<sup>112</sup> Testator kan også bestemme, at *Testamentsvollstreckung* skal anordnes i tiden efter at efterarvefaldet er indtrådt, eller for hele den periode Vor- og Nacherbschaft varer.

Såvel en tredjemand som efterarvingen eller en medefterarving kan være *Testamentsvollstrecker* for forarvingen. En medforarving kan ligeledes udpeges som *Testamentsvollstrecker*.<sup>113</sup> Forarvingstestamentsvollstrecker er som sådan underlagt de samme begrænsninger, der gælder for en forarving, se princippet i BGB § 2113. Har testator truffet bestemmelse om befriete Vorerbschaft, udvides *Testamentsvollstreckers* dispositionsbeføjelser i tilsvarende omfang. I det interne forhold mellem *Testamentsvollstrecker* og befriete Vorerbschaft, gør det imidlertid ikke nogen forskel, at forarvingen er en befriete Vorerbe. *Testamentsvollstreckung* tjener det formål, at beskytte arvemassen mod forarvingens kreditorer i medfør af princippet i BGB § 2214. I medfør af BGB § 2214 er arvingernes private kreditorer – til forskel fra dødsbokreditorerne – afskåret fra at søge sig fyldestgjort i de akti-

---

110. Jf. BGB § 2222. [Nacherbenvollstrecker] Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zwecke ernennen, dass dieser bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt.

111. *Hein Kötz* i *Principles of European Trust Law*, D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann og H.L.E. Verhagen (red.), 1999, s. 87.

112. *Testamentsvollstreckung* findes også i en anden udgave i form af *Dauer-Testamentetsvollstreckung*.

113. Er der kun én forarving, kan denne *ikke* udpeges til at være *Testamentsvollstrecker*.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

ver, der er omfattet af Testamentvollstreckerers administration.<sup>114</sup> Er testamentsvollstreckung tillige anordnet for efterarvingen, vil efterarvingen tillige være beskyttet af princippet i BGB § 2214, hvilket er en udvidelse af beskyttelsen i forhold til BGB § 2115. I medfør af BGB § 2115 er forarvingens kreditorer afskåret fra at søge sig fyldestgjort i dén arvemassen, om hvilken arveladeren har truffet bestemmelse om Vor- und Nacherbschaft. Forbuddet gælder imidlertid først når og såfremt efterarvingens ret aktualiseres, og kun såfremt efterarvingens ret dermed begrænses eller helt ophører. Forarvingens kreditorer kan derfor godt foretage udlæg med respekt af efterarvingens ret.<sup>115</sup>

Testamentsvollstrecker træder i det hele i forarvingen og/eller efterarvingens sted. Dog er Testamentvollstrecker afskåret fra at overdrage efterarvingens ret<sup>116</sup> til forarvingen eller tredjemand.

Testamentsvollstrecker er ikke ejer af værdierne i dødsboet, men han er beføjet til at disponere over disse. Dette aktualiserer spørgsmålet om hvorledes arvingerne er stillet over for Testamentvollstreckerers aftaleerhververe og kreditorer. Vedrørende Testamentvollstreckerers aftaleerhververe må der sondres mellem om disse har ydet vederlag eller ej.

Tages der udgangspunkt i Testamentvollstreckerers vederlagsfri overdragelser følger det af BGB § 2205, 3. pkt., at Testamentvollstrecker kun er berettiget til at yde gaver, såfremt disse går til opfyldelse af en moralsk forpligtelse eller er ydet med henblik på at betænke et sådant formål.<sup>117</sup> Bestemmelsen er præceptiv og arveladeren kan ikke fravige denne i sit testamente.<sup>118</sup> Har Testamentvollstrecker ydet en gave, der ikke var til opfyldelse af en moralsk forpligtelse eller for at betænke et sådant formål, er gaven *absolut unwirksam*.<sup>119</sup> Absolut uvirksomhed indebærer, at gaven kan kræves udleveret fra selv en godtroende gavemodtager. Gavemodtager anses slet ikke for at have erhvervet nogen

---

114. BGB § 2214. [Eigengläubiger des Erben] Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, können sich nicht an die der Verwaltung des Testamentvollstreckerers unterliegenden Nachlassgegenstände halten.

115. Se nærmere om BGB § 2115 Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, s. 204f.

116. Efterarvingens ret betegnes i tysk ret Anwartschaftsrecht.

117. Dette gælder dog ikke hvor Testamentvollstrecker udrede legater, idet arvingernes hæftelse for legatet ved Testamentvollstrecker disposition ophæves. Den nødvendige gensidighed mellem ydelser anses således for at foreligge.

118. BGB §§ 2207, 2. pkt. og 2220.

119. Jf. Carsten Thomas Ebenroth, Erbrecht, 1992, s. 435.

## 5. Familieformue- og arveretlige problemstillinger

ret til genstanden. På dette punkt har tysk ret en slående lighed med engelsk rets regler om trustees, der in breach of trust vederlagsfrit overdrager trust aktiver til tredjemand, se hertil *William F. Fratcher*:

»In practice the positions of *Testamentsvollstrecker* and trustee are very similar. Thus, a disposition of the *Testamentsvollstrecker* which is in breach of his duties will be valid only where the third party is a *bona fide* purchaser for valuable consideration.«<sup>120</sup>

Se også *Hein Kötz*:

»Hat der trustee *unentgeltlich* über Nachlassgegenstände verfügt, so wird der Erweber auch dann constructive trustee, wenn er gutgläubig ist. Zum gleichen Ergebnis kommt das deutsche Recht gemäss § 2205 Satz 3 BGB: Uentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers sind grundsätzlich unwirksam; der gute Glaube des Erwerbers ist unbeachtlich.«<sup>121</sup>

Testamentsvollstrecker kan også handle uretmæssigt ved gensidigt bebyrdende retshandler. Dette kan forekomme, når dispositionen er i strid med en ordentlig forvaltning eller hvor arveladeren i sit testamente udtrykkelig har foreskrevet, at visse dispositioner ikke må foretages af Testamentsvollstrecker. De tyske domstole har i en række tilfælde haft lejlighed til at tage stilling til, hvorledes erhververen og arvingerne er stillet overfor hinanden. Domstolene er kommet frem til, at gensidigt bebyrdende retshandler indgået af Testamentsvollstrecker med en aftaleerhverver, i strid med en ordentlig forvaltning eller arveladerens forskrifter, har gyldighed overfor arvingerne, såfremt aftaleerhververen hverken vidste eller burde vide, at Testamentsvollstrecker handlede i strid med sine beføjelser.<sup>122</sup> Se hertil *Heinrich Lange* og *Kurt Kuchinke*:

»Die Rechtssprechung hat jedoch in beiden Fällen<sup>123</sup> das Gesetz fortentwickelt. Bei *Missbrauch der Verfügungsmacht* (§§ 2206 Abs. 1 Satz 2, 2205 Satz 1)

120. *William F. Fratcher*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, Property and Trust, Chapter 11, Trust, s. 106.

121. *Hein Kötz*, *Trust und Treuhand*, 1962, s. 101.

122. RGZ 75, 299, RGZ 83, 348, RGZ 130, 131 og RGZ 130, 131, 134. Se hertil *Hein Kötz*, *Trust und Treuhand*, 1962, s. 99f.

123. Det ene tilfælde er hvor Testamentsvollstrecker savnede ret til at råde over det pågældende aktiv og det andet tilfælde er hvor Testamentsvollstrecker havde handlet i strid med en ordentlig forvaltning.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

wendet sie den im Vertretungsrecht entwickelten Rechtsgedanken an, wonach ein Dritter keine Rechte geltend machen kann, wenn er die Missbräuchliche Ausübung der Befugnisse des Vertreters kannte oder hätte erkennen müssen.«<sup>124</sup>

Var aftaleerhververen i ond tro, vil arvingerne i kraft af at være ejere af dødsboaktiverne, kunne vindicere aktiverne fra den ondtroende aftaleerhverver.<sup>125</sup> Aftaleerhververen er i stedet henvist til at gøre et krav gældende mod Testamentsvollstrecker for den af aftaleerhververen erlagte ydelse.

Arvingerne erhverver ved arveladerens død en ejendomsret over dødsboets aktiver efter arveladerens nærmere bestemmelser herom. Er dødsboets væsentligste aktiv således f.eks. et bankindestående på DEM 1.000.000, der skal fordeles ligeligt til arvingerne, tilhører det indestående beløb arvingerne i forening. Træffer Testamentsvollstrecker nu en disposition over dette indestående i strid med arveladerens bestemmelse, vil arvingerne kunne vælge mellem vindikationsbestemmelsen i BGB § 985 eller ud fra en analogi af surrogationsbestemmelsen i BGB § 2041. Adgangen til at påberåbe sig Surrogationsbestemmelsen indebærer en betydelig styrkelse af arvingernes position i forhold til Testamentsvollstrecker i de tilfælde, hvor arvingerne er afskåret fra at gøre krav gældende mod tredjemand. Herudover må surrogationsprincippet antages at have en præceptiv virkning, idet Testamentsvollstrecker så at sige altid antages at handle på vegne af dødsboet, selv om provenuet ikke af Testamentsvollstrecker var tiltænkt dødsboet. Såfremt provenuet ikke fuldt ud dækker arvingernes krav, er gået til grunde eller ikke kan identificeres, kan arvingerne gøre Testamentsvollstrecker erstatningsansvarlig for tabet.<sup>126</sup>

Som det ses er der en række slående ligheder mellem tysk og engelsk ret.<sup>127</sup>

Testamentsvollstreckers private kreditorer er afskåret fra at søge sig

124. *Heinrich Lange* og *Kurt Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. udg., 1995, s. 661.

125. BGB § 985.

126. BGB § 2219.

127. Handler en trustee in breach of trust ved at indgå en gensidigt bebyrdende retshandel, og er erhververen en bona fide purchaser for valuable consideration without actual or constructive notice, er den eller de begunstigede afskåret fra at gøre krav gældende mod aftaleerhververen. Endvidere er det i tysk ret muligt at spore (trace) aktiver ind i Testamentsvollstreckers hånd i kraft af en analogi af surrogationsbestemmelsen i BGB § 2041.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

fyldstgjort i dødsboaktiverne, eftersom Testamentsvollstrecker ikke er ejer af disse. Kreditorerne erhverver ikke en bedre ret til dødsboaktiverne end Testamentsvollstreckerens ret. Aktiverne er således beskyttet såvel mod individual- som universalforfølgning. Det kan i denne forbindelse nævnes, at indledes der en personlig konkursbehandling af Testamentsvollstrecker, anses dette af skifteretten som værende en omstændighed, der gør Testamentsvollstrecker uegnet til fortsat at bestride dette hverv.<sup>128</sup>

## 6. Skatteretlige problemstillinger

Interessen for trusts har i dansk ret hovedsageligt været koncentreret inden for skatteretten. Således foreligger der flere administrative afgørelser<sup>129</sup> samt tidsskriftsartikler,<sup>130</sup> og i de seneste år er trusts dukket op direkte i danske skattelovgivning i form af værneregler, se fondsbeskatningslovens § 3 A, kildeskattelovens § 2, stk. 9, ligningslovens § 16 H, stk. 1 og selskabsskattelovens § 2, stk. 5, og § 32, stk. 1.<sup>131</sup>

### 6.1. Skatteretlig kvalifikation

*Erik Werlauff* opstiller i sin artikel Trust, Anstalt og Fond tre løsningsmodeller på konflikten mellem dansk ret og angloamerikansk ret vedrørende trusten. De tre løsningsmodeller er 1) Hovedsædebetragtning, 2) Analogibetragtning og 3) Nullitetsbetragtning. *Erik Werlauff* afviser med rette nullitetsbetragtningen og koncentrerer sig herefter om de to første løsningsmodeller. *Erik Werlauff* tilslutter sig analogibetragtningen, idet *Werlauff* anser de danske fondsbegreber for at

128. *Karl Haegeler og Karl Winkler*, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 14 udg., 1996, s. 369.

129. SKDM 1967, 8, SKDM 1967, 18, TfS 1984, 131, TfS 1992, 425 LSR. TfS 1994, 605 og TfS 2000, 209 LSR.

130. *Michael Frank*, TfS 1988, 584, *Thøger Nielsen*, TfS 1989, 213, *Aage Michelsen*, Revisions og Regnskabsvæsen 1992, 247 SM, *Erik Werlauff*, *Aage Michelsen*, Revisions og Regnskabsvæsen, 1992, nr. 11, 247 SM og *samme* Revisions og Regnskabsvæsen 1994, nr. 10, s. 273 SM og *Erik Werlauff*, UfR 1997.B96.

131. Trusts er endvidere nævnt flere steder i ligningsvejledningen, jf. således LV 2000: A.B.6.4., A.D.1.14., D.A.2.4., S.D.4.22., S.G.20.3., S.H.14.3. og S.I.2.2.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

være internationalt præceptive.<sup>132</sup> Som en konsekvens af analogibetraktningen skal en udenlandsk trust ifølge *Erik Werlauff* bedømmes efter danske fondsretlige principper, hvilket indebærer at følgende betingelser bliver afgørende for gyldigheden af trusten:

1. hvorvidt trusten har et særskilt formål,
2. hvorvidt trusten har aktiver i tilstrækkeligt omfang til at varetage sit formål, samt at disse aktiver definitivt skal være udskilt fra stifterens formuesfære, og
3. trusten har en af stifteren principielt uafhængig ledelse.

Disse betingelser vil i et betydeligt omfang indebære, at udenlandske trusts underkendes i dansk ret,<sup>133</sup> idet en sammenligning mellem fonde og trusts er som at sammenligne pærer og appelsiner, og er således på forhånd dømt til at mislykkes.<sup>134</sup> Hertil kommer at der savnes grundlag for at opstille sådanne strenge krav som betingelse for, at en sammenslutning kan være et selvstændigt skattesubjekt. Betingelserne for, at der foreligger en fond, er udelukkende civilretlige. Det har således ingen betydning for afgørelsen af, om en sammenslutning er selvstændigt skattesubjekt eller ej, at der har fundet en uigenkaldelig adskillelse af formuen sted. Denne betingelse vil reelt indebære, at aktie og anpartsselskaber,<sup>135</sup> certifikatudstedende udloddende investeringsforeninger,<sup>136</sup> andre foreninger m.v.<sup>137</sup> ikke opfylder betingelsen om at være selvstændige skattesubjekter. Der ses endvidere ikke generelt at blive foretaget en prøvelse af, om en sammenslutning har en tilstrækkelig formue til at varetage sit formål, som betingelse for selvstændig skattesubjektivitet. En sådan prøvelse ville kunne ramme en udenlandsk sammenslutning, der for eksempel har til formål at foretage investeringer i større københavnske erhvervsejendomme, men

---

132. *Erik Werlauff* vil dog holde den situation hvor fonden er oprettet i udlandet af en stifter, der ikke er hjemmehørende i Danmark, uden for analogibetraktningen og i stedet anvende hovedsædebetraktningen, jf. UfR 1997B.s.101.

133. Underkendelse af trusten i skatteretlig henseende indebærer, at enten stifteren eller de begunstige er skattesubjekt(er) i relation til trust-formuens afkast samt gevinster og tab.

134. Se også oven for 2.3.

135. Selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1.

136. Selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 5a.

137. Selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 6.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

som »kun« har en formue på 5 mio. kr. Betingelsen om en af stifteren principielt uafhængig ledelse er en civilretlig betingelse for fonde, og har som sådan ikke betydning for den skatteretlige kvalifikation. Dansk skatteret har da også taget det modsatte standpunkt, hvorefter f.eks. foreninger anses for at være selvstændige skattesubjekter selvom hverken kravet om uigenkaldelig adskillelse af formue, tilstrækkelige aktiver til varetagelse af sit formål eller en af stifteren principiel uafhængig ledelse er opfyldt.<sup>138</sup> Under hensyntagen til, at trusten i common law staterne anses for at være forskellig fra foundations (fonde), samt at der stadig gælder en vis grad af aftalefrihed på selskabs- og foreningsrettens område, bør afgørelsen af, om en trust er et selvstændigt skattesubjekt, ske på grundlag af de almindelige begreber inden for skatteretten, hvilke har rødder i civilretten, og ikke på grundlag af om de (civil-)retlige krav til en fond er opfyldt eller ej.<sup>139</sup> *Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen og Finn Taksø-Jensen* opremser de kriterier, der i praksis tillægges betydning ved afgørelsen af, om en sammenslutning er et selvstændigt skattesubjekt:<sup>140</sup>

- deltagernes hæftelse for sammenslutningens forpligtelser,
- deltagernes antal samt reglerne for deres indtræden og udtræden af sammenslutningen,
- ledelsen af sammenslutningen,
- sammenslutningens kapitalgrundlag,
- sammenslutningens vedtægter, og
- sammenslutningens regnskaber.

Det bemærkes, at kriterierne ikke enkeltvis er afgørende for, om en sammenslutning er et selvstændigt skattesubjekt.

138. De af *Erik Werlauff* opstillede betingelser kan endvidere i betydelig grad gøre det lidet attraktivt for udenlandske selskaber, der anses at være selvstændige skattesubjekter i deres hjemland, at flytte til Danmark, hvor der i så fald ville eksistere en reel risiko for underkendelse af selvstændig dansk skattesubjektivitet.

139. »I de tilfælde, hvor en sammenslutning er indrettet inden for de grænser, der sættes af lovgivningen, men hvor sammenslutningen ikke kan henføres til en af de former, der er nærmere definerede i skattelove eller i anden lovgivning, f.eks. aktie- eller anpartsselskaber, må der på baggrund af forskellige kriterier tages stilling til, om sammenslutningen er et selvstændigt skattesubjekt«, *Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen og Finn Taksø-Jensen*, *Skatteret – Speciel del 2001-2002*, 2. udg., 2001, s. 446.

140. *Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen og Finn Taksø-Jensen*, *Skatteret – Speciel del 2001-2002*, 2. udg., 2001, s. 446.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

Vedrørende hæftelse lægges der i praksis vægt på, om deltagerne fuldt ud hæfter personligt for sammenslutningens forpligtelser eller i stedet kun begrænset, idet sidstnævnte som hovedregel fører til, at sammenslutningen anses for at være et selvstændigt skattesubjekt. I en trust hæfter trustee direkte og personligt for de forpligtelser han som trustee har indgået, medmindre han over for aftaleerhververen klart har tilkendegivet, at han handler i sin egenskab af at være trustee, i hvilket tilfælde aftaleerhververen som udgangspunkt kun kan søge sig fyldestgjort i trust-formuen. De begunstigedes hæftelse er begrænset i den forstand, at de kun hæfter med deres respektive andele i trust-formuen. De begunstigedes private kreditorer kan ikke gøre krav gældende direkte mod trust-formuen, men må i stedet rette deres krav mod de begunstigedes ret til trust-formuen, hvilken ret står tilbage for trust-kreditorerne.<sup>141</sup> Trusten minder således om kommanditselskabet, hvor komplementaren hæfter personligt, hvorimod kommanditisterne kun hæfter med deres respektive indskud.<sup>142</sup> Uagtet kommanditisternes begrænsede hæftelse anses kommanditselskabet imidlertid ikke for at være et selvstændigt skattesubjekt.<sup>143</sup> Under hensyntagen til lighederne mellem kommanditselskabet og trusten bør kriteriet om hæftelse ikke uden videre føre til, at trusten anses for at være et selvstændigt skattesubjekt.

At antallet af deltagere i en sammenslutning har betydning for afgørelsen af om en sammenslutning har selvstændig skattesubjektivitet eller ej er tilkendegivet af Skatteministeriet i TfS 1984, 434. *Henrik Dam Kjeld Hemmingsen* og *Finn Taksøe-Jensen* stiller med rette spørgsmålstejn ved hvilken betydning det bør have for en sammenslutnings selvstændige skattesubjektivitet, at der er meget få<sup>144</sup> – eller for den sags skyld mange – deltagere. Det synes i øvrigt ikke at være afklaret, om deltagerantallet beregnes ved antallet af f.eks. komplementarer (trustees) eller i stedet antallet af f.eks. kommanditister (be-

141. En trust-kreditor har et krav mod trustee for forpligtelser, som trustee har indgået som led i trustees forvaltning af trusten.

142. Se nærmere om sammenligningen mellem trusten og kommanditselskabet oven for 2.4.

143. Jf. *Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen og Finn Taksøe-Jensen*, *Skatteret – Almen del 2001-2002*, 3. udg., s. 472. Se også *Aage Michelsen*, *Kommanditselskabet – skatteretligt belyst*, *Revisions- og Regnskabsvæsen*, 1974, s. 223ff.

144. *Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen og Finn Taksøe-Jensen*, *Skatteret – Speciel del 2001-2002*, 2. udg., 2001, s. 446.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

gunstige) eller både og. Kriteriet forekommer ikke at være egnet, og synes i øvrigt ikke at virke reciprokt, idet et stort antal deltagere ikke eo ipso peger i retning af, at den pågældende sammenslutning har selvstændig retssubjektivitet.

Deltagernes indtræden og udtræden som et relevant kriterium blev tillige tilkendegivet af Skatteministeriet i TfS 1984, 434. Af betydning i denne henseende er ifølge Skatteministeriet, at optagelse af nye deltagere sker efter objektive kriterier, eller eventuelt således at medlemsadgangen er helt fri. Endvidere har det betydning om en deltagers udtræden er uden retslig betydning for sammenslutningens beståen, og giver ikke den udtrædende krav på nogen del af dennes formue. Bortses der fra bl.a. kommercielle trust og trusts med pensionsopsparingsformål vil indtræden i en privat trust oprettet af en stifter ved testamente eller gavebrev formentlig være udelukket, medmindre den begunstige kan overdrage sin ret til tredjemand. Der er i så fald kun mulighed for indtræden i forbindelse med udtræden. Udtræden af en privat trust kan enten ske ved at den begunstige overdrager sin ret til tredjemand, eller ved at den begunstige giver afkald på sin ret. Udtræden *kan* have retslig betydning for trusten, men behøver på den anden side ikke at have det. Indtræden og udtræden samt udskiftningsfrekvens *kan* have retslig betydning for en trust afhængig af, om der er tale om en kommerciel trust, trusts med pensionsopsparingsformål eller en privat trust. I praksis vil ændringer i kredsen af begunstige have størst betydning for en privat trust, hvorfor dette kriterium ofte vil pege i retning af, at en privat trust ikke har selvstændig skattesubjektivitet.

Endnu et kriterium er hvorvidt sammenslutningen har et ledelsesorgan, jf. bl.a. TfS 1985, 549 LSR og TfS 2000, 455 LR. Det er umiddelbart vanskeligt at anse trustee for at udgøre et ledelsesorgan. På den ene side må det medgives, at trustee er enerettiget til at råde over trust-formuen og at han herudover har en række forpligtelser i form af aflæggelse af regnskab samt indhentning af informationer til brug for de begunstige. På den anden side er trustee i en privat trust, oprettet af en stifter ved testamente eller gavebrev, ofte ikke tiltænkt rollen som et ledelsesorgan, men snarere som en art bestyrer eller forvalter, i stil med den funktion som et forvaltningsinstitut eller en privatperson kan have i relation til en båndlagt kapital. På den anden side kan en trustee i f.eks. en kommerciel trust tillige have en ledelsesmæssig funktion.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

Kriteriet om indskudskapital skal ses i lyset af, at der selskabs- og foreningsretligt ikke er noget til hinder for at stifte visse sammenslutninger helt uden kapital.<sup>145</sup> I relation til trusts er det en grundlæggende betingelse for at en trust er gyldigt stiftet, at et eller flere formuegoder samtidig inddrages under denne. Det kan diskuteres om overdragelse af aktiver til trustee med det formål, at trustee skal forvalte disse til fordel for en kreds af begunstigede, terminologisk kan sammenlignes med indskudskapital. En sådan sammenligning forekommer mere nærliggende ved kommercielle trusts<sup>146</sup> og trusts med pensionsopsparringsformål. Et yderligere kriterium er hvorvidt den enkelte deltager ved udtræden af sammenslutningen har krav på en andel af sammenslutningens formue, jf. TfS 1999, 419 H. Har den enkelte deltager krav på dette, fjerner sammenslutningen sig fra at have selvstændig skattesubjektivitet. »Udtræden« af en privat trust vil normalt ikke komme på tale. Enten giver den begunstigede afkald på sin ret eller så overdrager den begunstigede sin ret til en tredjemand.<sup>147</sup>

Vedtægter vil som udgangspunkt ikke forekomme i private trusts, idet stifterens oprettelsesdokument så at sige udgør rygraden i trusten. Regnskabsoplysninger udarbejdes på de begunstigedes forlangende, medmindre stifteren har foreskrevet andet, f.eks. aflæggelse af årsregnskab. Regnskabsoplysningerne er fortrolige og er alene til de begunstigedes brug.

Gennemgangen af kriterierne for selvstændig skattesubjektivitet oven for peger i retning af, at den private trust – i lighed med kommanditselskabet – ikke har selvstændig skattesubjektivitet. Det skal dog holdes for øje, at trusten ikke er en entydig størrelse, men findes i mange forskellige udformninger. Således er der en række momenter, der peger i retning af, at en kommerciel trust *kan* være et selvstændigt skattesubjekt i dansk skatteret, og således være omfattet af selskabs-skattelovens § 1, stk. 1, nr. 6.

---

145. Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen og Finn Taksøe-Jensen, Skatteret – Speciel del 2001-2002, 2. udg., 2001, s. 463.

146. En kommerciel trust (business trust) anses dog i civilretlig henseende ikke for at være en juridisk person i common law staterne, jf. Donald T. Trautman, Study on business trusts and charitable trusts, i Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, 1985, s. 112.

147. En trust vil dog kunne bringes til ophør af de begunstigede i medfør af princippet i sagen *Saunders v Vautier*.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

*Thøger Nielsen* anfører om sammenligningen mellem fonde og trusts:

»En overfladisk parallelisering med hjemmevante begreber – her blandt andet i form af en falsk sidestilling af fond og trust – er ikke egnet til at føre til holdbare resultater.«<sup>148</sup>

*Thøger Nielsen* anfører videre:

»Når man på denne baggrund vender tilbage til stillingen i dansk beskatning viser det sig, at man på et centralt punkt, uanset den afgørende forskel mellem fond og trust, når til samme resultat, nemlig at hovedopgaven består i at fastslå, om der har fundet en reel og utilbagekaldelig overdragelse sted, men i samme øjeblik man søger at danne sig en mening herom, må man gøre sig den principielle forskel på de to situationer klar: Medens man ved fondsoverdragelser måske vil hæfte sig ved, hvilke krav man skal stille til erhververens selvstændighed som juridisk person betragtet, falder hele denne tvivlsmulighed bort, når der foreligger en trustoverføring. Hvad enten trustee er en fysisk person, eller, som det ofte forekommer i nutiden, et professionelt trustselskab, er spørgsmålet om modtagerens selvstændighed og retsevne hævet over enhver diskussion. Tilbage står ved trustoverføringen alene undersøgelsen af overføringen endelige og forbeholdsløse karakter.«<sup>149</sup>

Der må gives *Thøger Nielsen* medhold i at en sammenligning mellem fonde og trusts ikke er holdbar.<sup>150</sup> Helt centralt er ifølge *Thøger Nielsen* en undersøgelse af den endelige og forbeholdsløse karakter af overdragelsen fra stifteren til trustee. Såfremt overdragelsen til trustee er uigenkaldelig, opstår der som sådan ikke nogen skatteretlige problemer af betydning, idet stifteren ikke længere kan anses for at være det relevante skattesubjekt. Er overdragelsen derimod ikke uigenkaldelig, beror de skatteretlige konsekvenser på dansk skatterets almindelige principper om betingede eller tidsbestemte rettigheder. *Thøger Nielsen* er nok lidt for kategorisk vedrørende konsekvenserne af, at en overdragelse ikke er endelig og forbeholdsløs.

*Thøger Nielsen* diskuterer ikke den problemstilling, hvor stifteren indsætter sig selv som trustee og/eller begunstiget. Har stifteren indsat

148. *Thøger Nielsen*, TFS 1989, 213, s. 415, Gave gennem mellemmand – fond og trust. Se endvidere *samme* tillige på side 415: «... men man når ingen vegne ved blot at ville tilsidesætte overdragelser, der vitterligt har fundet sted».

149. *Thøger Nielsen*, TFS 1989, 213, s. 415f., Gave gennem mellemmand – fond og trust.

150. Se oven for 2.3.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

sig selv som trustee, har han vedrørende de overførte midler en helt anden kasket på, og han må nu udelukkende anvende midlerne til fordel for de begunstigede, hvilke han også står til ansvar for.

Ifølge *Aage Michelsen* må spørgsmålet om anerkendelse af en udenlandsk trust »afgøres efter de samme kriterier som spørgsmålet om anerkendelse af en båndlagt formue uden aktuel ejer. De afgørende kriterier er 1), at kapitalen definitivt er udskilt af båndlæggerens formuesfære og 2), at der ikke findes nogen aktuel ejer, hvortil kræves, at det er usikkert, hvem der til sin tid skal være ejer af kapitalen.«<sup>151</sup> Den af *Aage Michelsen* foreslåede sammenligning forekommer ikke at være træffende. For det første er en trust ikke en båndlæggelse,<sup>152</sup> idet de begunstigede som oftest kan afhænde deres respektive rettigheder i trusten, ligesom de begunstigedes kreditorer kan søge sig fyldestgjort heri. Betingelsen om definitiv udskillelse af kapitalen fra båndlæggerens formuesfære passer endvidere dårligt med trustens retlige struktur. Man kan blandt andet forestille sig, at stifteren (tillige) har indsat sig selv som begunstiget, hvorfor stifteren enten modtager udlodning af løbende afkast og/eller udlodning af kapital. Et andet eksempel er en resulting trust, hvor den resterende trust-formue vender tilbage til stifteren. Vedrørende »aktuel ejer« må der skelnes mellem trustee, der – i hvert fald i én forstand – er aktuel ejer af trust-formuen, og de begunstigede. De begunstigede kan have betingede (og tidsbestemte) rettigheder og absolutte rettigheder. Såfremt en begunstiget har en absolut ret, foreligger der reelt en såkaldt bare trust, hvilket kan give anledning til at gøre trusten transparent i forhold til den eller de absolut berettigede begunstigede. Når der henses til, at en trust i engelsk ret – og i større omfang i offshore stater – kan eksistere uden nogen (aktuelle) begunstigede, bør kravet om en aktuel ejer være rettet mod trustee, hvorfor der i realiteten altid vil være en aktuel ejer og dermed et skattesubjekt.

*Aage Michelsen* anfører i *International skatteret* s. 165 note 41, 1. afsnit, at det er de samme betingelser for om en kapital gyldigt er overdraget til en fond, der er afgørende for, om en kapital gyldigt er overdraget til en udenlandsk trust. Denne opfattelse kan ikke tiltrædes, se nærmere diskussionen ovenfor.

151. *Aage Michelsen*, *International skatteret*, 2. udg., 1996, s. 165 note 41, 3. afsnit.

152. Der bortses her fra discretionary trusts.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

### 6.2. Skattemæssige konsekvenser for stifteren

De skattemæssige konsekvenser for en stifter ved at oprette en trust blev så vidt ses første gang genstand for prøvelse i SKDM 1967, 8 AFG. I sagen havde en i udlandet bosiddende stifter uigenkaldeligt oprettet en engelsk trust. Hverken stifteren eller stifterens hustru var indsat som begunstigede, hvilken kreds derimod bestod af stifterens børn. Skattedepartementet udtalte, at såfremt stifteren tog bopæl her i landet, ville han ikke være indkomstskattepligtig af trust-formuens afkast. I sagen SKDM 1967, 18 AFG udtalte skattedepartementet i en identisk (eller samme) sag, at stifteren såfremt han tog bopæl her i landet, (heller) ikke ville blive formueskattepligtig af trust-formuen. I sagen TfS 1994, 605 LSR havde en i Danmark bosiddende stifter i oktober 1980 oprettet en trust i Guernsey. De stedlige ligningsmyndigheder anså ikke trustens formue for at være effektivt udskilt fra stifterens formuesfære, hvorfor stifteren blev beskattet af denne som skattepligtig formue. De stedlige skattemyndigheder havde herved lagt vægt på, at trusten ikke opfyldte krav af tilsvarende karakter, der efter dansk fondslovgivning udgjorde en betingelse for at anse en trust som et i forhold til stifteren selvstændigt retssubjekt. Man anså det på det foreliggende grundlag heller ikke for godtgjort, at der ved stiftelsen af trusten på Guernsey havde været tilvejebragt eller ville kunne tilvejebringes et sådant offentligt indseende med trustens virke, at trustkapitalen efter dansk skatteret kunne anses for udskilt fra stifterens formue. Til brug for sagen var der foretaget en oversættelse af stiftelsesdokumentet, der er optrykt i afgørelsen.<sup>153</sup> Stifteren påklagede afgørelsen og gjorde i den forbindelse blandt andet gældende, 1) at formuen var endeligt udskilt fra stifterens formue, 2) at kravet om offentligt indseende ville indebære at samtlige trusts oprettet efter engel-saksisk ret måtte underkendes i dansk skatteret samt 3) at der ikke var grundlag for at opstille et krav om, at retsinstituttet trusts skulle opfylde de danske regler om fonde, når der var tale om to vidt forskellige retsfigurer. Landsskatteretten gav stifteren medhold, idet retten anførte at trustdokumentet:

»i hvert fald under de foreliggende omstændigheder kunne tillægges retsvirkning i skattemæssig henseende af betydning for denne sag. Trustdokumentet

153. En gemmenlæsning af stiftelsesdokumentet synes at tyde på, at der var tale om en discretionary trust.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

opfyldte de almindelige krav hertil efter angelsaksiske regler og retsopfattelse, ligesom trustees efter det oplyste nød den for disse fornødne tillid og integritet. Der måtte endvidere lægges vægt på the trustees's beføjelser efter dokumentet og ansvaret i tilfælde af overtrædelse af beføjelserne.«

Ovennævnte udtalelser fra skattedepartementet samt landsskatterettens afgørelse kan tiltrædes, idet stifteren som udgangspunkt ikke bør fortsætte som skattesubjekt. Det kan i øvrigt tilføjes, at en adskillelse af trust-aktiverne tillige må anses for at have fundet sted i den situation, hvor stifteren har indsat sig selv eller sin ægtefælle som begunstiget i trusten. Stifteren eller dennes ægtefælle må i stedet i skattemæssig henseende behandles som andre begunstigede. Om den situation hvor stifteren har udpeget sig selv som trustee se neden for 6.4.1.

#### 6.3. Skattemæssige konsekvenser for trustee og de begunstigede

Der findes så vidt ses kun én officiel dansk udtalelse om trustees skattemæssige forhold, nemlig TfS 1984, 131 AFG. I sagen spurgte en advokat helt generelt, hvorledes en her i landet bosiddende skattepligtig person ville blive beskattet, såfremt han indtrådte som trustee. Statsskattedirektoratet diskuterede hovedsageligt spørgsmålet om formueskattepligt, men berørte også kort spørgsmålet om renter og evt. andet afkast, hidrørende fra trust-formuen. Statsskattedirektoratet anså sådanne renter og afkast for at være indkomstskattepligtige for den, der i så henseende var berettiget, jf. statsskatteovens § 4 c.<sup>154</sup> Statsskattedirektoratet anlægger med andre ord en transparensbetragtning, hvorved det er de enkelte begunstigede, der skal beskattes af det løbende afkast. Det af Statsskattedirektoratet anførte må forstås således, at der kun finder beskatning sted af trust-formuens afkast i det omfang, der rent faktisk også har fundet en udlodning sted<sup>155</sup> til de begunstigede<sup>156</sup> og da proportionelt med udlodningens størrel-

---

154. I sagen TfS 1992, 425 LSR blev en datters ret i en trust oprettet af en stifter bosiddende i U.S.A. sidestillet med en rentenydelse, hvilken i medfør af statsskatteovens § 4 c var skattepligtig som kapitalindkomst under hensyntagen til at trustens midler i overvejende grad var anbragt i obligationer.

155. Dette indebærer fare for, at beskatningen af renter og afkast af trust-formuen udskydes ved at udlodninger udsættes.

156. Medmindre der er tale om kapitaludlodninger. Statsskattedepartementet tager ikke stilling til, hvorledes der skal forholdes med skattepligtige avancer samt tab.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

se.<sup>157</sup> Det skal holdes for øje, at transparensbetragtningen indebærer risiko for, at kredsen af begunstigede og/eller beslutning om udlodning hovedsageligt bestemmes ud fra skattemæssige overvejelser, således at andre overvejelser træder i baggrunden. Dette skyldes, at der uværgeligt vil være et incitament i trusten til at allokere beskatningen af formuens afkast hen til den eller de begunstigede, der forinden udlodningen har den laveste skat.<sup>158</sup> En anden mulighed er i stedet at lade trustee være skattesubjekt. Ved overvejelserne om denne model bør man overveje, hvorvidt det skal være trustees almindelige skatteforhold, der danner grundlag for beskatningen, eller om der i stedet bør gælde særlige skatteregler. Vælges løsningen gående ud på, at det er trustees almindelige skatteforhold, der er afgørende for beskatningen af trust-formuen, åbnes der mulighed for, at der kan spekuleres i valget af trustee. Det vil være nærliggende for stifteren at udpege en trustee, der har et fradragsberettiget underskud, hvilket i medfør af enten personskattelovens § 13 eller ligningslovens § 15 kan fremføres og anvendes i afkastet fra trust-formuen. Tilsvarende gør sig gældende i relation til personer, der har fremførselsberettigede tab i skatterelevante aktiver, såsom f.eks. aktier. Denne model forekommer følgelig ikke hensigtsmæssig. Den anden variant er at beskatte trustee af trust-formuens afkast og gevinster, men således at denne beskatning er uafhængig af trustees personlige skatteforhold. Det er denne model, der er hovedreglen i engelsk skatteret. Trustee anses i skattemæssig henseende for at være en separat person, og et skifte af trustees udløser som udgangspunkt ikke nogen skat, idet en ny trustee blot succederer skattemæssigt i den afgående trustees skattemæssige stilling. Trustees skattemæssige stilling i engelsk skatteret har flere ligheder med en selvstændig juridisk person, hvilken løsning kunne overvejes i dansk skatteret. Trusten kunne således assimileres med beskatningen af selskaber og fonde med en generel skat på 30 pct., så længe afkast og gevinst forblev i trusten. Ved udlodning til de begunstigede kunne der ske beskatning i tråd med reglerne om beskatning af aktieindkomst i personskattelovens §§ 4a og 8a.

---

157. Det omvendte resultat, hvorefter de begunstigede beskattes af renter og afkast af trust-formuen uden tillige at modtage nogen udlodning, vil være en urimelig likvidetsbelastning for de begunstigede. Resultatet vil i øvrigt være helt uholdbart såfremt den begunstigede i sidste ende aldrig modtog nogen udlodning.

158. Skatteretlig transparens anvendes ofte i trusts, der har investeringsformål.

### *XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

Såfremt de begunstigede, der er bosiddende i Danmark, beskattes af udlodninger fra trusts beliggende i andre stater som enten personlig indkomst eller kapitalindkomst, kan der blive tale om en art dobbelt indkomstbeskatning, idet trustens afkast som oftest har været genstand for indkomstbeskatning i trustees land.

#### **6.4. Skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser forbundet med stiftelse af trusts**

Dansk skatteret er i sagens natur ikke indrettet med henblik på at håndtere de særlige skatte- og afgiftsmæssige problemstillinger, der er forbundet med trusts. Jeg har imidlertid fundet det mest hensigtsmæssig kort at redegøre for de mest sandsynlige skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser forbundet med stiftelse af en trust og herefter fremkomme med en vurdering heraf. Endelig vil jeg komme med forslag til, hvorledes gældende ret kunne justeres med henblik på såvel at opnå en mere symmetrisk beskatning af udenlandske trusts, samt imødekomme eventuelle fremtidige overvejelser om at introducere trusts i dansk ret.

Bortses der fra trusts med finansierings- eller investeringsformål, vil oprettelse af en trust altid ske ved en hel eller delvis vederlagsfri overdragelse til trustee. En vigtig problemstilling er, hvorledes denne overførsel skal bedømmes i dansk skatteret. De skattemæssige konsekvenser forbundet med stiftelse af trusts er forskellige, alt efter om trustee er fuldt skattepligtig til Danmark eller ej.

##### *6.4.1. Trustee fuldt skattepligtig til Danmark*

I medfør af hovedreglen i dansk skatteret vil en vederlagsfri formuefordel være indkomstskattepligtig for modtageren, jf. statsskattelovens § 4. Overfører en stifter således i levende live aktiver til en med stifteren ubeslægtet trustee, skal trustee som udgangspunkt svare indkomstskat med marginalt 59 pct.<sup>159</sup> af aktivernes værdi. Ved efterfølgende udlodninger til de begunstigede, der her antages at være beslægtede med stifteren, skal der formentlig tilsvarende betales indkomstskat heraf med marginalt 59 pct. Dette indebærer i sagens natur en væsentligt hårdere beskatning, end hvis stifteren havde over-

---

159. Det antages her, at trustee ikke er beslægtet med de begunstigede.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

draget aktiverne direkte til de begunstigede, idet der i stedet her kun skulle betales gaveafgift med 15 pct. eller 36,25 pct., forudsat at stifteren er beslægtet med de begunstigede.

For en nærmere afgrænset kreds er gaver fritaget for indkomstskat, men i stedet gaveafgiftspligtige, jf. SL § 5 b og boafgiftslovens §§ 22 og 23.<sup>160</sup> For arveerhvervelser gælder generelt, at der skal svares boafgift og eventuelt tillægsboafgift, jf. boafgiftslovens § 1.<sup>161</sup> Overfører en stifter aktiver til sin ægtefælle som trustee, skal der formentlig<sup>162</sup> ikke betales nogen gaveafgift, hvorfor overdragelsen er gaveafgiftsfri. Problemstillingen er mest tydelig, hvor stifteren erklærer sig selv for at være trustee i forhold til en eller flere begunstigede. Dette vil ikke udløse nogen skat, selvom retsstillingen for de begunstigede principielt er identisk med den situation, hvor stifteren har udpeget en anden person til at være trustee og overført aktiverne til vedkommende.

Såfremt trustee-ægtefællen er beslægtet med de af stifteren udpegede begunstigede, skal de begunstigede efter de gældende regler ikke foretage kapitalisering af værdien af den løbende ydelse,<sup>163</sup> men derimod betale almindelig indkomstskat heraf. Det har således efter gældende ret ikke nogen betydning for indkomstskattepligten om de begunstigede er beslægtede med trustee eller ej, såfremt udlodning består af en løbende ydelse. Omvendt må det ved udlodning af kapital antages at have betydning for, hvorvidt de begunstigede skal betale indkomstskat eller gaveafgift, om de er beslægtede med trustee eller ej.

### 6.4.2. Trustee ikke fuldt skattepligtig til Danmark

Opretter en stifter hjemmehørende i Danmark en udenlandsk trust ved at overføre aktiver til en beslægtet trustee hjemmehørende i udlandet, hæfter stifteren solidarisk med trustee for dansk gaveafgift, jf. boafgiftslovens §§ 25 og 30, stk. 1. Opretter en stifter hjemmehørende i Danmark i stedet en udenlandsk trust ved at overføre aktiver til en person hjemmehørende i udlandet, og som ikke er omfattet af den

160. Ægtefæller er dog med enkelte undtagelser fritaget for at betale gaveafgift.

161. Ægtefæller er dog med enkelte undtagelser fritaget for at betale gaveafgift.

162. Forbeholdet skyldes boafgiftslovens § 24, stk. 2, der dog formentlig skal forstås derhen, at der ikke i denne situation skal betales gaveafgift af ægtefællen. Ved arv er resultatet dog formentlig, at ægtefællen skal betale boafgift, jf. boafgiftslovens § 14, stk. 2.

163. I modsætning til den situation hvor giver forbeholder sig en brugs-, rente- eller indtægtsnydelse, jf. TfS 2001, 352 LR og kritisk Rasmus Kristian Feldthusen, TfS 2001, 499.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

gaveafgiftspligtige personkreds, skal der i sagens natur ikke betales gaveafgift, men der skal heller ikke betales nogen anden skat. Dette skyldes, at indtægt i form af vederlagsfri overførsel af aktiver fra kilder i Danmark ikke er omfattet af den begrænsede skattepligt i kildeskattelovens § 1 eller selskabsskattelovens § 1. Dette resultatet harmonerer dårligt med retsstillingen for gavemodtagere, der er fuldt skattepligtige til Danmark, og som i medfør af statsskattelovens § 4 c skal betale almindelig indkomstskat af gaven, dvs. marginalt 59 pct. Ud fra rent skatte- og afgiftsmæssige betragtninger må det frarådes at udpege en udenlandsk bosiddende trustee, som stifteren er beslægtet med, og som er omfattet af den gaveafgiftspligtige personkreds.<sup>164</sup> Ønsker stifteren imidlertid ikke at indsætte en ubeslægtet trustee kan forholdet ordnes på den måde, at den beslægtede trustee opretter et selskab i det pågældende land, der får til opgave at være trustee.

Stiftes trusten i stedet *mortis causa*, skal der betales boafgift og eventuelt tillægsboafgift af en testamentarisk overdragelse af aktiver fra en afdød person, der ved dødsfaldet havde hjemting her i landet, til en trustee bosiddende i udlandet, jf. boafgiftslovens § 1. I modsætning til hvad der gælder for gaver, er den bo- og tillægsboafgiftspligtige personkreds absolut i den forstand, at den omfatter alle arvinger og legatarer uden hensyntagen til, om vedkommende er i familie med arveladeren eller ej. Er den udenlandske trustee enten en fjernere slægtning eller overhovedet ikke beslægtet med arveladeren, skal der betales såvel boafgift som tillægsboafgift, dvs. ca. 36,25 pct. Gennemføres oprettelsen af trusten og overdragelsen af aktiverne derimod i arveladerens levende live, skal der som beskrevet oven for hverken betales gaveafgift eller anden skat,<sup>165</sup> såfremt stifteren ikke er beslægtet med trustee.

I medfør af fondsbeskatningslovens § 3 skal der betales en afgift på 20 pct. af gaver, der anvendes til at stifte en familiefond.<sup>166</sup> Stiftes en familiefond eller en (familie)trust derimod i udlandet, skal der ikke betales nogen afgift til den danske stat, forudsat at den fremmede stat ikke er et såkaldt skattely, jf. fondsbeskatningslovens § 3 A.<sup>167</sup>

164. Søkende er ikke omfattet af den gaveafgiftspligtige personkreds.

165. Medmindre trusten er beliggende i et lavtbeskattet land, jf. fondsbeskatningslovens § 3 A, se herom nærmere neden for 6.5.

166. En familiefond foreligger, når vedtægterne tillægger medlemmer af bestemte familier fortrinsret til uddelinger fra fonden eller til at indtage bestemte stillinger m.v.

167. Se nærmere om fondsbeskatningslovens § 3 A neden for 6.5.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

### 6.4.3. Vurdering

De sandsynlige skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser forbundet med stiftelse af en trust, der er beskrevet oven for, forekommer vilkårlige, idet der bortses fra relationen mellem stifteren og de begunstigede, idet vægten i stedet placeres på relationen mellem trustee og de begunstigede, hvilket sidstnævnte principielt ikke bør have betydning. De skatte- og afgiftsmæssige forskelle, der følger af om trustee er fuld skattepligtig til Danmark eller ej, forekommer lidet hensigtsmæssige og åbner mulighed for omgåelse.

### 6.5. Overførsel til trusts i lavtbeskattede stater, FBL § 3 A<sup>168</sup>

Ved lov nr. 487 af 12. juni 1996 (L 118 om international beskatning m.v.) blev der indført en lang række ændringer og tilføjelser i dansk skattelovgivning i relation til internationale skattemæssige forhold. Blandt ændringerne var en ny bestemmelse i fondsbeskatningsloven om overførsler til fonde og trusts beliggende i lavt beskattede lande. Af lovforslagets bemærkninger fremgår, at formålet med indførelsen af bestemmelsen er at fjerne de skattemæssige incitamenter til at placere aktiver i lavtbeskattede udenlandske fonde og trusts i stedet for i danske fonde, der beskattes af deres indtægter med 34 pct. (nu 30 pct.).

I medfør af fondsbeskatningslovens § 3 A, stk. 1, skal en skattepligtig person, der er omfattet af kildeskattelovens § 1, dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens § 1 eller fondsbeskatningslovens § 1,<sup>169</sup> og som indskyder<sup>170</sup> midler i en udenlandsk fond eller trust, som er stiftet eller oprettet i et land, hvor fonde eller trusts beskattes væsentligt lavere end efter danske regler, svare en afgift på 20 pct. af

---

168. FBL § 3 A er af *Otto Johnsen* og *Birgitte Tabbert*, kommenteret i særnummeret af Skat-Udland i anledning af vedtagelsen af L 118, S.U. 1996,193.

169. Begrænset skattepligtige personer, dødsboer, selskaber og fonde er ikke omfattet af reglen.

170. Den foreslåede bestemmelse finder også anvendelse, hvor indskuddet i fonden eller trusten ikke foretages af den afgiftspligtige selv, men af et udenlandsk selskab, forening m.v., som kontrolleres af den afgiftspligtige. Kontrol defineres i denne forbindelse på samme måde som i selskabsskattelovens § 32, stk. 1, hvilket vil sige, at den afgiftspligtige direkte eller indirekte eller i fællesskab med koncernforbundne selskaber eller nærtstående skal besidde mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller stemmerettighederne i det udenlandske selskab m.v., jf. fondsbeskatningslovens § 3 A, stk. 3.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

indskuddet.<sup>171</sup> Det gælder dog kun den del af de årlige indskud, der overstiger 10.000 kr. Det gælder dog ikke, såfremt indskyderen godtgør, at midlerne i den udenlandske fond eller trust anvendes i et almenvælgørende eller et på anden måde almennyttigt øjemed til fordel for en større kreds af personer. Afgørelsen af, om indkomsten i den udenlandske trust beskattes væsentligt lavere end efter danske regler, skal ifølge lovforslagets bemærkninger ske ud fra en sammenligning med de danske fondsbeskatningsregler. For så vidt angår trusts, vil der ifølge bemærkningerne skulle foretages en sammenligning mellem beskatningen af trustee og de danske fondsbeskatningsregler. Som det gælder vedrørende selskabsskattelovens § 32, vil en udenlandsk fond eller trust tillige blive anset for at være lavtbeskattet, hvis en mulighed for at aftale skattesats eller skattegrundlag er blevet udnyttet. Cirkulære om international beskatning af 1997<sup>172</sup> er mere konkret vedrørende skattesats, idet det anføres, at såfremt beskatningsprocenten kommer under 25, vil indskud i trusten være afgiftspligtig, idet de udenlandske regler da fører til en beskatning, der anses som væsentlig lavere end den danske. Det bør dog tages i betragtning, at på tidspunktet for lovens vedtagelse og udfærdigelsen af cirkulæret var den danske selskabs- og fondsskat på 34 pct., mens den i dag er reduceret til 30 pct. En efter danske forhold lav skattesats må formentlig i dag anses for at være omkring 22-23 pct.<sup>173</sup>

Afgiftspligten omfatter ifølge bemærkningerne til loven såvel indskud, der foretages ved stiftelsen som efterfølgende indskud.<sup>174</sup> Således som bestemmelsen er formuleret, omfatter afgiftspligten ikke efterfølgende indskud foretaget i en trust, der er beliggende i en lavtbeskattet stat, men som i sin tid blev oprettet i et ikke lavtbeskattet land.

Fondsbeskatningslovens § 3 A forudsætter ifølge cirkulære nr. 82

171. Indskudsafgiften forfalder til betaling, når indskuddet foretages. Indskyderen skal samtidig give meddelelse til Told- og Skattestyrelsen om det afgiftspligtige indskud, jf. fondsbeskatningslovens § 3 A, stk. 6.

172. Cirkulære nr. 82 af 29. maj 1995 om international beskatning.

173. Det bemærkes i denne forbindelse, at den svenske og norske selskabsprocent ligger på 28 pct., hvilken procent dog snarere er på 26 pct. som følge af henholdsvis konjunkturudligningsordningen i Sverige og gunstige afregningsregler i Norge, jf. Tidsskriftet Skat, november 2000, Selskabsbeskatning. Reelt set er Sverige og Norge, som vi normalt sammenligner os med i Danmark, »kun« 3-4 procent fra at falde ind under kategorien af lavt beskattede stater.

174. Bestemmelsen er ifølge cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997 pkt. 9.2.3. ikke begrænset til indskud af kontante midler, men omfatter indskud af aktiver af enhver art.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

af 29. maj 1997 pkt. 9.2.3., at der ved indskuddet er sket en sådan endelig udskillelse af midlerne fra indskyderens egen formue, at det i skattemæssig henseende er anerkendt, at personen ikke efter indskuddet fortsat skal beskattes af afkastet. Er dette ikke tilfældet, er der ikke tale om et »indskud« i bestemmelsens forstand.

Den afgiftspligtige personkreds i henhold til § 3 A, stk. 1, udvides betragteligt i henhold til § 3 A, stk. 4, hvorefter stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse på afgiftspligtige, som bliver fuldt skattepligtige efter en af de i stk. 1 nævnte bestemmelser, såfremt de tidligere har været omfattet af en af disse bestemmelser, og inden for de sidste 5 år forud for den fulde skattepligts genindtræden, har foretaget indskud i en udenlandsk fond eller trust som nævnt i stk. 1. Indskud anses i disse tilfælde for foretaget ved den fulde skattepligts genindtræden. For personer, der tidligere har været fuldt skattepligtige til Danmark og efter ophøret af den fulde skattepligt har indskudt midler i en lavtbeskattet trust, gælder der således en »karantæneperiode« på 5 år, regnet fra foretagelsen af *indskuddet*. Tidspunktet for ophøret af den fulde skattepligt til Danmark er således uden betydning. Den omstændighed, at fristen regnes fra foretagelsen af indskuddet og ikke ophøret af den fulde skattepligt, indebærer, at bestemmelsen ikke så meget tager sigte på at undgå omgåelse i form af fraflytning efterfulgt af indskud og tilflytning på ny til Danmark, men snarere at virke hæmmende på udlandsdanskernes mulighed for at foretage tilflytning til Danmark kort efter indskud i udenlandske lavtbeskattede trusts. Det havde formentlig været mere hensigtsmæssigt at regne 5 års fristen fra datoen for ophøret af den fulde skattepligt.<sup>175</sup>

---

175. I England har Court of Appeal i sagen *IRC v Willoughby and related appeal* afsagt dom i en sag om værnreglen art. 739 i Taxes Act 1988 om overførsel af aktiver til udenlandske trusts. I sagen havde stifteren, mens han var hjemmehørende i Hong Kong, investeret i obligationer blandt andet beliggende i Isle of Man. På forfaldstidspunktet for obligationen beliggende i Isle of Man var stifteren hjemmehørende i England, og han geninvesterede hovedstolen i en tilsvarende obligation. Inland Revenue Commission (IRC) pålignede stifteren indkomstskat af hovedstolen med den begrundelse, at stifteren havde overført kapital til udlandet. Court of Appeal afviste IRC's påstand, idet stifteren på tidspunktet for den oprindelige investering i obligationen beliggende i Isle of Man ikke var hjemmehørende i England, hvorfor der ikke kunne anses for at være sket en overførsel af kapital fra England. Kapitalen var med andre ord allerede overført, *IRC v Willoughby and related appeal*, CA 1657. Se derimod sagerne *W T Ramsay v ZRC* (1981) STC 174 og *IRC v McGuckian*, (1997) Times Law Reports, hvor der er statueret omgåelse af overdragelse af aktiver til en trust.

### XIII *Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

Et simpelt eksempel kan illustrere problemstillingen: efter at et barn er født i Danmark emigrerer forældrene til England. Barnet vokser op i England, og i en alder af 60 år ønsker vedkommende at sikre sine efterkommere og opretter til dette formål en trust på Cayman Islands. Eftersom stifteren har foretaget indskud i en trust i en præsumptivt lavtbeskattet stat, er stifteren nødsaget til at vente yderligere 5 år med at flytte til Danmark for derved at undgå afgiften på 20 pct. af indskuddet.

Den omstændighed, at trusten ikke er en selvstændig juridisk person, har den skattemæssige konsekvens, at trusten som udgangspunkt ikke har selvstændig skattesubjektivitet,<sup>176</sup> hvorfor det relevante skattesubjekt må udfindes blandt kredsen af personer knyttet til trusten, dvs. settlor, trustee eller beneficiary. Det fremgår af bemærkningerne til loven, at det relevante skattesubjekt for sammenligningen mellem dansk fondsbeskatning og den udenlandske trustbeskatning er trustee. Dette kan volde vanskeligheder, idet trustee ikke altid anses for at være det relevante skattesubjekt. I USA (og Canada) anses trusts i en række situationer blot for at være ledere igennem hvilke afkast og gevinster kanaliseres til de begunstigede. Dette indebærer, at trustees kun beskattes, hvis og såfremt afkast akkumuleres i trusten. Afkast, der umiddelbart fordeles til de begunstigede, beskattes direkte hos disse, uden at der finder en beskatning sted hos trustee. Har trusten først opsparet afkastet og derefter uddelt dette, vil de begunstigede blive beskattet efter såkaldte »throwback rules«, idet de begunstigede indrømmes credit for den skat, der allerede er betalt af trustee.<sup>177</sup> Tilsvarende er det kun de begunstigede, der pålægges skat i Australien, såfremt trusten er »fixed«. Det vil som oftest afhænge af trustens konkrete udformning og det enkelte lands interne skatteregler, om det er trustee eller i stedet én eller flere andre skattesubjekter, der beskattes.

Sammenligningen af skattesatser kan desuden volde problemer,

176. Jf. oven for 6.1.

177. Jf. Bert R. Leemreis, *The Taxation of Trusts, Beneficiaries and Grantors in the United States of America*, Sonnefeldt/van Mens (eds.) *The Trust – Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdictions*, side 136 og John F. Avery Jones, Henri-Robert Depret, Michelle van de Wiele, Marten J. Ellis, Pierre Fontaneau, Pierre-Marie Fontaneau, Juergen Killius, Raoul Lenz, Thomas W. Magney, Donald C. Orrock, Sidney I. Roberts, Sandford H. Goldberg, Victor Uckmar, Guglielmo Maisto og David A. Ward, *European Taxation, The Treatment of Trusts under the OECD Model Convention*, december 1989, side 384f. (i det følgende *European Taxation 1989,379ff.*).

hvor trustee er hjemmehørende i to eller flere stater. Tilsvarende kan det volde problemer, hvis der er mere end én trustee i trusten, og de hver især bor i forskellige stater. Se nærmere om fastlæggelse af det skattemæssige hjemsted for trusts neden for 6.7.2.

Således som fondsbeskatningslovens § 3 A er udformet, er det forholdsvist enkelt at komme uden om afgiftspligten. Opretter en udlandsdanner en trust, der er beliggende i et ikke lavtbeskattet land ved at indskyde aktiver i denne, og flytter stifteren herefter tilbage til Danmark, vil der ikke blive udløst nogen afgift efter § 3 A. Flytter trusten efterfølgende hjemsted til et lavtbeskattet land, har dette efter § 3 A ikke nogen danske skattemæssige virkninger. Afgørende i relation til § 3 A er alene, om indskuddet er foretaget i en trust, »som er stiftet eller oprettet i et land, hvor fonde eller truster beskattes væsentligt lavere end efter danske regler«. <sup>178</sup> Ændringen af trustens hjemsted fra et ikke lavtbeskattet land til et lavtbeskattet land kan enten ske ved at trustee fysisk fraflytter eller ved, at der i stedet udpeges en ny trustee, der er hjemmehørende i det lavtbeskattede land. Formulering af § 3 A indebærer endvidere, og som anført oven for, at efterfølgende indskud foretaget i en trust, der er beliggende i en lavtbeskattet stat, men som er oprettet i et ikke lavtbeskattet land, ikke er omfattet af afgiftspligten.

Trustens fleksible struktur og høje mobilitet indebærer, at det er vanskeligt at forhindre overførsler til disse og forsøget på i én værnsregel som § 3 A at indkapsle trustens mange afskygninger er for ambitiøst. Der kan i den forbindelse henvises til franskmænden *Pierre Lepaulle*, der i sin tid udtalte:

*«... the civillian who tries to grasp the trust will be confronted with the same disappointing experience as that of the young Prince who runs after a Fairy: when on the point of reaching her, she has taken another form, ceases to be a beautiful lady, but has become a white bird, or an old witch.»*

Det er et udestående spørgsmål, om fondsbeskatningslovens § 3 A som *lex specialis* har forrang frem for boafgiftslovens regler om gaveafgift, eller om § 3 A i stedet er komplementær i forhold til boafgiftsloven. Stifter en person, der er fuldt skattepligtig til Danmark, en trust i et lavtbeskattet land ved i form af en gave at overføre aktiver

---

178. Min kursivering.

### *XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

til sin søn, der er trustee og som er hjemmehørende i den lavt beskattede stat, skal der betales afgift efter fondsbeskatningslovens § 3 A. Dispositionen opfylder endvidere betingelserne i boafgiftslovens §§ 22-23, jf. § 25, for at være gaveafgiftspligtig. Spørgsmålet er herefter, om gavemodtager (trustee) skal betale såvel indskudsafgift som gaveafgift, eller om indskudsafgiften så at sige sluger gaveafgiften. Det forekommer stødende, såfremt gavemodtager (trustee) i eksemplet skal betale såvel indskudsafgift som gaveafgift, når der henses til, at var trustee i stedet en person, der ikke er omfattet af den gaveafgiftspligtige personkreds,<sup>179</sup> skulle der hverken betales gaveafgift eller indkomstskat.<sup>180</sup> Det forekommer bedst stemmende, at indskudsafgiften som *lex specialis* har forrang for boafgiftsloven og dermed udelukker gaveafgiftspligt.<sup>181</sup>

#### **6.6. Tvungen sambeskatning, ligningslovens § 16 H og selskabsskattelovens § 32**

Lov nr. 487 af 12. juni 1996 om international beskatning m.v. inddrog tillige trusts i de nye regler om tvungen sambeskatning i ligningslovens § 16 H (fysiske personer og dødsboer) og selskabsskattelovens § 32 (selskaber).

I medfør af ligningslovens § 16 H, stk. 1, 2. pkt., bliver en skattepligtig person tvungent sambeskattet med et udenlandsk finansielt selskab, såfremt den skattepligtige i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller truster stiftet af disse, kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på et udenlandsk finansielt selskab. Afgørende i relation til bestemmelsen er således, hvorvidt den skattepligtige kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på det udenlandske finansielle selskab. Kontrolbegrebet beskrives i § 16 H, stk. 1, 3. pkt. som den situation, hvor den skattepligtige direkte eller indirekte eller i fællesskab med nærtstående ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen eller råder over mere end 50 pct. af stemmerne i selskabet. Trusts

179. Dette kan f.eks. være stifterens søskende eller en helt ubeslægtet person.

180. Dette er en konsekvens af, at kildeskattelovens § 2 i sin opremning ikke omfatter indtægt fra kilder i Danmark i form af vederlagsfri overdragelser.

181. Reglen vil i modsat fald kunne motivere til omgåelse, f.eks. ved, at den med stifteren beslægtede person stifter et selskab i udlandet, der i stedet fungerer som trustee. Indtægt i form af vederlagsfri overførsel af aktiver fra aktiver i Danmark er tilsvarende undtaget fra den begrænsede skattepligt for selskaber, jf. SEL § 2 modsætningsvist.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

nævnes ikke i forbindelse med kontrolbegrebet, hvorfra det må sluttes, at ejerforhold eller kontrol ved trusts i forhold til stifteren (eller dennes nærtstående) anses for at være indirekte ejerskab eller kontrol. Har en stifter således oprettet en trust, der ejer 25 pct. af aktiekapitalen i et udenlandsk finansielt selskab beliggende i et lavtbeskattet land, vil stifteren blive tvungent sambeskattet med det finansielle selskab, idet stifteren anses for indirekte at eje 25 pct. af aktiekapitalen i det udenlandske selskab. Ligningslovens § 16 H sonderer ikke mellem, om stifteren ved oprettelsen af trusten uigenkaldeligt har givet afkald på ejendomsretten til de overførte aktiver og/eller administrationen af disse eller ej. Det har således ingen betydning, om stifteren efter oprettelsen reelt ingen indflydelse har på administrationen af trusten.<sup>182</sup> Reglerne om tvungen sambeskatning gælder i medfør af § 16 H også for trusts stiftet af trusts. Der må formentlig tænkes på den situation, at stifteren har stiftet en trust (hovedtrusten), og der efterfølgende stiftes en ny trust (sub-trust). Af bestemmelsen fremgår, at »sub-trusten« stiftes af »hovedtrusten«. Dette er imidlertid ikke muligt. Trusten er ikke en selvstændig juridisk person og kan derfor ikke selv stifte eller oprette en trust. Det er alene de begunstigede, der kan stifte sub-trusts ved at erklære sig selv for at være trustees over deres ret i hovedtrusten i forhold til andre begunstigede. Det bør holdes for øje, at bestemmelsen i ligningslovens § 16, stk. 3, ikke kun omfatter selskaber, idet der med tilføjelsen »m.v.« må sigtes til fonde og trusts. Har for eksempel en ægtefælle (Æ1) stiftet en trust, der ejer 100 pct. af aktiekapitalen i et udenlandsk lavtbeskattet finansielt selskab, og indsat sin ægtefælle (Æ2) som begunstiget, vil såvel Æ1 som Æ2 være undergivet tvungen sambeskatning. Modtager Æ2 nu i sin egenskab af begunstiget udlodninger fra trusten bestående i udbytte fra det finansielle selskab, bør udlodningen til Æ2 i medfør af § 16 H, stk. 3, ikke medregnes til Æ2's skattepligtige indkomst, såfremt udbyttet ikke overstiger den danske skat, som Æ2 har betalt af indkomsten i selskabet.

Selskabsskattelovens § 32, stk. 1, er, med de modifikationer bestående i at den skattepligtige her er et selskab, i det væsentlige enslydende med ligningslovens § 16 H, stk. 1. Ved bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger kontrol i medfør af selskabsskattelovens § 32, stk.

---

182. Dette gælder tilsvarende for fonde.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

1, 3. pkt., medregnes aktier og stemmerettigheder, som indehaves af koncernforbundne selskaber, af personlige aktionærer og deres nærtstående, af en fond eller en trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber m.v. eller af fonde eller trusts stiftet af disse.

Reglerne om tvungen sambeskatning gælder alene for selskaber, foreninger og fonde, jf. fondsbeskatningslovens § 12, ligningslovens § 16 H og selskabsskatteovens § 32. Trusts og disses aktiviteter – bortset fra kvalificeret ejerskab eller kontrol af udenlandske lavtbeskattede finansielle selskaber – er ikke omfattet af reglerne om tvungen sambeskatning. Har en stifter således oprettet en trust i et lavtbeskattet land,<sup>183</sup> hvis primære aktivitet er af finansiell karakter, vil stifteren ikke blive tvungent sambeskattet af trustens indtægter.<sup>184</sup> Dette må gælde, hvad enten trustee er en fysisk person eller en juridisk person, f.eks. et selskab.

**6.7. International beskatning – dobbeltbeskatningsoverenskomster**  
Trustens voksende udbredelse globalt indebærer, at der i stigende grad opstår spørgsmål om, hvorvidt og i bekræftende fald hvorledes, denne skal beskattes.<sup>185</sup> Således afholdt OECD i september 2001 sit årlige møde i OECD's Global Forum on Taxation vedrørende »the Application and Interpretation of Tax Treaties and Transfer Pricing when Transactions Involving Trusts under Tax Treaties.« På mødet deltog over 200 ledende delegerede fra over 80 stater med såvel medlemsstater som ikke-medlemsstater. Der foreligger så vidt ses (endnu) ikke en rapport fra mødet.

OECD har offentliggjort en rapport af 9. maj 2001 om »Misuse of corporate vehicles for illicit purposes«.<sup>186</sup> Det fremgår af rapporten,

---

183. Stifteren vil efter omstændighederne skulle betale en indskudsafgift på 20 pct. af indskuddet, jf. fondsbeskatningslovens § 3 A.

184. Fordelene ved at benytte sig af en trust i stedet for et selskab i relation til reglerne om tvungen sambeskatning udnyttes i vidt omfang i U.S.A., jf. *Joseph Lipari og Quincy Cotton, Transfers to foreign trusts: Treasury proposes regulations under sections 679 and 684, Tax Management Estates, Gifts and Trusts Journal*; Washington; Jul 12, 2001.

185. Beskatning af trusts var emnet på den årlige kongres i International Fiscal Organisation i 1986, IFA Congress Seminar Series vol. 11b, 1986, International Tax Treatment of Common Law Trusts.

186. OECD, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD Steering Group on Corporate Governance. Rapporten kan læses på internetadressen: <http://www.oecd.org/pdf/M00007000/M00007462.pdf>

## 6. Skatteretlige problemstillinger

at denne undersøger: »the misuse of a variety of »corporate vehicles«, including corporations, trusts, foundations, and partnerships with limited liability features. This Report does not address corporate vehicles that are engaged in financial services activities, or whose shares are publicly traded or listed on a stock exchange.«<sup>187</sup> Det er bemærkelsesværdigt, at trusten rubriceres som et »corporate vehicle« og derved identificeres med selskaber m.v. og fonde. »Corporate vehicles« defineres i rapportens executive summary pkt. 1. således: »Corporate vehicles are legal entities through which a wide variety of commercial activities are conducted and assets are held.« Som det er anført flere steder i denne fremstilling, er en trust ikke en juridisk person, og OECD's rapport må antages at give anledning til forundring og formentlig også en vis bekymring rundt om i verden hos rådgivere såvel som trustees. Rapporten må ses som et udslag af, at der til dato ikke i OECD og medlemsstaterne er taget initiativ til at regulere trusten i et internationalt skatteretligt perspektiv. Der ses i det følgende bort fra rapporten, for så vidt angår rubriceringen af trusten som en juridisk person.

### 6.7.1. OECD's modeloverenskomst

Trusts er ikke omhandlet i OECD's modeloverenskomst af 29. april 2000 til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter.<sup>188</sup> Trusts optræder dog i en række af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, som Danmark har indgået med fremmede stater, se neden for 6.8. Det er på sin vis bemærkelsesværdigt, at trusts ikke er udtrykkeligt anført i modeloverenskomsten, eftersom trustens struktur ofte vil kunne føre til dobbelt eller multiple beskatning.

---

187. Executive Summary, pkt. 3.

188. »The OECD Model and its Commentaries give virtually no guidance as to the application of double taxation convention to trusts, trustees or their beneficiaries. The Model Articles make no mention of trusts, nor do the Commentaries as prepared by the Committee on Fiscal Affairs«, *Philip Baker*, Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2. udg., 1994, s. 82. Se også *European Taxation*, 1989, s. 295, *Ineke A. Koele*, The Trust – Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdictions, Trusts and the Application of the OECD Model Convention, *Sonnefeldt/van Mens* (eds.), side 85f. samt *Leif Weizman*, Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 175 med yderligere litteraturhenvisninger s. 210.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

#### 6.7.2. Subjektiv skattepligt

Indledningsvist er det relevant at afgøre, hvorvidt trustee i sin egen- skab heraf er omfattet af modelkonventionens begreb »personer, der er hjemmehørende ...«, jf. modeloverenskomstens artikel 1 og 3:

*Article 1(1):* »This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States.«

*Article 3(1)(a):* »the term »person« includes an individual, a company and any other body of persons.«

Afgørelsen af, om en person er omfattet af konventionen som væren- de hjemmehørende i en af de kontraherende stater afgøres som ud- gangspunkt af lovgivningen i denne stat, jf. modelkonventionens art. 4, stk. 1,

*Article 4(1):* For the purposes of this Convention, the term »resident of a Contracting State« means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.

Ifølge *Koele* er der ikke tale om individuel beskatning af trustee, men i stedet om beskatning af trustee i dennes egenkab af at være bestyrer af trusten.<sup>189</sup> *Koele* er af den opfattelse, at der foretages en sondring mellem trustees individuelle skattemæssige forhold og de skattemæs- sige forhold, der knytter sig til hvervet som trustee, idet de i model- konventionens art. 4, stk. 2, litra a-c opstillede tilknytningskriterier ikke bør finde anvendelse ved afkast fra trusten.<sup>190</sup> Er der mere end

189. Se *Ineke A. Koele*, *Trusts and the Application of the OECD Model Convention*, Sonne- feldt/van Mens (eds.) *The Trust – Bridge og Abyss between Common Law and Civil Law Jurisdictions*, s. 90.

190. *Koele's* standpunkt indebærer imidlertid, at konflikten med trustees med dual-residen- ce ikke lader sig løse ud fra de i art. 4, stk. 2, litra a-c, anførte tilknytningsmomenter, men i stedet må løses konkret. I relation til en konkret dobbeltbeskatningskonflikt vil løsningen skulle ske på baggrund af den gensidige aftaleprocedure i Modelkonventio- nens art. 25, eller, såfremt trustee er statsborger i begge kontraherende stater eller ikke statsborger i nogen af dem, efter art. 4, stk. 2, litra d. Modelkonventionens art. 4, stk. 2, litra a-d, finder kun anvendelse, såfremt vedkommende er en fysisk person. Er trustee ikke en fysisk person, finder art. 4, stk. 3, i stedet anvendelse.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

én trustee, er *Koele* fortaler for, at trustees under ét anses for at være en sammenslutning af personer (body of persons) i modelkonventionens forstand.<sup>191</sup> *Philip Baker* stiller spørgsmålet, om diskussionen om hvorvidt trusten er en person i modelkonventionens forstand eller ej, i virkeligheden er så vigtig, som diskussionen til tider giver læseren indtryk af at være. Såfremt trusten ikke er en juridisk person, må i hvert fald trustees – det være sig fysiske eller juridiske personer – qua trustens manglende retsevne anses for at være personer i modelkonventionens forstand. *Philip Baker* ser dog én fordel ved at anse selve trusten som en person i modelkonventionens forstand, nemlig hvor der er mere end én trustee, og disse er hjemmehørende i forskellige stater. Trustees har her mulighed for at drage fordel af forskellige dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dette ville ikke kunne forekomme, såfremt trustees blev anset for at være en sammenslutning af personer (body of persons), således at trusten derved blev anset for at være hjemmehørende i én og kun én stat.<sup>192</sup>

Den overvejende opfattelse i teorien er således, at hvor trusten alene har én trustee, skal trustens subjektive skattepligt afgøres ud fra trustees forhold, idet der, når trustee er en fysisk person, ikke bør lægges (afgørende) vægt på trustees private skattemæssige forhold, men derimod de forhold, der knytter sig til trustees varetagelse af hvervet som trustee. Er der mere end én trustee, bør trustees behandles samlet som en sammenslutning af personer og trustens subjektive skattepligt således afgøres under ét. Fastlæggelse af det relevante skattemæssige hjemsted for trusten sker gennem stedet for den virkelige ledelse (place of effective management).<sup>193</sup>

---

191. Se *Ineke A. Koele*, Trusts and the Application of the OECD Model Convention, *Sonnefeldt/van Mens* (eds.) *The Trust – Bridge or Abyss between Common Law and Civil Law Jurisdictions*, s. 90.

192. Jf. *Philip Baker*, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2. udg., 1994, s. 85f.

193. *Ineke A. Koele* foreslår, at det i kommentaren til en fremtidig udgave af modelkonventionen anføres, at det skattemæssige hjemsted for en trust med én eller flere trustees er stedet for den virkelige ledelse, *Trusts and the Application of the OECD Model Convention*, *Sonnefeldt/van Mens* (eds.) *The Trust – Bridge or Abyss between Common Law and Civil Law Jurisdictions*, s. 90.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

#### 6.7.3. Retmæssig ejer

I medfør af Modelkonventionens art. 10-12 finder konventionens lempelser for så vidt angår udbytte, renter og royalties kun anvendelse på den »retmæssige ejer« (beneficial owner) såfremt vedkommende er hjemmehørende i den anden kontraherende stat:

*Article 10(2):* However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:

- a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends;
- b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of these limitations. This paragraph shall not affect the taxation of the company in respect of the profits out of which the dividends are paid.

*Article 11(2):* However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.

*Article 12(1):* Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State.

Begrebet retmæssig ejer er ifølge *Leif Weizman* hentet fra engelsk ret, hvor begrebet har en særlig betydning. Begrebet kendes hverken i dansk ret eller i størstedelen af civil law staterne. Det er på denne baggrund, at *Klaus Vogel* afviser, at begrebet kan fortolkes på baggrund af national ret. Begrebet må i stedet ifølge *Klaus Vogel* fortolkes med henvisning til konventionen og især formålet bag restriktionen i begrebet.<sup>194</sup> Formålet med begrebet retmæssig ejer er at udelukke, at der indskydes en agent (nominee) mellem betaleren og den ret-

194. *Klaus Vogel, Michael Engelschalk, Maximilian Görl, Alexander Hemmelrath, Moris Lehner, Reinhard Pöllath, Rainer Prokisch, Michael Rodi, Frank Stokmann og Wolfgang Tischbirek, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 3. udg., 1997, s. 562.*

## 6. Skatteretlige problemstillinger

mæssige ejer.<sup>195</sup> Agenter og nominees er kendetegnet ved, at de er repræsentanter og handler i den retmæssige ejer (opdragsgiverens) navn og for dennes regning. En trustee adskiller sig herfra ved, at trustee har legal ownership til trust-formuen, samt ved at trustee handler i eget navn samt for egen regning. *Klaus Vogel* opstiller følgende kriterier for afgørelsen af, om en person er retmæssig ejer: »[T]he 'beneficial owner' is he who is free to decide (1) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others or (2) on how yields there from should be used or (3) both.«<sup>196</sup> Disse kriterier passer umiddelbart på en trustees funktioner som administrator for trust-formuen. Problemstillingen er imidlertid mere kompleks og der hersker ikke konsensus i teorien om, hvorvidt det er trustee eller i stedet de begunstigede, der i relation til modelkonventionen skal anses for at være retmæssige ejer(e).<sup>197</sup> *Jørn Qviste* og *John F. Avery Jones* anfører om art. 10 i den dansk-engelske DBO af 11. november 1980:

»Det er en betingelse for at kunne påberåbe sig overenskomstbeskyttelse i henhold til artikel 10, at udbyttedtager er »den retmæssige ejer«/»beneficial owner«. Med denne bestemmelse er alene tilsigtet at afskære »legal owners« (nominees). En »beneficial owner« kan påberåbe sig overenskomstbeskyttelse, selv om han ikke udadtil optræder som indehaver af »ejendomsretten«.<sup>198</sup>

195. Jf. OECD kommentarens pkt. 12 til art. 10, stk. 2: »Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State«, *Kees van Raad*, *Materials on International & EC Tax Law*, 2001, s. 228.

196. *Klaus Vogel*, *Michael Engelschalk*, *Maximilian Görl*, *Alexander Hemmelrath*, *Moris Lehner*, *Reinhard Pöllath*, *Rainer Prokisch*, *Michael Rodi*, *Frank Stokmann* og *Wolfgang Tischbirek*, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3. udg., 1997, s. 562 idet det videre anføres: »A usufructuary, therefore, also comes under the term »beneficial owner« within the meaning of the MC's. The same applies to a trustee if he has the corresponding powers«.

197. Se således *Ineke A. Koele*, *Trusts and the Application of the OECD Model Convention*, *Sonnefeldt/van Mens* (eds.) *The Trust – Bridge or Abyss between Common Law and Civil Law Jurisdictions*, s. 90ff. og *Philip Baker*, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2. udg., 1994, s. 82. Se også *European Taxation*, 1989, s. 306ff.

198. *Jørn Qviste* og *John F. Avery Jones*, *Fortolkning af artikel 10 (udbytte) i den dansk-engelske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 11. november 1980*, *Revision og Regnskabsvæsen*, 1985, nr. 5, s. 241.

### XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret

Det er formentlig mest sandsynligt, at betegnelsen retmæssig ejer, peger mod den eller de begunstigede i trusten,<sup>199</sup> men der kan lige så vel være tilfælde, hvor trustee vil kunne påberåbe sig overenskomstbeskyttelse. Sidstnævnte er blandt andet relevant, hvor den eller de begunstigede endnu ikke kan påvises, og/eller når der foreligger en diskretionær trust eller en formålsbestemt trust.

#### 6.8. Danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholdende bestemmelser om trusts

Neden for er anført de af Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster med fremmede stater, der indeholder bestemmelser om trusts.

DBO'en mellem Philippinerne og Danmark:

*Article 13(4):* »Gains from the alienation of shares of a company, the property of which consists principally of immovable property situated in a Contracting State, may be taxed in that State. Gains from the alienation of an interest in a partnership or a trust, the property of which consists principally of immovable property situated in a Contracting State, may be taxed in that State.«

DBO'en mellem Schweiz og Danmark:

*Art 2(6):* »The Convention shall not apply to capital vested in a trust fund in the form of cash, or to payments in discharge of a trust fund (including Danish fiefs and entailed estates), nor shall it apply to the income derived there from. In specific cases of this kind the competent authorities of the Contracting States shall consult together with a view to avoiding double taxation.«

DBO'en mellem Schweiz og Danmark vedrørende arveafgifter:

*Art. 1(2):* »This Convention shall not apply to capital placed in trust in cash or in amounts repurchased by the trust (including Danish entailed estates), nor to income arising there from. In particular cases of this sort, the competent administrative authorities of the two States shall consult together as necessary to avoid double taxation«

---

199. Jf. *Leif Weizman*, Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 401.

## 6. Skatteretlige problemstillinger

### DBO'en mellem Singapore og Danmark:

*Art. 4(c):* »the term »person« includes an individual, an undivided estate of a deceased person, a trust or »en fond«, a company and any other body of persons which is treated as an entity for tax purposes«

### DBO'en mellem Tyrkiet og Danmark:

*Art. 10(3):* »The term »dividends« as used in this Article means income from shares, »jouissance« shares or »jouissance« rights, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident, and income derived from an investment fund and investment trust.«

### DBO'en mellem U.S.A. og Danmark:

*Art. 3 (1)(a):* »the term »person« includes an individual, an estate, a trust, a partnership, a company and any other body of persons.«

*Art. 3(1)(h)(iii):* »a pension trust or fund of a person described in clause (i) or (ii) that is constituted and operated exclusively to administer or provide pension benefits described in Article 19 (government service); provided that an entity described in clause (ii) or (iii) does not carry on commercial activities.«

*Art. 10(3):* »Subparagraph (a) of paragraph 2 shall not apply in the case of dividends paid by a United States Regulated Investment Company (RIC) or United States Real Estate Investment Trust (REIT). In the case of dividends from a RIC, subparagraph (b) of paragraph 2 shall apply. In the case of dividends paid by a REIT, subparagraph (b) of paragraph 2 shall apply only if:«

*Art. 27(8)(b):* »Where the taxpayer is an entity that is a company, estate or trust, the revenue claim relates to a taxable period in which the taxpayer derived its status as such an entity from the laws in force in the requested State.«

### Exchange of notes af 13. juli 1998 mellem Malta og Danmark:

Vedrørende DBO'ens art. 24(2), jf. Exchange of notes nr. iii: »no special tax benefit in respect of distributions by a trust subject to the provisions of the

### *XIII Trusten og analoge institutioner i dansk ret*

Trusts Act given that a trust as laid down in that Act is not vested with legal personality and therefore cannot benefit under the Convention in its own right.«

#### Protokollen af 1997 mellem Mexico og Danmark:

Vedrørende DBO'ens artikel 4, jf. protokollens art. 2(a): »A partnership, estate, or trust is a resident of a Contracting State only to the extent that the income it derives is subject to tax in that State as the income of a resident, either in the hands of the partnership, estate or trust, or in the hands of its partners or beneficiaries«.

# XIV Principles of European Trust Law

## 1. Indledning

I 1996 blev der dannet en arbejdsgruppe ved navn International Working Group on European Trust Law under Business and Law Research Centre, Nijmegen Universitet.<sup>1</sup> Arbejdsgruppen var bredt repræsenteret med medlemmer fra såvel common law stater som civil law stater. Som en del af EU's TMR-forskningsnetværk »Common Principles of European Private Law« forskede arbejdsgruppen i over to år i begrebet »European Trust«. Resultatet af arbejdsgruppens arbejde bestod i udfærdigelse af en bog<sup>2</sup> indeholdende »Principles of European Trust Law« bestående af 8 artikler for trusts på det europæiske kontinent, der alle er udførligt kommenteret, og disse princippers indvirkning på de enkelte europæiske staters retssystem er analyseret i en række nationalrapporter, herunder en dansk nationalrapport. Forinden Principles of European Trust Law beskrives, er det fundet hensigtsmæssigt, at arbejdsgruppens formål med udarbejdelsen af bogen, Principles of European Trust Law er læseren bekendt:

»The purpose of this book is not to advocate the adoption by civil law jurisdictions of any trust concept, or to commend the common law trust. Whether the trust in any of its forms, including its Anglo-Saxon form, should find its way into civil law statute or code is for each jurisdiction which thinks fit to consider the matter. Our purpose is rather to meet the needs of those who have observed the usages to which the trust concept is put, and who see in one or more of those usages – previously outlined – a role that a trust might play in the local internal law, but who find themselves puzzling over what exactly are the basic elements of the trust, and in particular of the common

- 
1. Arbejdsgruppen bestod af: prof. *P.B.H. Birks* (Storbritannien), prof. *A. Borrás* (Spanien), *R.K. Feldthusen* (Danmark), prof. *C. González* (Spanien), prof. *D.J. Hayton* (Storbritannien), prof. *S.C.J.J. Kortmann* (Holland), prof. *Hein Kötz* (Tyskland), prof. *M. Lupoi* (Italien), prof. *A.E. von Overbeck* (Schweiz), prof. *K.G.C. Reid* (Skotland), prof. *Ph. Rémy* (Frankrig), prof. *H.L.E. Verhagen* (Holland) og prof. *D.W.M. Waters* (Canada).
  2. Principles of European Trust Law, *D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann* og *H.L.E. Verhagen* (red.), 1999.

## XIV Principles of European Trust Law

law trust. (...) Our purpose then is to assist those who wish to discover and study the core ideas of the trust. Whether in any jurisdiction those ideas should be adopted is for others to decide«.

### 2. De enkelte principper

Neden for er Principles of European Trust Law optryk i den officielle engelske tekst ved siden af en uofficiel oversættelse af principperne på dansk.<sup>3</sup> Principles of European Trust Law er udførligt kommenteret i bogen af samme navn s. 29-64,<sup>4</sup> hvilken desuden indeholder en kommentar på grundlag af dansk ret udfærdiget af *Rasmus Kristian Feldthusen*, jf. bogens s. 183-193.

#### § 1

##### Trustens væsentligste karakteristika

- (1) I en trust ejer en person, betegnet »trustee«, aktiver adskilt fra sin private formue. Trustee må kun råde over førnævnte aktiver (»trust-formuen«) til fordel for en bestemt personkreds (de »begunstigede«) eller til fremme af et formål.
- (2) Der kan være mere end én trustee og mere end én begunstiget; trustee kan selv være blandt kredsen af begunstigede.
- (3) Adskillelsen af trust-formuen indebærer, at trustees ægtefælle, arvinger og private kreditorer er afskåret fra at gøre krav gældende mod denne.
- (4) I relation til trust-formuen har en begunstiget personlige rettigheder og kan også have tinglige rettigheder, hvilke den begunstigede kan

#### Article I

##### Main characteristics of the trust

- (1) In a trust, a person called the »trustee« owns assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (the »trust fund«) for the benefit of another person called the »beneficiary« or for the furtherance of a purpose.
- (2) There can be more than one trustee and more than one beneficiary; a trustee may himself be one of the beneficiaries.
- (3) The separate existence of the trust fund entails its immunity from claims by the trustee's spouse, heirs and personal creditors.
- (4) In respect of the separate fund a beneficiary has personal rights and may also have proprietary rights against the trustee and against third parties to whom any part of

3. Principles of European Trust Law findes desuden i en officiel fransk version: *Principes de Droit Européen du Trust*.

4. Principperne er endvidere kommenteret af *D. J. Hayton*, *Modern International Developments in Trust Law*, 1999, s. 19-37.

## 2. De enkelte principper

gøre gældende mod trustee og mod tredjemand, til hvem der urtemæssigt er overført aktiver tilhørende trust-formuen.

the fund has been wrongfully transferred.

### § 2

#### Trustens stiftelse

En trust stiftes ved, at en person betegnet »stifteren« i levende live eller ved død overfører aktiver til trustee med den hensigt at danne en adskilt trust-formue. En trust kan også stiftes ved, at stifteren gør det klart, at han er trustee i relation til nærmere afgrænsede aktiver tilhørende ham.

### Article II

#### Creation of the trust

The general rule is that in order to create a trust a person called the »settlor« in his lifetime or on death must, with the intention of creating a segregated trust fund, transfer assets to the trustee. However, it may also be possible for a settlor to create a trust by making it clear that he is to be trustee of particular assets of his.

### § 3

#### Trust-formue

- (1) Trust-formuen består ikke kun af de oprindelige aktiver samt aktiver, der efterfølgende er tilføjet, men tillige af de aktiver, der fra tid til anden repræsenterer de oprindelige eller senere tilføjede aktiver.
- (2) Krav mod trustee i dennes egenskab af privatperson kan ikke gøres gældende mod trust-formuen. Bortset fra i den udstrækning stifterens oprettelse af trusten strider mod lovgivning, der beskytter stifterens kreditorer, ægtefælle og arvinger, kan krav mod trust-formuen kun gøres gældende af kreditorer, hvis krav udspringer af aftaler indgået med trustee i dennes egenskab heraf og med respekt heraf krav fra de begunstigede eller en påtaleberettiget (»enforcer«), hvilket er en person,

### Article III

#### Trust fund

- (1) The trust fund consists not only of the original assets and subsequently added, but also of those assets from time to time representing the original or added assets.
- (2) The trust fund is not available to satisfy claims made against the trustee in his personal capacity. Except to the extent that the settlor's creation of the trust contravenes laws protecting his creditors, spouse or heirs, the trust fund is available only for claims made by creditors dealing with the trustee in his capacity as such and, subject thereto, for claims of the beneficiaries or the enforcer, who is an office holder entitled to enforce a trust for purposes.
- (3) A trustee of several trusts must keep each trust fund not only seg-

## *XIV Principles of European Trust Law*

der er beføjet til at håndhæve en formålsbestemt trust («purpose trust»).

- (3) En person, der er trustee i mere end en trust, skal holde hver enkelt trust-formue adskilt, ikke kun fra sin private formue, men også fra anden trust-formue, medmindre vilkårene for disse trusts bestemmer andet.

### § 4

#### Trusts for begunstigede eller formål

- (1) Ved stiftelsen af en trust skal stifteren angive identificerede eller identificerbare personer som begunstigede over for hvilke, trustee er forpligtet eller vil være forpligtet. Stifteren kan i stedet angive formål i henhold til hvilke, der er en påtaleberettiget.
- (2) I den udstrækning stifterens bestemmelser ikke omfatter hele trust-formuen, ejer trustee disse aktiver til fordel for stifteren eller dennes arvinger.
- (3) Enhver begunstiget, eller enhver påtaleberettiget i en formålsbestemt trust, har krav på den information, der er nødvendig til at varetage sine interesser samt krav på, at trustee aflægger regnskab.
- (4) Under iagttagelse af vilkårene for trusten kan en begunstiget disponere over sin ret.
- (5) Enhver begunstiget, eller påtaleberettiget i en formålsbestemt trust, har ret til at anmode domstolene om håndhævelse af vilkårene for trusten.

regated from his private patrimony but also from each of the other trust funds, except to the extent that the terms of the trusts otherwise permits.

### Article IV

#### Trusts for beneficiaries or for enforceable purposes

- (1) Upon creating a trust, the settlor must designate ascertained or ascertainable persons as beneficiaries to whom the trustee's obligations in respect of the trust fund are owed or will be owed, or must designate purposes in respect of which there is an enforcer.
- (2) To the extent that the settlor fails to create rights affecting the whole of the trust fund the trustee will own the assets for the benefit of the settlor or his successors.
- (3) Any beneficiary, or any enforcer of a trust for purposes, has right to information needed to protect his interest and to ensure that the trustee accounts to him.
- (4) Subject to the terms of the trust, a beneficiary can make a disposition of his rights.
- (5) Any beneficiary, or any enforcer of a trust for purposes, has the right to seek judicial enforcement of the terms of the trust.

## 2. De enkelte principper

### § 5

#### Trustees forpligtelser og beføjelser

- (1) Trustee skal udøve sine rettigheder som ejer i overensstemmelse med lovgivningen og vilkårene for trusten.
- (2) Trustees væsentligste forpligtelse er at overholde vilkårene for trusten, i rimelig grad drage omsorg for trust-aktiverne og handle i de begunstigedes bedste interesse eller, ved en formålsbestemt trust, på bedste vis forfølge trustens formål.
- (3) En trustee skal holde trust-aktiverne adskilt og beskytte disse, føre korrekte regnskaber og forsyne de begunstigede og den påtaleberettigede med den information, der er nødvendig til, at de begunstigede og den påtaleberettigede kan varetage deres interesser.
- (4) I mangel af modstående bestemmelse i vilkårene for trusten eller lovgivningen, skal trustee personligt udføre sit hverv. Trustee skal handle ærligt, og han skal undgå enhver interessekonflikt, medmindre stifteren har bestemt andet.
- (5) En trustee skal til stå til regnskab vedrørende trust-formuen, er forpligtet til personligt at erstatte tab påført trust-formuen som følge af trustees misligholdelse af trusten (»breach of trust«) og skal personligt betale enhver fortjeneste indvundet af ham, der er en følge af brud på sine forpligtelser, til trust-formuen.

### Article V

#### Trustees' duties and powers

- (1) The trustee must exercise his rights as owner in accordance with the law and the terms of the trust.
- (2) The fundamental duty of a trustee is to adhere to the terms of the trust, to take reasonable care of the trust assets and to act in the best interests of the beneficiaries or, in the case of a trust for purposes, the furtherance of those purposes.
- (3) A trustee must keep separate and protect the trust assets, must maintain accurate accounts and must provide the beneficiaries and the enforcer with information requested to protect their interests.
- (4) Except to the extent otherwise permitted by the terms of the trust or by law, a trustee must personally perform his functions. He must act honestly and he must avoid all conflicts of interests unless otherwise authorised.
- (5) A trustee is accountable for the trust fund, must personally make good any loss occasioned to the trust fund by his breach of trust and must personally augment such fund by the amount of any profits made by him in breach of his duty.

## *XIV Principles of European Trust Law*

### § 6

#### **Beføjelser i anledning af trustees misligholdelse af trusten**

I anledning af at en trustee misligholder en trust, kan en domstol blandt andet udstede et forbud mod en bestemt adfærd eller afsætte en trustee og i stedet indsætte en ny trustee eller fastsætte, at der skal svares erstatning eller ske betaling af fortjenester til trust-formuen. Domstolen kan også fastsætte, at bestemte aktiver tilhørende trustee altid har været en del af trust-formuen og aldrig har været en del af trustees private formue, eller skal anses for at være stillet som sikkerhed for trustees forpligtelser.

### § 7

#### **Tredjemands forpligtelser**

Har en trustee uretmæssigt overdraget en del af trust-formuen til en modtager, der ikke nyder retsbeskyttelse, hvad enten dette skyldes at vedkommende var i ond tro eller af andre årsager, er modtageren forpligtet til at erstatte det tab, der er påført trust-formuen eller at holde de modtagne aktiver eller disses surrogater, i disses egenskab af at være en del af trust-formuen, adskilt fra sin private formue eller stille disse aktiver som sikkerhed for sine forpligtelser. Disse forpligtelser kan udstrække sig til også at gælde for modtagere i senere omsætningsled, der enten er i ond tro eller af andre årsager ikke nyder retsbeskyttelse.

### Article VI

#### **Remedies against trustees for breach of trust**

Remedies that the court can provide against a trustee for breach of trust include an order restraining particular conduct or removing the trustee from his office and replacing him or decreeing payment of compensation for losses or restitution of profits. The court may also have power to declare that particular assets of the trustee have always been part of the trust fund and never became part of his private patrimony or are to be regarded as security for satisfying his liability.

### Article VII

#### **Liabilities of third parties**

Where a trustee wrongfully transfers part of the trust fund to a transferee who is not protected as a purchaser in good faith or otherwise, the transferee must make good the loss to the trust fund or may be ordered to hold the assets so transferred (or assets representing them) as part of the trust fund separate from his private patrimony or as security for satisfying his liability. This liability may extend to any subsequent transferee who is not protected as a purchaser in good faith or otherwise.

## 2. De enkelte principper

### § 8

#### Trustens ophør

- (1) Såfremt alle de begunstigede er i live, er myndige, og kredsen af disse er fastlagt, kan de begunstigede – desuagtet vilkårene for trusten – enstemmigt forlange, at trustee bringer trusten til ophør samt udlodder trust-formuen til de begunstigede og disses repræsentanter (»nominees«) i overensstemmelse med de begunstigedes anvisninger. Dette gælder dog ikke såfremt et væsentligt formål, der er fastsat af stifteren, mangler at blive opfyldt.
- (2) En trust ophører (a) som følge af udlodning af hele trust-formuen til de begunstigede eller som følge af, at hele trust-formuen er anvendt til opfyldelse af trustens formål eller (b) som følge af, at der ikke aktuelt findes nogen begunstigede og der heller ikke potentielt findes nogen person, eksisterende eller ej, der kan blive begunstiget i henhold til vilkårene for trusten eller (c) som følge af, at en person udnytter en beføjelse til at bringe trusten til ophør.
- (3) Ved udgangen af den tilladte tidsperiode for trusten skal trust-formuen inden rimelig tid udloddes af trustee i overensstemmelse med eventuelle bestemmelser herom. I mangel af bestemmelse herom ejer trustee trust-formuen til fordel for stifteren eller dennes arvinger. Det påhviler trustee at drage omsorg for, at der et tilstrækkeligt med midler i trusten til at fyldestgøre eventuelle krav mod trustee.
- (4) Ved en formålsbestemt trust hvor formålet enten er opfyldt så vidt

### Article VII

#### Termination of trust

- (1) Notwithstanding the terms of the trust, where all the beneficiaries are in existence, have been ascertained, and are of full capacity, then, if all such beneficiaries are in agreement, they can require the trustee to terminate the trust and distribute the trust fund between themselves and their nominees as they direct. However, if some material purpose of the settlor remains to be served then the beneficiaries may not be permitted to terminate the trust.
- (2) A trust terminates (a) by virtue of all the trust fund having been distributed to beneficiaries or having been used for trust purposes, or (b) by virtue of there being no beneficiaries and no person, whether or not then in existence, who can become a beneficiary in accordance with the terms of the trust, or (c) by virtue of a person exercising a power of termination.
- (3) At the close of the permitted period for the duration of the trust (subject to a trustee retaining sufficient assets to make reasonable provisions for possible liabilities) the trust fund shall be distributed by the trustee as soon as reasonably practicable in accordance with any terms of the trust setting out how the trust fund should then be distributed. However, if there are no such terms then the trust fund shall be owned by the trustee for the benefit of the settlor or his successors.
- (4) In the case of a trust for purposes,

#### *XIV Principles of European Trust Law*

som muligt, eller hvor opfyldelse nu ikke er muligt, ejer trustee trust-formuen til fordel for stifteren eller dennes arvinger, medmindre vilkårene for trusten ændres eller perioden for trusten forlænges.

where such purposes have been fulfilled as possible or cannot now be carried out, then the trust fund shall be owned by the trustee for the benefit of the settlor or his successors, unless the terms of the trust are varied or extended.

# XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

## 1. Indledning

Trustens udbredelse på verdensplan kan i væsentligt grad tilskrives dens anvendelse i forbindelse med finansielle transaktioner. *John H. Langbein* anslår i sin artikel »The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce«, at der inden for gruppen af commercial trusts er placeret omkring 11.6 trillioner dollars, hvilket tal *John H. Langbein* anser for at være sat lavt.<sup>1</sup> Det skal endvidere holdes for øje, at tallet alene gælder for U.S.A. The Bond Market Association oplyser, at der i første kvartal af 2001 var 138 udstedelser af Asset Backed Securitizations (ABS) til en samlet værdi af \$ 21,1 mia.<sup>2</sup> samt 115 udstedelser af Mortgage Backed Securitizations (MBS) til en samlet værdi af \$ 21,3 mia.<sup>3</sup> England har historisk set været førende inden for såvel MBS og ABS, men denne førerposition er i relation til ABS'er nu for alvor truet af Italien, der siden ratifikationen af Haagerkonventionen om Trusts for alvor har sat sig på securitisation-markedet. Således var der i første kvartal af 2001 36 ABS udstedelser i England til en værdi af \$ 6,538 mia. og 38 ABS udstedelser i Italien til en værdi af \$ 6,497 mia.<sup>4</sup>

Formålet med dette kapitel er at beskrive de mest fremtrædende finansieringsstrukturer hvori trusts indgår, og på grundlag heraf bely-

---

1. *John H. Langbein*, The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce, The Yale Law Journal, vol. 107, oktober 1997, nummer 1, s. 165. Betegnelsen commercial trusts omfatter: pension trusts, investment trusts (herunder mutual funds, real estate investment trusts, oil and gas trusts og asset securitization), trust funktioner i henhold til Trust Indenture Act, regulatory compliance trusts (herunder bl.a. nuclear decommissioning trusts, environmental remediation trusts, liquidating trusts, prepaid funeral trusts, foreign insurers' trusts, law office trust account) og remedial trusts.

2. Se <http://www.bondmarkets.com/research/euroabsiss.shtml>

3. Se <http://www.bondmarkets.com/research/eurombsiss.shtml>

4. Også Holland, der tillige har ratificeret Haagerkonventionen om Trusts, har oplevet en betydelig stigning i ABS. Således blev der i første kvartal af 2001 udstedt 16 ABS til en værdi af \$ 1,892 mia. I Frankrig, der endnu ikke har ratificeret Haagerkonventionen om Trusts, blev der i første kvartal i 2001 udstedt 11 ABS til en værdi af \$ 2,179 mia.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

se og diskutere de problemstillinger som disse strukturer indebærer for dansk ret. Emnet og problemstillingerne er relevante ud fra en dansk synsvinkel eftersom danske virksomheder og banker i dag benytter sig af finansieringsstrukturer hvori der indgår trusts, f.eks. i form af Collateralized Mortgage Obligations (CMO) og syndikerede lån.

### 2. Trust for bond eller debenture holders

#### 2.1. Indledning

Trust for bond eller debenture holders er en udbredt finansieringsform og består i at f.eks. en virksomhed, der ønsker fremmedkapital som et alternativ til at optage lån i banken, går direkte ud på finansmarkedet ved at udbyde bonds (obligationer) til private og institutionelle investorer. Bonds defineres som:<sup>5</sup>

»A form of interest-bearing security issued by central or local governments, companies, banks and other institutions. Bonds are usually a form of long-term security; but they do not always carry fixed interest, they may be irredeemable and they may be secured or unsecured. In the USA the term bond includes debentures«. <sup>6</sup>

Debentures adskiller sig fra bonds ved typisk at være lån uden sikkerhed (også kaldet naked debentures) men terminologien er ikke altid klar, hvorfor begreberne bonds og debentures af og til sammenblandes.

#### 2.2. De bærende hensyn

Et bærende element bag Trust Bond og Trust Debenture konstruktionen er varetagelsen af låntager virksomhedens interesser over for den ofte meget store gruppe af investorer, således at forstå at det er nødvendigt at indsætte en mellemmand, der varetager alle investorernes

---

5. Hovedtyperne af bonds er: Income Bonds, Mortgage Bonds, Equipment Trust Certificates og Junk Bonds.

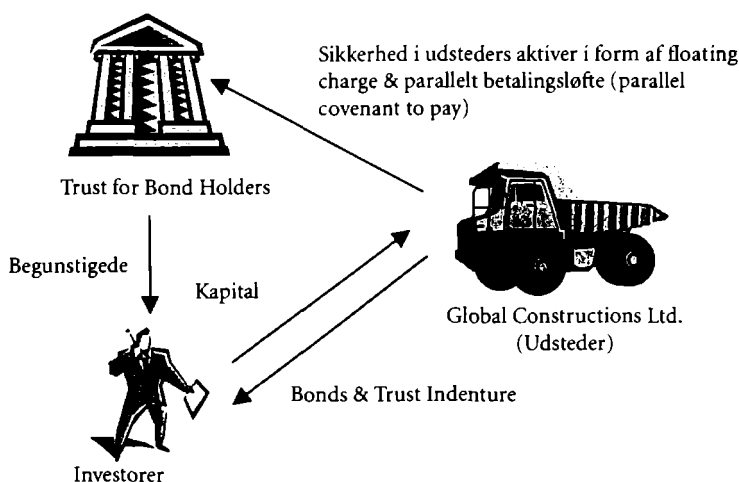
6. *Graham Bannock og William Manser, The Penguin International Dictionary of Finance, 1999.*

## 2. Trust for bond eller debenture holders

interesser på en gang.<sup>7</sup> Tilsvarende vil hensynene til investorerne ofte også tilsige at der indsættes en mellemmand, der på investorernes vegne overvåger låntagers økonomiske forhold og som kan modtage fortrolige oplysninger herom. Endvidere vil indskydelse af en mellemmand tjene til at sikre, at der ikke er nogen af investorerne der bliver forfordelt. Funktionen som mellemmand varetages af en trustee i en til formålet oprettet trust.

### 2.3. Den juridiske konstruktion

Trust for Bond Holder konstruktionen kan grafisk illustreres således:



Figuren illustrerer grundstrukturen i en trust for bond holders samt de væsentligste dispositioner. En række forhold er af hensyn til overskueligheden udeladt i figuren. Således indgår der blandt andet en lang række advokater, revisorer og banker, et kreditvurderingsinstitut, mæglere m.v.

Global Constructions Ltd. (GCL), der er et fiktivt selskab, er en låntager med behov for finansiering via fremmedkapital. I dette øjemed vælger GCL i samarbejde med blandt andet mæglere at udstede<sup>8</sup> bonds.<sup>9</sup> Som sikkerhed for lånet giver GCL et floating charge (fly-

7. Se også *Hermann Federspiel*, Mere om trusten og særlig om dens anvendelse i finansielle transaktioner, UfR 1999B.361, der giver en god fremstilling af trustens funktion ved masseudstedelse af obligationer.

8. Heraf betegnelsen Issuer.

9. Der vil typisk være tale om bearer bonds (ihænde-haverpapirer).

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

dende pant) i sine aktiver.<sup>10</sup> Sikkerheden stilles over for trusten i figuren, således at trustee bliver legal owner af sikkerheden og de til enhver tid værende investorer bliver equitable owners af sikkerheden.<sup>11</sup> Baggrunden for at sikkerheden stilles direkte til trusten er, at det ville være upraktisk såfremt hver investor – af hvilke der kan være hundreder eller tusinder – hver for sig skulle drage omsorg for iagttagelse af sikringsakter. Sikringsakten foretages i stedet en gang for alle af trustee. Dette har yderligere den fordel at hvis en investor sælger sine værdipapirer til en ny investor, så indtræder den nye investor umiddelbart som begunstiget i trusten og får derved – igen uden iagttagelse af nogen sikringsakt – equitable ownership til en ideel anpart af sikkerheden.

Trustee modtager endvidere et parallelt betalingsløfte (parallel covenant to pay) fra GCL, således at trustee på egen hånd kan agere såfremt GCL misligholder lånet.<sup>12</sup> En investor kan i sin egenskab af kreditor ligeledes påtale GCL's eventuelle misligholdelse men denne adgang vil normalt være afskåret i form af en 'no action clause' hvorved det forhindres, at det mellem investorerne bliver 'hver mand for sig selv' i forsøget på at inddrive den udestående fordring.<sup>13</sup> Det er i stedet trustees opgave at varetage samtlige investorers interesser ligeligt, hvilket også sikrer en samlet optræden over for GCL. Trustee er endvidere beføjet til at foretage eventuelle ændringer i låneaftalen såfremt dette viser sig at være nødvendigt. Er der tale om væsentlige ændringer vil dette blive forelagt investorerne på et møde (meeting of bondholders) hvor det eventuelt vil blive afgjort ved en afstemning hvorledes trustee skal forholde sig.

Misligholder GCL låneaftalen vil sikkerheden i form af floating charge krystallisere sig og trustee vil som legal owner af sikkerheden kunne tvangsfuldbyrde denne. Trustee har qua floating charge forrang for GCL's simple kreditorer, men står så vidt ses i engelsk ret tilbage for de ansatte i GCL eventuelle krav mod GCL og er sideordnet med skattevæsenet eventuelle krav mod GCL. Midlerne som tru-

---

10. Havde der været tale om en trust for debenture holders havde låntager ikke stillet sikkerhed.

11. Investorerne er således begunstigede i henhold til trusten.

12. Trustee vil tillige parallelt modtage en lang række andre covenants (løfter) vedrørende lånet således at trustee selvstændigt kan påtale disse forhold over for udsteder.

13. Hvilken på engelsk meget rammende betegnes 'race to the court', jf. også *Hermann Federspiel*, Mere om trusten og særlig om dens anvendelse i finansielle transaktioner, UfR 1999B.361ff.

## 2. Trust for bond eller debenture holders

stee inddriver på basis af floating charge uddeles til investorerne i disses egenskab af begunstigede i trusten.

Investorerne modtager ved ydelsen af lånet – udover en ret i trusten – en obligation (bond). I vilkårene for obligationerne vil der være indarbejdet en såkaldt Trust Indenture mellem virksomheden, der udsteder obligationerne (i eksemplet GCL) og investorerne, hvilken fastlægger betingelserne for obligationsudstedelsen og navngiver trustee. Trust indenture er således et andet ord for Trust Deed.

Trustees opgave er først og fremmest løbende at monitorere lånets afvikling samt udsteders økonomiske forhold. Trustee kan også have til opgave at modtage indbetalinger og fordele disse videre til de enkelte investorer, medmindre der er indskudt en såkaldt Paying Agent.

### 2.4. Trust for bond eller debenture holders ud fra en dansk synsvinkel

#### 2.4.1. Partialobligationsinstituttet

Dansk ret har tidligere anvendt en finansieringskonstruktion kaldet *partialobligationer*, der har flere ligheder med trust for debenture holders.<sup>14</sup> Finansiering via partialobligationer skete ved at en låntager rettede henvendelse til f.eks. en bank, der assisterede ved udstedelse af en hovedobligation (som oftest i form af et pantebrev), i henhold til hvilken låntageren stillede sikkerhed, f.eks. i fast ejendom, skibe, driftsmidler m.v. Hovedpantebrevet/hovedobligationen (i det følgende benævnt hovedværdipapiret) deltes herefter op i en mængde partialpantebreve/partialobligationer (massegældsbreve) (i det følgende benævnt partialværdipapirer), hvis vilkår og samlede pålydende var identisk med hovedværdipapiret.<sup>15</sup> Partialværdipapiret henviste til

14. Se *Herman Federspiel* der i sin artikel 'Mere om trusten og særlig om dens anvendelse i finansielle transaktioner' fremdrager partialobligationsinstituttet som en parallel til trustens funktion ved masseudstedelse af obligationer, UfR 1999B.361.

15. Se om partialobligationsinstituttet *Sigurd Thomsen*, En ny Organisation af Partialobligationslaan, UfR 1913B, 229, *N. Cohn*, Panteretten, JT 1933.116f., *Frederik Vinding Kruse*, Nogle bemærkninger om dansk Panteret, JT 1933.138, *Henry Ussing*, Enkelte Kontrakter, 1940, s. 78ff, *Frederik Vinding Kruse*, Ejendomsretten, 3. bind, 3. udg., 1951, s. 1553f., *Aage Svendsen* og *Hans Topsøe-Jensen*, T. Hindenburg Juridisk Formularbog, 9. udg., 1956, s. 489ff., *R. Kæstel*, Bankjura, 3. udg., 1969, s. 183 og 254, *Jesper Berning*, Finansieringsret, 1977, s. 88 og 100, *Mogens Laursen* og *Kaj Preskou*, Investering i aktier, obligationer og andre værdipapirer, 1986, s. 111 og *Bernhard Gomard*, Obligationsret, 4. del, 1994, s. 15 note 4. Se vedrørende norsk ret *Carl Jacob Arnholm*, Panteretten, 1942.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

hovedværdipapiret og gav indehaveren af partialværdipapiret en andel i hovedværdipapiret og pantesikkerheden. Havde låntageren stillet sikkerhed for lånet således at hovedværdipapiret gav sikkerhed i dette, var partialværdipapirerne – der jo afledte deres ret fra hovedværdipapiret – ikke pantebreve men derimod simple gældsbreve, medmindre de lød på »efter ordre« eller »til ihændehaver«, i hvilket tilfælde der var tale om negotiable gældsbreve. Iagttagelse af sikringsakter vedrørende den stillede sikkerhed kunne derfor foretages en gang for alle af repræsentanten.

Om baggrunden for denne finansieringsform anfører *Henry Ussing*:

»Denne Laaneform er opfundet, fordi der i en Panterets lange levetid ofte maa handles af Panthaveren eller overfor ham, f.Eks. gives Kvittering paa Pantebrevet eller gøres Paategning om Ændringer i Panteretten eller iværksættes Retsforfølgning i Pantet. Af Hensyn hertil er det nødvendigt at indsætte en Person, der kan repræsentere samtlige Laanekreditorer, og at gøre Hovedobligationen til det egentlige pantebrev, saaledes at kun den skal fremlægges for at opnaa Aflysning o.s.v. Til Gengæld maa man begrænse de enkelte Partialobligationsejeres Beføjelse til at optræde på egen Haand, jf. U 1939.854«. <sup>16</sup>

Den væsentligste årsag til opfindelsen af partialobligationsinstituttet var altså ifølge *Henry Ussing* fordelene ved at indskyde et mellemlid mellem pantsætter (låntager) og panthaverne (obligationsejerne) for derved at smidiggøre det indbyrdes forhold mellem pantsætter og panthavere. Disse karakteristika fremdrages meget præcist af *N. Cohn* i sin anmeldelse af *Frederik Vinding Kruses* Ejendomsretten:

»Endnu paa et andet Omraade vil Forf.<sup>17</sup> Skabe Ejerpantet en Fremtid. Han hævder nemlig S. 1780, at de hidtil benyttede *Partialobligationslaan*, hvorved der udstedes en Hovedobligation, paa Grundlag af hvilken der udfærdiges Partialobligationer, fremtidig skulle bortfalde, da det »efter Ejerpantets Legalisering i Tinglysningslovens § 40, 1. og 2. Stk., i de fleste tilfælde (vil) være mere praktisk straks fra første Færd at udstede en Række mindre selvstændige Ejerpantebreve, der efter Bemærkning i deres ensartede Tekst er indbyrdes ligestillet, og som derefter kan transporteres af Ejeren til eventuelle senere Købere, herved spares det dobbelte Sæt Dokumenter, ...« (...) Denne Opfattelse hviler imidlertid paa en Misforstaaelse af Partialobligationslaanets Væsen. Hovedobligationens Funktion er ikke at muliggøre Pantestiftelsen, forinden man kender de enkelte Kreditorers Navne, men at sammenfatte de talrige

16. *Henry Ussing*, *Enkelte Kontrakter*, 1940, s. 79.

17. *Frederik Vinding Kruse* (red.).

## 2. Trust for bond eller debenture holders

forskellige Laangivere i et enkelt Laaneforhold med *en fælles Repræsentant*, saaledes at alle Mellemværender vedrørende Panteretten, saasom Kvittering, Relaksationer, Rykningspaategninger, Retsfølgning, Opgørelse ved Tvangsauktion, osv. kan foregaa alene ved Forhandling med dennes Repræsentant og Paategning paa Hovedobligationen. Dette kan selvsagt ikke opnaas ved den af Forf. Anviste Udvej, der ganske vist 'sparer' Hovedobligationen, men derved ogsaa hele den praktiske Anvendelighed af denne Laaneform.

I virkeligheden er Partialobligationslaanene langt den vigtigste Form for Pantebreve, idet Kredit og Hypotekforeningslaan – hvad ofte overses – er en Form for Partialobligationslaan med en Flerhed af Debitorer.<sup>18</sup>

*Frederik Vinding Kruse* affærdiger i et svar til *N. Cohns* anmeldelse denne kritik og anfører, at der ikke er nogen grund til at udstede en hovedobligation, idet man i stedet kan nøjes med at udstede et tilstrækkeligt antal sideordnede pantebreve og i disse føje de relevante bestemmelser vedrørende repræsentation m.v. ind.<sup>19</sup> *Frederik Vinding Kruse* synes imidlertid at overse de praktiske vanskeligheder et stort antal sideordnede pantebrev kan forårsage sammenlignet med en hovedobligation, som alle partialobligationerne henholder sig til. Som eksempel herpå kan nævnes den situation, at der skal ske en aflysning af alle pantebreve eller at der skal foretages ændringer i vilkårene for alle pantebreve i form af en tilføjelse af vilkår eller sletning af samme.<sup>20</sup> Såfremt der er udstedt et stort antal pantebreve, herunder til investorer i udlandet, kan det være vanskeligt – hvis ikke praktisk umuligt<sup>21</sup> – at indhente samtlige pantebreve.

18. *N. Cohn*, Panteretten, JT 1933.117.

19. *Frederik Vinding Kruses* svar på *Cohn's* bemærkninger er ganske lakonisk: »Til Anmelderens Bemærkninger S. 116 om *Partialobligationer og en Hovedobligation*, som der formenes stadig at være Brug for, skal jeg bemærke, at Bogtrykkerkunsten jo er opfundet, men at det varede besynderlig længe, flere Aarhundreder, inden det gik op for det private Forretningsliv, at denne tekniske Opfindelse ogsaa kunne anvendes ved *private* Dokumenter, at selv ind i dette Aarhundrede var det det overvejende, at Trykningen kun anvendtes ved offentlige Obligationer, men paa den anden Side Bogtrykkerkunstens Anvendelse paa private Pantebreve overflødiggør Hovedobligationen, ogsaa til de af Anmelderen fremhævede Formaal, idet den fælles *Repræsentation* med hensyn til Kvittering, Relaksationer, Rykningspaategninger og lign., som Anmelderen med Rette fremhæver som praktisk, jo simpelthen kan anføres paa Tryk i samtlige Trykte Partialobligationer«, JT 1933. 138. Se i samme retning *Aage Svendsen* og *Thorkil Myrdahl*, der henviser til *Frederik Vinding Kruses* bemærkninger i *Ejendomsretten*, T. Hindenburg Juridisk Formularbog, 7. udg., 1935, s. 430 fodnote 1. Denne henvisning går imidlertid ikke igen i 9. udgave hvor *Thorkil Myrdahl* er blevet erstattet med *Hans Topsøe-Jensen*.

20. Jf. *Henry Ussing*, *Enkelte Kontrakter*, 1940, s. 79.

21. Særligt hvor pantebrevene er blevet handlet i flere led.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

Partialobligationslån foregik i praksis normalt ved at låntagers bank blev tildelt rollen som repræsentant<sup>22</sup> og i denne egenskab modtog hovedobligationen. Repræsentanten var ofte betalingssted for investorerne og drog omsorg for indfrielse af rentekuponer samt af forfaldne obligationer på vegne af investorerne. Herudover havde repræsentanten ret (men formentlig ikke en pligt i henhold til hovedobligationen) til at varetage partialobligationsejernes fælles interesser over for låntager.<sup>23</sup> Repræsentanten skulle i udførelsen af sit hverv tage hensyn til investorernes interesser, og havde formentlig en handlingspligt til at varetage investorernes interesser, når dette var påkrævet, og kunne formentlig ifalde erstatningsansvar såfremt repræsentanten undlod at reagere.<sup>24</sup> I T. Hindenburgs Juridisk Formularbog er følgende anført om repræsentanten i paradigmet for hovedobligationen:

»B bank skal, sålænge nogen af partialobligationerne måtte være uindfriet, være eneste uigenkaldelige repræsentant for partialobligationsejerne i forhold til debitor med hensyn til den heromhandlede gæld og følgelig berettiget til i det hele i anledning af denne at optræde på samtlige partialobligationsejeres vegne. Der fordres kun B banks afskrivning eller kvittering på denne hovedobligation, for at afdrag på pantebrevet og dette i dets helhed kan udslettes af tingbogen, og navnlig behøver de udtrukne og indfrie partialobligationer ikke at forelægges, for at aflysning og udslettelse med hensyn til afdrag eller pantebrevet i dets helhed kan ske. B bank er berettiget til at give nærværende pantebrev påtegninger om eventuelle forandringer i panteretten. Hvis B banks repræsentation skulle ophøre, er selskabets bestyrelse berettiget til ved påtegning på denne hovedobligation at bestemme, hvem der efter bestyrelsens valg skal være uigenkaldelig repræsentant for partialobligationsejerne og i enhver henseende have samtlige de rettigheder og beføjelser, som i dette pantebrev er tillagt B bank«. <sup>25</sup>

---

22. Se dog *Sigurd Thomsen*, En ny Organisation af Partialobligationslaan, UfR1913B, s. 229, der nævner et konkret eksempel på at der i stedet for låntagers bank er valgt Revisions- og Forvaltningsinstituttet i København.

23. Se *Bernhard Gomard*, Obligationsret, 4. del, 1994, s. 15, note 4 samt helt generelt om fordringer med flere kreditorer, herunder om særfordringsret og samfordringsret, s. 14ff.

24. Jf. *Henry Ussing*, Enkelte Kontrakter, 1940, s. 79.

25. *Aage Svendsen og Hans Topsøe-Jensen*, T. Hindenburg Juridisk Formularbog, 9. udg., 1956, s. 490f.

## 2. Trust for bond eller debenture holders

Af det citerede fremgår at repræsentanten var tillagt endog meget vide beføjelser, idet repræsentanten var berettiget til i det hele at optræde på vegne af investorerne i forhold der vedrørte gælden. Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt at det var udsteder der udpegede repræsentanten samt at der ikke var indsat bestemmelse om afholdelse af møde med investorerne med henblik på orientering og eventuelt afstemning<sup>26</sup> om væsentlige forhold vedrørende lånet eller udsteder.<sup>27</sup>

Repræsentanten var mellemmand mellem investorerne og udsteder. Retsforholdet mellem repræsentanten og investorerne var ikke stiftet ved en gensidig aftale mellem disse parter, men var derimod resultatet af udsteders og repræsentantens indbyrdes aftale. På denne vis havde aftalen karakter af »take it or leave it«, idet investorerne enten måtte acceptere de i hovedobligationen fastsatte vilkår eller i stedet undlade at investere i projektet. I denne henseende minder bestemmelserne i hovedobligationen om *trust indenture*, hvilket som beskrevet oven for er en betegnelse for at vilkårene for en obligationsudstedelse er fastlagt på forhånd, idet de er indarbejdet i et dokument mellem udsteder og investorerne, i hvilket trustee samtidigt er udpeget. Investorernes retsstilling over for repræsentanten var dog betydeligt svagere end det er praksis i moderne internationale finansieringskonstruktioner, hvor det som oftest er foreskrevet at investorerne har (med-)bestemmelseret ved væsentlige ændringer af låneforholdet, ligesom der er bestemmelse om afholdelse af årlige investormøder m.v. Denne forskel kan udviskes ved at formulere bestemmelserne i hovedobligationen anderledes. I et forsøg på at kvalificere forholdet mellem investorerne og repræsentanten forekommer mandatforhold, fuldmagtsforhold og agentforhold at være mest nærliggende. Dog er der ikke tale om et sædvanligt mandat- eller fuldmagtsforhold som følge af repræsentan-

---

26. Se dog som eksempel på en sådan bestemmelse UfR 1941.1027 Ø, hvor det af bestemmelserne i en partial hovedobligation fremgår, at hver partialobligation giver en stemme og at enhver beslutning vedtages med simpelt flertal.

27. Se kritisk hertil *Sigurd Thomsen*, En ny Organisation af Partialobligationslaan, UfR1913B, s. 229ff.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

tens meget selvstændige stilling<sup>28</sup> samt den omstændighed, at investorerne – i hvert fald ikke uden videre – kan tilbagekalde fuldmagten til repræsentanten. Ønsker investorerne at optræde selvstændigt over for udsteder kræves formentlig at de alle – eller i hvert fald et betydeligt antal af disse – optræder samlet. Østre Landsrets bemærkninger i UfR 1938.854<sup>29</sup> om repræsentantens ret vidtgående beføjelser til at optræde på samtlige investorers vegne ikke kun, eller ikke alene, kan anses for at være legitimationsregler men også må opfattes som indskrænkninger i de enkelte investorers rådighed over deres fordring, illustrerer betydelige ligheder mellem repræsentantens og trustees funktion. Det særlige ved trustees legal ownership er netop at der heri ligger de administrative funktioner, i modsætning til de begunstigedes equitable ownership, der rummer den økonomiske værdi.

Af Hindeburgs formularsamling anføres det i paradigmet til hovedobligationen, at i tilfælde af at låntager misligholder tilbagebetalingen af lånet eller visse andre forhold vedrørende lånet, står det den af partialobligationsejerne indsatte repræsentant frit for straks, og uden hensyn til den (for kreditorerne) vedtagne uopsigeligthed, at fordringen skadesløst udbetalt med renter.<sup>30</sup> Repræsentanten er således eneberettiget til at opsiges gælden og til at tage skridt til at tvangsfuld-

---

28. Se UfR 1938.854 Ø der vedrørte et partialobligationslån, hvor udsteder (et A/S) havde udstedt et partialobligationslån med første prioritet i en af udsteders faste ejendomme. Udsteder overdrog samtlige sine aktiver og passiver til et andet aktieselskab. Under henvisning til at der i hovedobligationens tekst (hvortil partialobligationerne selv henviser til) var optaget justitsministeriets pantebrevsformular I, påstod en partialobligationsejer, at den foretagne overdragelse var omfattet af pantebrevsformular I om ejerskifte, hvorfor partialobligationsejeren anså sig for berettiget til at forlange sin andel af lånet udbetalt, idet denne beføjelse lå hos repræsentanten. Heri fik partialobligationsejeren ikke medhold. Østre Landsret henviste til hovedobligationens bestemmelser om repræsentantens beføjelser og anførte i dets præmisser: »Derimod maa der gives de Sagsøgte Medhold i, at Sagsøgerne ikke paa egen Haand kan bringe den oftnævnte Bestemmelse i Anvendelse. Ved et Partialobligationslaan foreligger der imellem de enkelte Partialobligationsejere et Interesséfællesskab, der ogsaa i nærværende Tilfælde giver sig tydelige Udtryk i Laanedokumentets Tekst. Ved Partialobligationen faar dens Ejer 'Andel' i Hovedobligationen, og ifølge denne gives der Besidderen af den, nemlig Københavns Handelsbank, ret vidtgaaende Beføjelser til at optræde paa samtlige Partialobligationsejeres Vegne, og disse Beføjelser kan ikke, eller dog ikke alene, anses som Legitimationsregler, men maa ogsaa opfattes som Indskrænkninger i de enkelte Partialobligationsejeres Raadighed over deres Fordring«.

29. Se fodnoten oven for.

30. Aage Svendsen og Hans Topsøe-Jensen, T. Hindenburg Juridisk Formularbog, 9. udg., 1956, s. 490.

## 2. Trust for bond eller debenture holders

byrde gælden. Eventuelle tvangsfuldbyrdsesskridt lettes som udgangspunkt af, at pantet er stillet direkte over for repræsentanten. I modsætning til trust for bond/debenture holders konstruktionen afgiver låntager ved partialobligationer *ikke* et parallelt betalingsløfte til repræsentanten. Forholdet ved partialobligationer er i stedet det, at repræsentanten udøver låntagers betalingsløfte på vegne af de begunstigede. De problemstillinger der er forbundet med afgivelse af et parallelt betalingsløfte i relation til dansk ret, er behandlet selvstændigt neden for 2.4.4.

Det formentlig vigtigste aspekt ved brugen af trusts i finansielle transaktioner er de begunstigedes tinglige beskyttelse. Hvorvidt investorerne er beskyttet mod repræsentantens personlige kreditorer og aftaleerhververe ses ikke diskuteret i dansk teori, og problemstillingen har ikke været genstand for prøvelse i retspraksis. Repræsentanten er ikke kreditor ifølge fordringen i forhold til låntager. De eneste kreditorer i lånearrangementet er investorerne. Sikkerheden stilles imidlertid af låntager direkte over for repræsentanten i hovedobligationen (hovedpantebrevet), hvortil der i sin tur henvises til i partialobligationerne. Repræsentanten har således et pant uden en tilsvarende fordring i et låneforhold. Det må lægges til grund at pantebrevet, der er indeholdt i hovedobligationen er et skadesløsbrev.<sup>31</sup> I modsætning til almindelige pantebreve, hvor den pantsikrede fordring samt erklæringen hvortil panteretten støtter sig på, er samlet i ét dokument, forudsættes det i skadesløsbrevet, at den pantsikrede fordring følger af et underliggende skyldforhold som er helt uafhængig af skadesløsbrevet. Et skadesløsbrev er derfor ikke et gælds-brev og som en konsekvens heraf heller ikke et omsætningsgælds-brev,<sup>32</sup> uagtet at skadesløsbrevet måtte give pant i fast ejendom. Skadesløsbreve adskiller sig endvidere fra almindelige pantebreve ved at det ikke er muligt for panthaver – såfremt det er nødvendigt at realisere pantet – at foretage umiddelbart udlæg alene på grundlag af skadesløsbrevet. Hertil kræves yderligere, at gældens størrelse og forfaldstidens indtræden enten erkendes af skyldneren eller klart fremgår af omstændighederne, jf. retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 6. På denne baggrund må såvel repræsentanten

31. Jf. således formulering i T. Hindenburg Juridisk Formularsamling s. 490: »Til sikkerhed for skadesløs betaling af den selskabet efter nærværende pantebrev påhvilende gæld med renter ...«, Aage Svendsen og Hans Topsøe-Jensen, 9. udg., 1956.

32. Der ses her bort fra ihændehaverskadesløsbreve.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

som dennes kreditorer – individual- som universalfølgende kreditorer – være afskåret fra at søge sig fyldestgjort i pantet for andre krav end dem, der følger af det separate skyldforhold med långiverne. Ligeledes må repræsentantens aftaleerhververe være afskåret fra at søge sig fyldestgjort i pantet, medmindre aftaleerhververne samtidig har modtaget den pantsikrede fordring. Såvel pantsætter som investorerne synes således i tilstrækkelig grad at være sikret mod repræsentantens kreditorer og aftaleerhververe i relation til pantet. Vedrørende de af låntager foretagne indbetalinger til repræsentanten må det anbefales, at disse indsættes på en separat konto og at der i øvrigt træffes de fornødne foranstaltninger til at sikre at midlerne er beskyttet mod repræsentantens kreditorer og eventuelle dispositioner foretaget af repræsentanten til fordel for andre end investorerne.

Retsinstituttet partialobligationer ser ud til måske at få en renæssance i Danmark. I hvert fald har Nordea Markets som arrangør i december 2001 udstedt et prospekt indeholdende såkaldte Collateralized Bond Obligations, der har flere ligheder med partialobligationerne.

### 2.4.2. Akkomodationsobligationsinstituttet

Akkomodationsobligationen er ofte i den juridiske litteratur blevet betegnet som en pro forma retshandel, idet denne ikke udstedtes på grundlag af en pengefordring, men derimod med det formål for øje, at rejse penge. Akkomodationsobligationen skabte således hverken en personlig forpligtelse eller et pantekrav på det beløb, den lød på.<sup>33</sup> Konstruktionen gik ud på, at D udstedte et pantebrev til S som pantekreditor, der kunne være en form for stråmand, og som kun havde til opgave at muliggøre, at der kunne rejses penge til fordel for D ved at pantebrevet af S blev håndpantset til en långiver, idet S overdrog pantebrevet til långiver.<sup>34</sup>

33. Jf. *Henry Ussing*, *Aftaler*, 3. udg., 1950, s. 167. Se endvidere om akkomodationsobligationer blandt andre *Frederik Vinding Kruse*, *Ejendomsretten*, 3. bind, 3. udg., 1951, s. 1486ff., *W. E. von Eyben*, *Panterettigheder*, 1958, s. 110f. og *Thomas Rørdam* og *Vagn Carstensen*, *Pant*, 6. udg., 1997, s. 104f.

34. Alternativet til akkomodationsobligationen – når der bortses fra ejerpantebrevet – var at debitor gav pantebrevet direkte til kreditor, således at kreditor skulle foretage pantsætningen i eget navn. Herved ville overgivelsen af pantebrevet indeholde en bemyndigelse (og dispositionsbeføjelse) for kreditor til at foretage en pantsætning.

## 2. Trust for bond eller debenture holders

Akkomodationspantebrevet er med tiden blevet afløst af ejerpantebrevet og skadesløsbrevet. Ejerpantebrevet vandt først rigtigt indpas i dansk ret efter vedtagelsen af tinglysningsloven, der i § 40 så at sige legaliserede denne form for pantebrev.<sup>35</sup>

Akkomodationsobligationen er som nævnt oven for ofte klassificeret som pro forma eller en skinretshandel. Disse betegnelser forekommer misvisende, idet betegnelserne ikke tilsvarende benyttes om ejerpantebrevet, der ud fra de samme betragtninger også indeholder et pro forma element.<sup>36</sup>

*Frederik Vinding Kruse* fokuserer på pro forma elementet ved akkomodationsobligationen men kan nærmest læses således, at dette ikke er aktuelt ved ejerpantebrevet, jf. *Frederik Vinding Kruse's* svar på *N. Cohn's* anmeldelse af værket *Ejendomsretten*: »Angaaende *Akkomodationsobligationen* maa jeg overfor Anmelderens Bemærkning s. 115-16 fastholde, at denne Obligation er et Proformadokument, hvilket ogsaa altid hos os har været den almindelige Opfattelse, se f.Eks. *Torp: Tingsret*, 2 Udg. S. 672, og at den følgelig ikke nu længere, nemlig efter *T.L.*, kan tinglyses, ...« (min kursivering).<sup>37</sup> Der kan ikke gives *Frederik Vinding Kruse* medhold i, at akkomodationsobligationer ikke kan tinglyses efter vedtagelsen af tinglysningsloven. Tinglysningsloven anerkender 'pro forma' dokumenter, herunder især ejerpantebrevet.<sup>38</sup>

Den afgørende forskel mellem de to dokumenttyper er, at akkomodationsobligationen benytter sig af en art mellemmand. Dette særtræk ved akkomodationsobligationen indebærer en fare for, at mellemmanden kan misbruge pantebrevet. Konstruktionen indeholder derfor et væsentligt moment af tillid til mellemmanden, hvorfor det er meget træffende når *N. Cohn* betegner akkomodationsobligationen som en fiduciarisk pantsætning.<sup>39</sup>

Akkomodationsobligationsinstituttet har visse ligheder med trust

35. Se nærmere *Frederik Vinding Kruse*, *Ejendomsretten*, 3. bind, 3. udg., 1951, s. 1486.

36. Jf. *Thomas Rørdam* og *Vagn Carstensen* der anfører at ejerpantebrevet på samme måde som akkomodationsobligationen er et pro forma dokument, *Pant*, 6. rev. udg., 1997, s. 105 og 106: »Et ejerpantebrev har flere karakteristika fælles med akkomodationsobligationen. Begge dokumenter er som nævnt proforma-dokumenter, hvor den reelle kreditor er skjult, og det samme gælder det sikrede låneforhold«.

37. *Frederik Vinding Kruse*, *Nogle bemærkninger om dansk panteret*, *Juridisk Tidsskrift*, 1933, s. 138.

38. Jf. *W. E. von Eyben*, *Panterrettigheder*, 1958, s. 111 og *Knud Illum*, *Tinglysning*, 6. udg., 1982, s. 237 med note 45.

39. *N. Cohn*, *Panteretten*, *Juridisk Tidsskrift*, 1933, s. 115.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

for debenture holders. Således stilles sikkerheden i begge konstruktioner ikke til den reelle kreditor men derimod til en mellemmand, der ikke har noget krav mod låntager. Faren for at mellemmanden misbrugte den udstedte obligation førte ifølge *Frederik Vinding Kruse* til, at man 'særligt i dette øjemed dannede mindre aktieselskaber', der fungerede som mellemmand.<sup>40</sup> Med andre ord anvendtes til tider et SPV (Special Purpose Vehicle) for at minimere eventuelle risici. Akkomodationsobligationen adskiller sig fra trust for debenture holders konstruktionen ved, at mellemmanden ikke er indsat til at varetage og handle på vegne af de reelle kreditorer. Mellemmanden forsvinder i stedet ud af billedet fra det øjeblik obligationen håndpantsettes til en reel kreditor.

### 2.4.3. Pant i tingsindbegreb

Der gælder i dansk ret et forbud mod pant i tingsindbegreb, jf. tinglysningslovens § 47b, stk. 1.<sup>41</sup> Bortset fra de undtagelser der er nævnt i forrige fodnote er det ikke i dansk ret muligt at etablere et flydende pant (floating charge) i en virksomheds aktiver. Der er dog i praksis udviklet en model, der i et vist omfang tilbyder visse af de fordele, der er forbundet med et flydende pant, nemlig udskillelse af formuegoder i selskabsform.<sup>42</sup> Dette gøres ved at oprette et datterselskab (SPV), der modtager ejendomsretten til de relevante formuegoder. Aktierne i datterselskabet pantsættes af moderselskabet til kreditgiver.

### 2.4.4. Panteret og fordringsret

I trust for debenture holder konstruktionen stiller låntager sikkerheden direkte over for trustee. Endvidere udsteder låntager – udover panteretten – et parallelt betalingsløfte (parallel covenant to pay) til

40. *Frederik Vinding Kruse*, Ejendomsretten, 3. bind, 3. udg., 1951, s. 1486.

41. Som en undtagelse til dette forbud foreskriver tinglysningslovens § 47b, stk. 2, at såfremt en erhvervsvirksomhed drives fra lejet ejendom kan indehaveren, uanset tinglysningslovens § 47b, stk. 1, pantsætte det til virksomheden hørende driftsinventar og driftsmateriel. Endvidere giver tinglysningslovens § 37 mulighed for, at den der har pant i en erhvervsjendom, hvorfra der drives en erhvervsvirksomhed, tillige kan få pant i virksomhedens driftsinventar og driftsmateriel. Se endvidere lov om høstpant, der går forud for førnævnte bestemmelser, i henhold til hvilken en ejer eller bruger af en landbrugsejendom kan stifte pant i ejendommens afgrøder til sikkerhed for betaling af gæld opstået i forbindelse med indkøb af visse rå- og hjælpestoffer, jf. lovens § 1.

42. Jf. *Lennart Lyngé Andersen og Erik Werlauff*, Kreditretten, 3. udg., 2000, s. 233ff.

### 3. Equipment Trust Certificates

trustee. Spørgsmålet er imidlertid om det efter dansk ret er nødvendigt med et parallelt betalingsløfte eller om panteretten i sig selv tillige er en fordringsret. *W. E. von Eyben* argumenterer i *Formuerettigheder* overbevisende for at 'panteretten ikke blot forudsætter men er en fordringsret'.<sup>43</sup> Jeg kan tilslutte mig at panteretten i sig selv er en fordringsret, men for at panteretten har denne egenskab må det forudsættes, at fordringshaveren har givet sin accept heraf, herunder at panthaver på egen hånd kan realisere pantet.<sup>44</sup> Panthaver fungerer som en art mellemmand for fordringshaveren. Tager panthaver initiativ til at realiseres pantet på baggrund af den i panteretten iboende fordringsret, er provenuet forbeholdt fordringshaver. Panthaver må i mangel af modstående aftale ikke benytte provenuet til egne formål.

Eftersom panteretten tillige kan være en fordringsret synes der ikke i dansk ret at være behov for at låntager udsteder et parallelt betalingsløfte til trustee.<sup>45</sup>

### 3. Equipment Trust Certificates

#### 3.1. Indledning

Equipment Trust Certificates (ETC)<sup>46</sup> er en finansieringsform, der benyttes til finansiering af indkøb af nye driftsmidler, herunder særligt af virksomheder inden for transportbranchen såsom fly- og togselskaber.<sup>47</sup>

Equipment Trust adskiller sig fra Bondholder Trust og Securitisation ved at det her er trusten, der optager lån og udsteder værdipapirer (equipment trust certificates) samt at trustee forbliver legal owner

---

43. *W. E. von Eyben*, *Formuerettigheder*, 6. udg., 1979, s. 49. Kursivering er forfatterens egen.

44. Det der adskiller panteretten fra fordringsretten er dækningsadgangen, idet kreditor qua panteretten har en særlig adgang til at søge sig fyldestgjort der – forudsat alle relevante sikringsakter er foretaget – giver kreditor en fortrinsstilling.

45. Retsvirkningerne forbundet med et parallelt betalingsløfte er endvidere uafklarede i dansk ret.

46. Der findes også en såkaldt Enhanced Equipment Trust Certificate (EETC) hvilket blandt andet adskiller sig fra ETC ved at udsteder er bankruptcy remote, hvorved det er muligt at opnå en højere rating af kreditvurderingsinstitutterne.

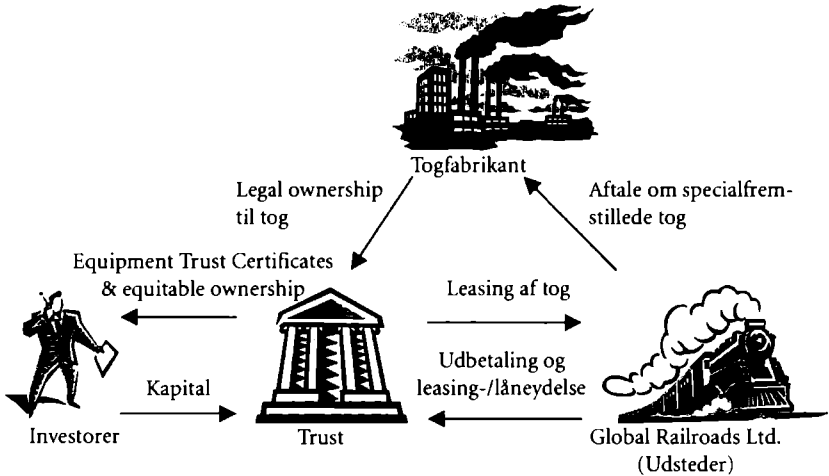
47. Se som eksempel flyselskabet America West Airlines Inc., der den 18. maj 2001 annoncerede en private placement af \$ 427 millioner enhanced equipment trust certificates vedrørende finansiering af 14 airbus A319 og A320 fly.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

af de relevante driftsmidler indtil lånet er betalt. Finansiering af køb af luftfartøjer kan dog også ske i form af en securitisation, nemlig i form af »ALPS«, der står for Aircraft Lease Portfolio Securitisation.

### 3.2. Den juridiske konstruktion

Equipment Trust konstruktionen kan grafisk opstilles således:



Det særegne ved Equipment Trust Certificates konstruktionen er, at långiver (trustee) optræder som ejer samt leasinggiver, og låntager (udsteder) optræder som leasingtager, således at låntager kun har en brugsret til de i eksemplet benyttede togstammer. Udsteder erhverver ejendomsretten (legal ownership) til togstammerne hvis og såfremt udsteder betaler den udestående gæld. Misligholder udsteder tilbagebetalingen af lånet, bortsælger trustee togstammerne og provenuet heraf fordeles blandt investorerne (bond holders). Indtil gælden er tilbagebetalt har investorerne equitable ownership i trustens aktiver, der består af togstammerne.

Trustee varetager investorernes interesser og drager omsorg for iagttagelse af eventuelle sikringsakter vedrørende ejendomsretten i togstammerne. Trustee modtager betalinger fra udsteder, hvilke kanaliseres videre til investorerne. Trustee overvåger tilbagebetalingen af lånet samt udsteders økonomiske forhold og griber ind såfremt dette er påkrævet. Trustee vil endvidere typisk være eneberettiget til at intervenere over for udsteder såfremt det er påkrævet.

### 3. *Equipment Trust Certificates*

Investorenes certifikater er frit omsættelige værdipapirer og kan således af investorerne sælges til tredjemand, der herefter indtræder i den sælgende investors retsstilling i forhold til trustee.

#### 3.3. *Equipment Trust Certificates* ud fra en dansk synsvinkel

*Equipment Trust Certificates* har ligheder med den traditionelle 'køb med ejendomsforbehold' konstruktion, men adskiller sig herfra ved at ejendomsretten er hos långiver (trustee).<sup>48</sup> *Equipment Trust Certificates* er i stedet en form for tilbygning på det i Danmark velkendte finansieringsinstrument: operationel henholdsvis finansiell leasing. Tilbygningen går på at den konkrete leasingaftale markedsføres over for eksterne investorer, idet leasinggiver udsteder certifikater samt ved at leasinggiver gøres til en Bankruptcy Remote Entity, hvorved forstås en enhed, der ikke berøres af andre enheders konkurs.

##### 3.3.1. *Lov om registrering af rettigheder over luftfartøjer*

Anvendelse af *Equipment Trust Certificates* i relation til finansiering af fly var allerede diskuteret i dansk ret i forbindelse med overvejelserne om indførelse af en lovgivning om registrering af rettigheder over luftfartøjer, jf. betænkning nr. 180 af 1957. Den 13. juni 1950 nedsatte den daværende Justitsminister et udvalg, der fik til opgave at tilvejebringe retsregler vedrørende luftprivatretten med særligt henblik på gennemførelse af Geneve-luftfartskonventionen (konventionen om international anerkendelse af rettigheder i luftfartøjer, indgået i Geneve den 19. juni 1948). Udvalgets overvejelser og lovudkast findes i ovennævnte betænkning og resultatet af udvalgets arbejde blev lov om registrering af rettigheder over luftfartøjer (*Luftfartøjsregistreringsloven*).

Det fremgår af luftfartøjsregistreringslovens § 1, stk. 1, at rettigheder over luftfartøjer som er indført i det i luftfartsloven omhandlede nationalitetsregister, selv skal registreres for at opnå beskyttelse over

---

48. I modsætning til køb med ejendomsforbehold hvor ejendomsretten – i hvert fald ud fra en moderne synsvinkel – anses for at være hos køberen. Således kan køberen stifte pant i genstanden, køberen har den skattemæssige afskrivningsret til genstanden og køber skal aktivere genstanden i sit årsregnskab, jf. *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff, Kreditretten*, 3. udg., 2000, s. 170.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

for aftaler om luftfartøjet og mod retsforfølgning.<sup>49</sup> Der er derved indført et system for rettigheder over luftfartøjer som det i forvejen kendes for rettigheder over fast ejendom. I modsætning til tinglysningsloven er der i luftfartøjsregistreringsloven en opremsning af de rettigheder, der kan registreres, jf. § 2. Luftfartøjsregistreringslovens kap. 2 indeholder særlige regler om udenlandske luftfartøjer, dvs. luftfartøjer der er indregistreret i en anden stat end Danmark og som har tiltrådt Geneve-luftfartskonventionen, jf. § 26. Luftfartøjsregistreringslovens § 27 indeholder en opremsning af rettigheder, der nyder beskyttelse i Danmark under forudsætning af, at den pågældende ret er stiftet i overensstemmelse med de herom gældende regler i den stat, i hvis nationalitetsregister luftfartøjet dengang var indført, og retten er lovligt optaget i et offentligt register i en stat, som har tiltrådt Genèvekonventionen af 1948. Disse rettigheder er:

- 1) ejendomsretten til et luftfartøj,
- 2) retten for besidderen af et luftfartøj til at erhverve dette ved køb,
- 3) lejeretten med hensyn til et luftfartøj, såfremt den er indrømmet for et tidsrum af mindst 6 måneder, og
- 4) panterrettigheder og lignende sikkerhedsrettigheder over luftfartøjer, der i henhold til aftale tjener til sikkerhed for opfyldelsen af en forpligtelse, hvis beløb er fastsat til en bestemt sum eller med et vist maksimum. For så vidt angår renter, gælder beskyttelsen dog kun sådanne, som er påløbet i et tidsrum af indtil 3 år før retsforfølgningens begyndelse eller under selve retsforfølgningen.

Opremsningen i § 27 svarer hovedsageligt til de rettigheder, der er opremsat i lovens § 2. Dog anføres det i betænkningens bemærkninger til § 27, at ind under ejendomsretten til et luftfartøj »... falder herunder også navnlig det i USA forekommende retsinstitut 'equipment trust', hvor långiver indtræder som ejer af luftfartøjet, medens låntager får brugsretten med hensyn til dette, men med adgang til at erhverve ejendomsretten til luftfartøjet, når gælden er betalt.«<sup>50</sup> Bemærkningerne uddyber ikke nærmere hvad der ligger i, at retsinstituttet equipment trust er omfattet af § 27. På *den ene side* kan det læses sådan, at trustees ejendomsret i luftfartøjet anerkendes i forhold

49. Vedrørende kravene for at kunne registrere et luftfartøj i Danmark se lov om luftfart (luftfartsloven) §§ 6-16.

50. »En lovgivning om registrering af rettigheder over luftfartøjer, betænkning nr. 180 af 1957, s. 22.

### 3. *Equipment Trust Certificates*

til leasingtager samt tredjemand. Det er imidlertid vanskeligt at se hvilken betydning dette skulle have. Måske tænkes der på den situation hvor det ikke er trustee men derimod leasingtager, der står som registreret ejer af luftfartøjet. I en sådan situation vil det imidlertid ikke have nogen betydning om ejeren af luftfartøjet er trustee eller ej, idet det her vil være registrets udvisende, der er afgørende, jf. luftfartøjsregistreringslovens § 21. Det kan derfor ikke antages at det har været denne forståelse, der har været hensigten. På *den anden side* kan bemærkningerne læses sådan, at det er de begunstigedes ejendomsret over for omverden – herunder trustee og leasingtager – der anerkendes. Den situation der her må være tænkt på er hvor trustee er indført i registret som ejer i sin egenskab af trustee, således at de reelle ejere af luftfartøjet – de begunstigede – ikke står anført i registret. Den omstændighed at det alene er trustee, der står anført som ejer, kan volde vanskeligheder for de begunstigede, ikke kun i dansk ret men tillige i (andre) civil law stater, såfremt trustee enten går konkurs, eller såfremt trustees individualfølgende kreditorer begærer udlæg foretaget i luftfartøjet eller såfremt trustee overdrager luftfartøjet til en aftaleerhverver. Det er nærliggende at antage, at det er denne situation som udvalget har haft i tankerne da det udarbejdede betænkningen, eller måske snarere, at det er denne situation som U.S.A. har fremdraget i forbindelse med udfærdigelsen af Geneve-luftfartskonventionen. Det må formodes, at det har været hensigten med konventionen at beskytte de begunstigedes equitable ejendomsret, hvilket har betydning ved fortolkningen af den danske lov.

Indholdet af retsbeskyttelsen skal i henhold til Geneve-luftfartøjskonventionen afgøres efter registreringsstatens ret, såfremt den pågældende rettighed er gyldigt stiftet i den pågældende stat og lovligt indført i et offentligt register i den stat, hvor luftfartøjet er indregistreret. Forestiller man sig således en situation hvor et luftfartøj, der er registreret i det amerikanske luftfartøjsregister, finansieres ved hjælp af en Equipment Trust Certificate konstruktion, således at trustees ejendomsret indføres i det amerikanske luftfartøjsregister i U.S.A., vil det være de amerikanske regler, der afgør indholdet af de begunstigedes retsbeskyttelse. Dette må også gælde i den situation hvor det amerikansk indregistrerede luftfartøj befinder sig i Danmark, og danske eller udenlandske kreditorer, på baggrund af personlige krav mod trustee, ønsker at foretage udlæg i luftfartøjet. Kreditorerne

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

må her skulle anerkende, at trustee ikke har den fulde ejendomsret til luftfartøjet, idet de reelle ejere er de begunstigede i trusten (investorerne).<sup>51</sup> Spørgsmålet om hvorvidt en dansk aftaleerhverver kan eksstingvere de begunstigedes ret i trusten, eller om de begunstigede i stedet qua deres equitable ejendomsret kan vindicere fra aftaleerhververen, må formentlig tilsvarende skulle afgøres efter amerikansk ret. I relation til rettigheder over udenlandske luftfartøjer anerkender dansk ret således de begunstigedes tinglige ret i relation til trustee og tredjemænd i den udstrækning, som registreringslandet selv gør det.<sup>52</sup>

Det anføres i betænkningens bemærkninger til § 27, at et vanskeligt problem, der ikke blev løst under de forhandlinger der gik forud for konventionens tilvejebringelse, var den situation hvor et luftfartøj overføres fra ét lands register til et tilsvarende register i et andet land. I dette tilfælde kunne såvel den oprindelige som den senere registreringsstats lovgivning tænkes at være afgørende for retsbeskyttelsens indhold. Det af udvalget udarbejdede lovforslag indeholdt ikke nogen løsning på dette problem, idet udvalget henlagde løsningen på problemet til domstolene. Forestiller man sig følgende eksempel:

Et amerikansk indregistreret luftfartøj indgår i en Equipment Trust Certificate konstruktion således at trustee står registreret som ejer af dette. Luftfartøjet leases til et amerikansk luftfartsselskab, der hidtil har brugt dette i amerikansk luftrum. Det amerikanske luftfartsselskab ønsker nu at anvende luftfartøjet i Europa via sit danske datterselskab, hvorfor trustee og luftfartsselskabet enes om at overføre luftfartøjet til det danske luftfartøjsregister. Kort efter at registreringen er tilendebragt fremsætter en dansk eller udenlandsk kreditor over for en dansk fogedret begæring om, at der på baggrund af personlige krav

---

51. Jf. også de mere overordnede bemærkninger i betænkningen: »Ifølge sagens natur må enhver international ordning af de problemer, som omhandles i Genevekonventionen, medføre en vis resignation fra de enkelte staters side, idet de forhåndenværende nationale regler frembyder meget store forskelligheder og ikke kan forventes accepteret af alle andre stater. En international ordning må derfor til en vis grad få kompromisets karakter, og med hensyn til Genevekonventionen er det fra forskellige sider blevet udtalt, at den repræsenterer maksimum af, hvad man kunne forvente af gensidige indrømmelser«, betænkning nr. 180 af 1957, s. 11.

52. Dette vil formentlig indebære, at lande som Holland og Italien for hvem trusts er fremmede men som har ratificeret Haager-Trustkonventionen, vil yde de begunstigede i trusten retsbeskyttelse efter hollandsk eller italiensk ret i det omfang at Haager-Trustkonventionen foreskriver dette. Dette kan få en afsmittende effekt i relation til f.eks. individualfølgning af danske kreditorer mod et hollandsk indregistreret fly, der er ejet af en trustee.

### 3. *Equipment Trust Certificates*

mod trustee foretages udlæg i luftfartøjet. De begunstigede i henhold til trusten protesterer herimod.

Hvis det er amerikansk ret, der regulerer indholdet af retsbeskyttelsen ved konflikten, må resultatet være, at de begunstigede får medhold i deres protest og kreditorernes begæring følgelig afvises. Er det i stedet dansk ret der finder anvendelse, afhænger resultatet i første omgang af hvorvidt det allerede følger af luftfartøjsregistreringsloven samt Genève-luftfartskonventionen om international anerkendelse af rettigheder i luftfartøjer, at rettigheder i henhold til equipment trusts anerkendes også i relation til dansk indregistrerede luftfartøj (neden for A.). Såfremt dette ikke er tilfældet opstår spørgsmålet, hvilken betydning en flytning af luftfartøjet fra luftfartøjsregistret i én stat til luftfartøjsregistret i en anden stat har for udstrækningen af de begunstigedes retsbeskyttelse (neden for B).<sup>53</sup>

A. *Indholdet af de i luftfartøjsregisterloven opremsede tinglige rettigheder.* Det er her spørgsmålet om hvorvidt opremsningen af rettigheder i luftfartøjsregistreringslovens § 2, der er en generel regel om rettigheder i luftfartøjer, tillige omfatter de rettigheder, der er nævnt i luftfartøjsregistreringslovens § 27, hvilket er en særregel for rettigheder i udenlandske luftfartøjer.

På den ene side taler det for at luftfartøjsregistreringslovens § 2 omfatter equipment trusts, at det i betænkningens bemærkninger til § 27 anføres, at de i bestemmelsen omhandlede rettigheder i det væsentlige svarer til de i § 2 opregnede. Endvidere taler det for at equipment trusts er omfattet af opremsningen i § 2, at der derved sikres en indre sammenhæng mellem §§ 2 og 27, hvilket særligt har betydning i tilfælde af at luftfartøjer flyttes fra luftfartøjsregistret i ét land til et andet land, se neden for B.

På den anden side nævnes equipment trusts kun i relation til § 27, der vedrører udenlandske luftfartøjer. Dette kan fortolkes således, at man dengang ikke kunne forestille sig, at finansiering af luftfartøjer

---

53. Vedrørende spørgsmålet om de begunstigedes ret i en trust, bestående af en fast ejendom, er beskyttet mod trustees personlige kreditorer og aftaleerhververe efter de almindelige regler i tinglysningsloven, henvises der til analysen oven for kapitel XIII, 4. vedrørende tinglysningsloven, idet der er flere ligheder mellem problemstillingerne i tinglysningsloven og luftfartøjsregistreringsloven.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

via equipment trusts ville finde sted i relation til danske luftfartøjer.<sup>54</sup> Ligeledes kunne argumentet for ikke at lade rettigheder i equipment trusts gælde for danske luftfartøjer være, at dansk ret ikke har regler om trusts, herunder om de begunstigedes retsbeskyttelse over for trustees kreditorer og aftaleerhververe, hvorfor man ikke har ønsket at inkludere trust-rettigheder under de rettigheder, der i dansk ret i medfør af luftfartøjsregistreringslovens § 2 kan registreres i det danske luftfartøjsregister. Der synes at være argumenter for det synspunkt, at luftfartøjsregistreringslovens § 2 ikke omfatter de begunstigedes rettigheder i henhold til en equipment trust certificate konstruktion. Implikationerne af dette resultat er imidlertid betydelige i forhold til retsvirkningerne af en flytning af et luftfartøj fra luftfartøjsregistret i ét land til luftfartøjsregistret i et andet land, se straks neden for B.

*B. Retsvirkningerne af en flytning af et luftfartøj fra et luftfartøjsregister til et andet luftfartøjsregister.* Spørgsmålet der søges besvaret i det følgende kan formuleres som: hvad betyder det for indholdet af retsbeskyttelsen at et luftfartøj flyttes fra luftfartøjsregistret i ét land til et luftfartøjsregister i et andet land og eventuelt videre til luftfartøjsregistret i et tredje land eller tilbage til luftfartøjsregistret i det første land?

Det er formentlig ikke muligt at opstille et udgangspunkt, hvorefter flytning af et luftfartøj fra et register i ét land til et register i et andet land ikke indebærer, at den én gang opnåede beskyttelse forringes. Denne tankegang fører naturligt videre til spørgsmålet om hvorvidt man omvendt kan forestille sig, at det er muligt at opnå en bedre beskyttelse ved at flytte luftfartøjet fra registret i ét land til et andet. Forestiller man sig følgende eksempel: et dansk indregistreret luftfartøj, der er ejet af en trustee i en equipment trust, flyttes til det amerikanske luftfartøjsregister. Dette må formentlig indebære – såfremt det

---

54. Statens Luftfartsvæsen (SLV) har i telefonisk samtale oplyst, at man i hvert fald er bekendt med tre tilfælde hvor equipment trusts har været benyttet i forbindelse med finansiering af luftfartøjer registreret i Danmark.

### 3. *Equipment Trust Certificates*

antages at det herefter er amerikansk ret der finder anvendelse<sup>55</sup> – at de begunstigedes beskyttelse mod trustees tredjemænd potentielt set udvides i det omfang amerikansk ret går videre end dansk ret i denne henseende. Lægges dette resultat til grund må det næste spørgsmål være, hvad der så gælder såfremt luftfartøjet på et senere tidspunkt flyttes tilbage til det danske luftfartøjsregister og det antages, at det nu (igen) er dansk ret der regulerer forholdet.<sup>56</sup> Det må her antages, at de begunstigedes beskyttelse mod trustees tredjemænd i denne situation igen ændrer sig, således at tredjemandsbeskyttelsen nu igen reguleres af dansk ret.

C. *Vurdering.* De under B.) kortlagte vanskelige problemstillinger er alle en konsekvens af den betragtning, at luftfartøjslovens §§ 2 og 27 ikke omfatter de samme rettigheder, idet § 27 går videre og omfatter equipment trusts. Hensynet til den indre sammenhæng i luftfartøjsregistreringsloven, hensynet til forudseelighed samt den omstændighed, at en manglende overensstemmelse mellem §§ 2 og 27 kan føre til vilkårlige resultater, taler derimod alle i retning af, at §§ 2 og 27 har det samme anvendelsesområde, dvs. at begge bestemmelser omfatter equipment trusts. Det er imidlertid vanskeligt at nå frem til et sikkert resultat – det være sig i den ene eller den anden retning – som følge af de meget sparsomme bemærkninger i betænkningen samt den omstændighed, at dansk retspraksis – selv 44 år efter offent-

55. Er resultatet derimod at det altid er den oprindelige registreringsstats lovgivning, der finder anvendelse på forholdet, er der for så vidt ikke noget problem forbundet med skift af registreringsstat. Det vil da i eksemplet indebære, at dansk ret fremdeles finder anvendelse. Lægges det endvidere til grund at rettigheder i henhold til equipment trusts ikke er omfattet af § 2, vil afgørelsen af, om de begunstigede er beskyttet mod trustees personlige kreditorer og aftaleerhververe, skulle afgøres efter dansk rets almindelige formueretlige regler, se nærmere analysen af tinglysningsloven i forhold til trusts oven for kapitel XIII, 4.3.1. En konsekvens af den betragtning, at det altid er den oprindelige registreringsstats lovgivning der finder anvendelse, uanset efterfølgende flytning af luftfartøjet til andre registreringsstater er, at faktorerens orden får stor betydning. Ønskes et luftfartøj således finansieret via en equipment trust må det anbefales – i hvert fald hvis investorerne skal være beskyttet som begunstigede i henhold til en trust og dansk ret ikke i tilstrækkelig grad kan yde denne beskyttelse – at luftfartøjet i første omgang registreres i luftfartøjsregistret i en common law stat, hvorefter det så efterfølgende flyttes til det danske luftfartøjsregister.

56. Det kan yderligere diskuteres hvorvidt det overhovedet bør tillades, at de begunstigedes retsbeskyttelse kan udvide sig ved at skifte indregistreringsstat for luftfartøjet, idet dette vil kunne anses for at gå trustees personlige kreditorer og aftaleerhververes interesser for nær. Det er med andre ord muligt at foretage »register shopping« på bekostning af trustees personlige kreditorer og aftaleerhververe.

liggørelsen af betænkningen – endnu ikke har haft lejlighed til at tage stilling til problematikken.

## 4. Securitisation

### 4.1. Indledning

Securitisation er en måde hvorpå aktiver tilhørende en juridisk eller fysisk person (kaldet originator) transformeres til værdipapirer, der udbydes til en større mængde investorer, hvorved originator i stedet for aktiverne nu har en likvid beholdning,<sup>57</sup> jf. også følgende beskrivelse af *Steven L. Schwarcz*:

»Securitization is a financing technique whereby a company transfers rights in receivables or other financial assets to a special purpose vehicle (SPV), which in turn issues securities to capital market investors and uses the proceeds of the issuance to pay for the financial assets. The investors buy the securities based on their assessment of the value of the financial assets, often without concern for the company's financial condition. Thus, companies that otherwise cannot obtain financing now can do so; and companies that can obtain financing now may be able to do so at lower cost.«.<sup>58</sup>

57. Se også *Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff*, *Kreditretten*, 3. udg., 2000, s. 242 der sonder mellem securitisation i bredere og snævrere forstand. Ved securitisation i snævrere forstand forstår forfatterne: »... at bestemte aktivgrupper (eksempelvis faste ejendomme, en pantebrevsportefølje, en portefølje af købekontrakter m.v.) forvandles til enten at være en portefølje af omsættelige obligationer eller til kontanter.« Se endvidere om securitisation *Hans Peter Bär*, *Asset Securitisation*, 3. udg., 1999, *Värdepapperisering – Securitisation*, 1995, red. *Frederik Månsson og Per-Ulrik-Andersson* samt *Erik Werlauff's* anmeldelse af samme i *UfR* 1996B.159ff., *Christian Herskind*, *Revisions og Regnskabsvæsen*, 1993, nr. 2, s. 39ff. og *Flemming Brokhattingen, Torben Bender og Jesper Olsen*, *Revision og Regnskabsvæsen*, 1997, nr. 3, s. 18ff.

58. *Steven L. Schwarcz*, *The Universal Language of Cross-Border Finance*, *Duke Journal of Comparative and International Law*, nr. 8, s. 236. Se også *Finanstilsynets* publikation *Pengeinstitutters rentemarginal*, august 2000, pkt. 4.6. om Udstedelse af værdipapirer på grundlag af en pulje af aktiver: »Ved securitisation kan banklån danne grundlag for udstedelse af omsættelige værdipapirer med sikkerhed i de forventede fremtidige betalingsstrømme fra de bagvedliggende lån. Der skelnes typisk mellem to former for securitisering; off-balance og on-balance securitisering. Ved off-balance securitisering flyttes en portefølje af aktiver (lån f.eks.) fra balancen og videresælges som værdipapirer til investorer, mens aktiverne ved on-balance securitisering bliver på balancen. Ved at sælge eller restrukturere noget af kreditrisikoen på banklånene kan securitisering reducere forretningernes kapitalbindinger (herunder solvenskrav).« Publikationen kan læses på internetadressen:  
<http://www.ftnet.dk/publik/publikationer/pengeinstituttersnes/kap04001.html>

Ethvert aktiv kan principielt gøres til genstand for securitisation blot aktivet efter al sandsynlighed er egnet til at generere indtægter af en vis størrelse og med en kvalificeret grad af sandsynlighed. Som eksempel på de utallige muligheder kan nævnes, at sangeren *David Bowie* har foretaget en securitisation af de fremtidige royalty indtægter af sine første 25 plader ved at udstede obligationer<sup>59</sup> med en løbetid på 10 år. Værdien heraf blev opgjort til ca. 55 millioner dollars.<sup>60</sup> Som eksempler på andre aktiver, der er genstand for securitisation, kan i flæng nævnes: indtægter fra flybilletter, indtægter fra abonnenter, indtægter fra taxa licenser, m.v.<sup>61</sup> Et af de seneste eksempler på en ny form for securitisation er General Healthcare Group (GHG), der er en gruppe af privathospitaler i England. Det lykkedes GHG at rejse £ 975 mio. ved at securitise de fremtidige indtægter fra hospitalernes operationer. GHG har stillet sikkerhed i tilbagevendende betalinger fra dets patienter samt dets ejendomsportefølje til en værdi af £ 1,1 mia., hvilken blandt andet inkluderer General Healthcare Group's 44 hospitaler i England. I U.S.A. er amerikanske forsikrings-selskaber i de seneste år begyndt at foretage securitization af forsikringsrisici, se nærmere neden for 4.6.

Securitization er ikke – det engelske udtryk til trods – en juridisk konstruktion, der kun eksisterer i common law lande. Securitization kan faktisk med en vis ret siges at være opfundet i Danmark i form af det danske realkreditsystem, der har eksisteret i mange år.<sup>62</sup> Det

59. Disse fik navnet *Bowie Bonds*<sup>TM</sup>.

60. Markedet venter sig meget af mulighederne for at foretage securitisation inden for underholdningsindustrien. Efter *David Bowie*'s securitisation fulgte i juni 1998 tre *Motown* securitisations, der var næsten identiske. Det underliggende aktiv var sangskriver trioen *Edward Holland, Brian Holland* og *Lamont Dozier* rettigheder. Disse tre sangskrivere har skrevet teksterne til 70 *Billboard* hits. I december 1998 fandt endnu en stor securitisation sted af en sangskriver duo bestående af *Nicholas Ashford* og *Valerie Simpson*, der sammen tillige har skrevet adskillige *Billboard* hits.

61. Endvidere har kendte firmaer som *Madame Tussaud's museum, London City Airport* og *Marne* et *Champagne* benyttet sig af securitisation inden for den kategori, der betegnes *Whole Business Securitisation*, jf.

<http://www.vinodkothari.com/wholebusiness.htm>

62. Jf. <http://www.vinodkothari.com/secdenma.htm>: »It is said that mortgage markets in Denmark have existed for the last 200 years, and therefore, Denmark is the real birthplace of securitisation. The structure of Danish mortgage market is much similar to the present concept of US mortgage pass throughs.« Securitisation kendes også i Tyskland i form af *Pfandbriefe*, se nærmere:

<http://www.vinodkothari.com/secnews.htm#pfandbrief>

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

danske marked for obligationer – såvel realkredit- som statsobligationer – er blandt de største i Europa, hvilket skyldes den lange danske tradition inden for finansiering på denne vis.<sup>63</sup> *Jens Poulsen* anfører som eksempel på securitisation Kreditkassen for Husejere i København, der blev stiftet i 1794 efter den første store brand, der hærgede København.<sup>64</sup> Kreditkassen for Husejere i København var den første kreditforening og havde til formål at skaffe kapital til genopbygningen af København. Ifølge *Jens Poulsen* har Kreditkassen for Husejere i København i mere end 200 år systematisk samlet pantebreve, der giver sikkerhed i fast ejendom, i en pulje, og på dette grundlag udstedt obligationer i form af omsætningsgældsbreve. Kreditkassen for Husejere i København fusionerede senere med Byggeriets Realkreditfond og hedder nu BRF Kredit. Investorerne der købte disse obligationer fik sikkerhed i Kreditkassens portefølje af pantebreve. Tab på et enkelt arrangement blev i første omgang båret af Kreditkassens reserver og såfremt disse ikke strakte til, blev tabet fordelt på alle de udstedte obligationer inden for den enkelte serie.

En af de væsentligste fordele ved securitisation er at originator, qua salget af de indtægtsgivende aktiver til et SPV, frigør kapital *samtidig med* at kunderelationen til debitorerne kan bibeholdes (ved at originator varetager kontakten til disse m.v.). På dette punkt adskiller securitisation sig fra et almindeligt salg af fordringer. En anden fordel er at originators balance trimmes.

### 4.2. Oversigt

Begrebet securitisation fungerer som en samlebetegnelse for en række forskellige konstruktioner. Overordnet set sondres der mellem to hovedtyper af securitisation:

---

63. Jf. <http://www.euromoney.com/index.html> under »Nordic Markets«: »The Danish bond market is among the largest in Europe. As well as government bonds, the Danish market has a large volume of mortgage-credit bonds. The large proportion of mortgage-credit bonds is explained by the Danish tradition of financing construction and private housing by issuing mortgage-credit bonds.« Se også *Securitisation – An International Perspective*, *John K. Thompson*, OECD publikation, 1995, s. 70: »Despite the country's small size, the Danish fixed-income market is one of the biggest in Europe. There was in mid 1993 around DKr 800 billion (around \$ 125 billion) in mortgage bonds outstanding, which accounted for 60 per cent of the Danish bond market«.

64. *Securitisation*, *Jens Poulsen*, *Finansfokus*, nr. 2, juni 2000. Artiklen kan læses på internetadressen: <http://www.finansforbundet.dk/default.asp?mId=208&ArtId=159>

- A. **Asset Backed Securitisation (ABS).**<sup>65</sup> Ved ABS stilles der sikkerhed for betalingerne i henhold til de udstedte værdipapirer. Sikkerheden kan bestå i hvad som helst, dog undtaget fast ejendom og pantebreve i fast ejendom, idet disse i stedet henføres til MBS, se neden for.<sup>66</sup>
- B. **Mortgage Backed Securitisation (MBS).**<sup>67</sup> Ved MBS modtager investorerne pengestrømmene fra en pulje af pantebreve i fast ejendom. Sikkerheden består i denne pulje af pantebreve, der i sin tur giver sikkerhed i fast ejendom. Denne model har som nævnt oven for store ligheder med dansk rets realkreditsystem.

Inden for den finansieringsretlige terminologi benytter man sig af en række betegnelser for securitisation modeller, der i større eller mindre grad varierer fra hovedtyperne ABS og MBS. Inden for ABS'er finder man Collateralized Debt Obligations (CDO) og inden for MBS'er finder man Collateralized Mortgage Obligations (CMO'er).<sup>68</sup> Strukturen i CDO'er og CMO'er er beslægtede hvilket skyldes, at man ved udformningen af CDO'er i høj grad har ladet sig inspirere af det

65. Se om ABS'er [www.bondmarket.com](http://www.bondmarket.com) An Investor's Guide to Asset-Backed Securities (ABS), der kan læses på internetadressen:

[http://www.bondmarkets.com/publications/igabs/an\\_investors\\_guide\\_to\\_abs.pdf](http://www.bondmarkets.com/publications/igabs/an_investors_guide_to_abs.pdf)

ABS'er beskrives i rapporten: Den finansielle sektor efter år 2000: »Kort fortalt er »securitisation« udstedelse af værdipapirer (Asset Backed Securities) med sikkerhed i forventede fremtidige betalingsstrømme fra et underliggende aktiv. I princippet sætter kun fantasien grænser for, hvad der (med et godt dansk ord) kan securitiseres. F.eks. kan lån, leasing betalinger og betalingsstrømme fra kreditkort securitiseres. I den mere eksotiske ende har David Bowie securitiseret de betalinger, der forventes at strømme ind fra salget af sine plader. Der skelnes typisk mellem to former for securitisering: off-balance og on-balance securitisering. Ved off-balance securitisering flyttes en pool af aktiver fra balancen og videresælges som værdipapirer til investor, mens aktiverne ved on-balance securitisering bliver på balancen. En af fordelene (blandt mange) ved securitisering er, at værdipapirer i modsætning til det underliggende aktiv, f.eks. et banklån, er let omsætteligt og dermed likvidt«, s. 61. boks 5.2.

66. Som eksempel på typer af ABS kan bl. nævnes: CARs (Certificates of Automobile Receivables), CARDs (Certificates of Amortising Revolving Debts), ABCPs (Asset Backed Commercial Paper), APTs (Agency Pass Throughs) og CLEO's (Collateralized Lease Equipment Obligations), *Hans Peter Bår*, Asset Securitisation, 3. udg., 1999, s. 127.

67. Se om MBS [www.bondmarket.com](http://www.bondmarket.com) An Investor's Guide to Mortgage Backed Securities, der kan læses på internetadressen: [http://www.bondmarkets.com/publications/igmbfs/an\\_investors\\_guide\\_to\\_mortgage\\_securities.pdf](http://www.bondmarkets.com/publications/igmbfs/an_investors_guide_to_mortgage_securities.pdf)

68. Se om CMO'er [www.bondmarket.com](http://www.bondmarket.com) An Investor's Guide to Collateralized Mortgage Obligations (CMOs), der kan læses på internetadressen: [http://www.bondmarkets.com/publications/igcmo/an\\_investors\\_guide\\_to\\_cmos.pdf](http://www.bondmarkets.com/publications/igcmo/an_investors_guide_to_cmos.pdf)

allerede eksisterende produkt CMO'er. Det oprindelige produkt (CMO'er) beskrives nedenfor.

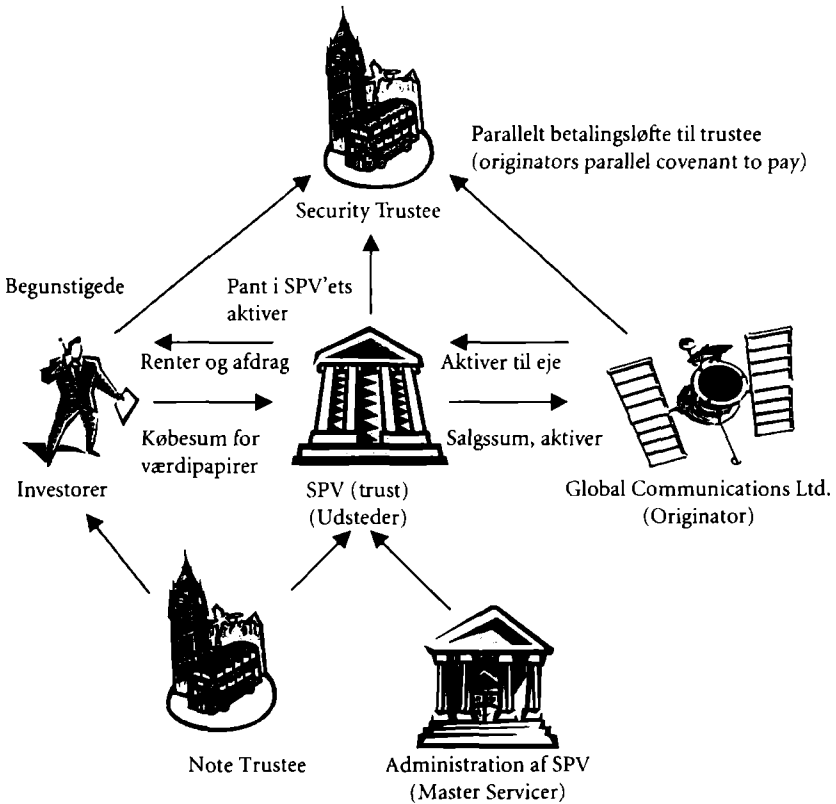
### 4.3. Asset Backed Securitisation

#### 4.3.1. *De bærende hensyn*

Grundlæggende for forståelsen af securitisation konstruktionen er kendskab til de bærende juridiske hensyn bag modellen. *For det første* er der hensynet til investorerne, der udover at have interesse i at der rent faktisk bliver betalt af på deres fordring, tillige har interesse i at være beskyttet mod de involverede parters kreditorer. Dette betegnes ofte i fagsprog som at den stillede sikkerhed skal være 'bankruptcy remote'. *For det andet* er der hensynet til originator (debitor), der ikke ønsker at hver enkelt investor skal kunne agere på egen hånd over for originator, f.eks. i tilfælde af misligholdelse med betalinger, ændring af lånevilkår, m.v. *For det tredje* er der de overordnede hensyn til så vidt muligt at gøre de udstedte obligationer så let omsættelige som muligt samt reducere de formalia som hver enkelt investor skal overholde, så som sikringsakter, til et minimum.

#### 4.3.2. *Den juridiske konstruktion*

Securitisation konstruktionen ved en ABS kan grafisk opstilles således:



Figuren illustrerer en securitisation konstruktion samt de væsentligste dispositioner og pengestrømme. En række forhold er af hensyn til overskueligheden udeladt i figuren. Således indgår der blandt andet en lang række advokater, revisorer og (investerings-)banker, en arranger, en lead manager, credit enhancement providers, paying agents, liquidity provider, guaranteed investment contract provider og swap provider.<sup>69</sup>

Originatoren – i illustrationen det fiktive selskab Global Communications Ltd. (GCL) – er et selskab, der ligger inde med en række eksisterende licenser fra teleselskaber, radio- og tv-stationer m.v., der genererer en forholdsvis fast strøm af indtægter. Licenserne er nu og her illikvide aktiver for GCL, der måske netop nu har brug for kapital til at foretage investeringer i nyt kommunikationsudstyr, satellitter m.v. GCL vælger derfor at rette henvendelse til en bank med henblik på at 'securitise' GCL's licenser.

Indledningsvist rettes der henvendelse til et internationalt anerkendt kreditvurderingsbureau, f.eks. Standard & Poors eller Moodys,

69. Se nærmere *Hans Peter Bär, Asset Securitisation*, 3. udg., 1999, s. 99.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

der vurderer licenserne samt den stillede sikkerhed, med henblik på at opnå en tilfredsstillende rating, f.eks. AAA eller Aaa.<sup>70</sup> Herefter sælger GCL sine licenser til et til formålet oprettet selskab eller en trust, et Special Purpose Vehicle, der er udsteder.<sup>71</sup> Det er ikke et krav, at licenserne sælges til udsteder, men dette foretrækkes ofte for derved effektivt at fjerne licenserne fra originators økonomiske sfære. Vælger originator at sælge licenserne er det et krav, at overdragelsen fra originator til udsteder er et såkaldt »true sale« hvorved forstås, at ejendomsretten er overdraget og at denne overdragelse er reel og ikke pro forma. Der findes iøvrigt og generelt set tre måder hvorpå de underliggende aktiver i praksis overføres på: 1. Novation, 2. Assignment og 3. Sub-Participation. **Novation** (er betegnelsen for den situation, hvor den ene kontraktspart, med samtykke fra den anden kontrahent, udskiftes med en ny kontrahent som herefter er fuldt berettiget og forpligtet som den nu udskiftede kontrahent var det.) Novation er ikke så praktisk forekommende eftersom dette kræver samtykke fra alle de involverede parter, dvs. originator, udsteder og debitorerne i henhold til de underliggende aktiver (Account Debtors). **Assignment** kan foretages på to måder: Legal Assignment og Equitable Assignment. Ved Legal Assignment sælger originator sin fulde ejendomsret til de underliggende aktiver til udsteder. Sker overdragelsen i form af en legal assignment skal der imidlertid i f.eks. England gives en skriftlig underretning til account debtors om overdragelsen. Dette krav kan være administrativt meget byrdefuldt, idet hver enkelt account debtor skal lokaliseres. Endvidere kan en sådan underretning være uønsket af originator, idet originator ikke ønsker at oplyse sine kunder om, at han har securitised sine fordringer mod dem, eftersom dette kan give kunderne det forkerte indtryk. Alternativt kan parterne vælge at overdrage de underliggende aktiver ved en equitable assignment. Equitable assignment anerkendes som et true sale og har den fordel, at der ikke stilles krav om underretning til account debtors.<sup>72</sup> Equitable assignment har på den anden side en række ulemper. For

70. AAA er Standard & Poors bedste rating og Aaa er Moodys bedste rating.

71. SPV'et vil ofte være en trust på baggrund af det minimum af formalia der gælder for denne retsfigur sammenlignet med selskaber, hvor der er krav om bestyrelse m.v.

72. Se som eksempel herpå Paragon Auto and Secured Finance (No. 1) Plc. i International Structured Finance (New Issue Report), Moody's Investors Service, 28. december 2000, der kan læses på internetadressen: <http://www.paragon-group.co.uk/files/pasf1.pdf>

*det første* kan account debtors betale til originator med frigørende virkning. *For det andet* skal udsteder anerkende enhver krav på modregning som account debtors måtte have mod originator eller som måtte opstå efter overdragelsen af de underliggende aktiver ved equitable assignment. *For det tredje* kan SPV'et ikke lægge sag an i eget navn men er nødt til at gøre dette sammen med originator. Endelig er der en klassisk trust-retlig problemstilling i form af muligheden for eksstinktion. Ved Equitable assignment ligger originator inde med legal ownership til de underliggende aktiver og fremstår i denne egenkab – som enhver anden trustee – overfor omverden som værende beføjet til at råde over aktiverne. Sælger originator således de underliggende aktiver til en godtroende tredjemand (bona fide purchaser for value without notice) vil SPV'ets ret til disse aktiver kunne eksstingveres.<sup>73</sup> **Sub-Participation** er betegnelsen for den situation, at den finansierende bank involverer en række andre banker i finansieringen, men således at den oprindelige aftale mellem den finansierende bank (originating bank) og låntagerne er uberørt, idet den finansierende bank indgår en separat aftale med de andre banker (participating banks).

Overdragelse i form af true sale til SPV'et tjener to formål. *For det første* gøres licenserne derigennem bankruptcy remote, hvorved forstås at licenserne ikke inddrages i en eventuel konkursbehandling af GCL.<sup>74</sup> Det er muligt at lade originator eje SPV'et men af fare for at dette kan resultere i at domstolene ser igennem selskabsmasken (lifting the corporate veil), vil konstruktionen ofte være udformet således, at SPV'et ejes af en uafhængig tredjemand, f.eks. en trust hvor enten investorerne eller originator er begunstiget, eller en trust med et almennyttigt/almenvælgørende formål.<sup>75</sup> Konstruktionen hvorved

73. SPV'et vil i medfør af principperne om tracing efter omstændighederne kunne gøre krav mod surrogatet (tredjemands købesum) men dette vil alt andet lige ændre de økonomiske forudsætninger bag securitisation-konstruktionen.

74. Af og til ses betegnelserne Bankruptcy Remote Entity, Bankruptcy Remote Subsidiary og Bankruptcy Remote Special Purpose Company anvendt.

75. Der kan henvises til den engelske sag *Re Polly Peck International Plc* [1996] 1 BCLC 428 vedrørende et SPV beliggende i Cayman Islands, der var et datterselskab af originator og hvor begge selskaber delte direktion. Se endvidere *Michael J. Cohn, Asset Securitization: How Remote is Bankruptcy Remote*, Hofstra Law Review vol. 26, nr. 4, 1998, artiklen kan læses på internetadressen:

[http://www.hofstra.edu/Academics/Law/law\\_rev\\_cohn.cfm](http://www.hofstra.edu/Academics/Law/law_rev_cohn.cfm) Se også *Lennart Lyngse Andersen og Erik Werlauff, Kreditretten*, 3. udg., 2000, s. 242f.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

de underliggende aktiver (i eksemplet licenserne) helt fjernes fra originators økonomiske sfære, således at de underliggende aktivers præstation er uafhængig af originators egen præstation, er et forhold, der ofte fremhæves som en force ved securitisation. *For det andet* indebærer salget af licenserne, at disse fjernes fra originators balance, ofte betegnet 'balance sheet window dressing'.<sup>76</sup> Udsteder vil ofte have hjemsted i en off-shore stat. Der stilles meget strenge krav til hvad udsteder kan og må foretage sig. Således vil det være et krav for at opnå en god credit-rating, at udsteder ikke har nogen ansatte og ikke må have andre aktiviteter end det at være udsteder. Det er endvidere normalt et krav, at alle udsteders forpligtelser – aktuelle såvel som fremtidige – kan opgøres og at det kan dokumenteres, at disse kan indfries med de midler, der allerede er til rådighed herfor. Såfremt udsteder indgår en aftale med en tredjemand vil det ofte være en betingelse for aftalen, at tredjemanden forpligter sig til ikke at sagsøge udsteder såfremt udsteder skulle misligholde aftalen med tredjemanden.

Finansieringen af udsteders køb af de underliggende aktiver sker ved indbetaling på de af udsteder udstedte værdipapirer. Der vil ofte være tidsmæssigt sammenfald mellem de to transaktioner, men en eventuel forskel i tid mellem udsteders erhvervelse af de underliggende aktiver og udstedelsen af værdipapirer kan finansieres ved et såkaldt bridging loan.

Det er en konsekvens af salget af originators aktiver, at originator ikke længere kan råde over disse. Eftersom det er nødvendigt at de underliggende aktiver (i eksemplet licenserne) administreres, overvåges og afkastet af disse opkræves, er det nødvendigt at udpege en (master) servicer. Det ville være nærliggende at lade SPV'et foretage administrationen og opkrævningen, eftersom SPV'et jo er ejer af de underliggende aktiver. Dette passer dog ikke ind i SPV'ets funktion, der netop søges begrænset til kun at være udsteder. I stedet udpeges enten en professionel servicer til at forestå administrationen og opkrævningen af de underliggende aktiver, eller der indgås en aftale med originator om, at originator tillige fungerer som servicer.<sup>77</sup> Servicer

76. Dette har især betydning inden for den finansielle sektor hvor der ofte stilles visse krav i lovgivningen til kapital.

77. Kreditvurderingsbureauer kan stille krav om at servicer har et tilstrækkeligt professionelt tilsnit samt at der tillige udpeges en Back-Up Servicer, der inden for meget kort tid, f.eks. to døgn, kan træde til og overtage den oprindelige servicers funktioner.

modtager betaling for sin funktion, og det uanset om der er udpeget en professionel servicer eller det er aftalt at originator fungerer som servicer. Fungerer originator som servicer er det vigtigt at dette sker på armslængde vilkår, hvilket tilsikres i form af tilsyn af revisorer. Rollen som servicer stiller krav om kendskab til de relevante aktiver, der er genstand for securitisation samt bearbejdning af information og foretagelse af analyser. Det er særligt vigtigt, at servicer er i stand til at opdage tidlige tegn på svagheder i de underliggende aktiver, herunder særligt i indtægtsstrømmen.

Mellem udsteder SPV'et og investorerne vil der ofte være indskudt en security trustee,<sup>78</sup> der har sikkerhed (ofte en floating charge) i aktiverne i SPV'et, og hvor investorerne er begunstigede i trusten. Der kan endvidere være indskudt en såkaldt note trustee, der har til opgave at varetage investorernes interesser over for udsteder og originator.

Af beskrivelsen af den juridiske struktur ved en ABS fremgår det, at trusts ofte vil indgå i flere sammenhænge. Således kan selve overdragelsen af de underliggende aktiver fra originator til udsteder være en trust i form af en equitable assignment. Udsteder selv eller (hvis udsteder er et selskab) ejeren af udsteder vil ofte være en trust, ligesom der hyppigt vil være indskudt en security trustee, der har sikkerhed i de underliggende aktiver samt en note trustee, der repræsenterer investorerne. Trustees primære funktion er at varetage investorernes interesser samt foretage de fornødne sikringsakter for de underliggende aktiver.

#### 4.3.3. *Asset Backed Securities ud fra en dansk synsvinkel*

Kernen i securitisation er ikke fremmed for dansk ret. Tværtimod har dansk ret en lang tradition inden for realkreditfinansiering, der ret beset er en form for securitisation. Den særlige finansieringsmodel inden for realkredit ses så vidt ses ikke anvendt i dansk ret for andre aktiver end fast ejendom.

I lighed med en Collateralized Mortgage Obligation konstruktion, se herom neden for 4.4.2. må det anses for at være muligt at opstille en ABS-konstruktion i Danmark, hvor danske indtægtsgivende aktiver indgår som sikkerhed. Udsteder kan her – i lighed med den dan-

78. Sikkerhedskonstruktionen vil variere alt afhængig af om udsteder-SPV'et er et selskab eller en trust.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

ske CMO-konstruktion – i stedet for at være en trust, være et dansk ApS eller A/S ejet af en erhvervsdrivende fond. Baggrunden for at lade en fond eje udstederselskabet i sidste ende, er hensynet til at gøre udsteder bankruptcy remote. Panthaver i forhold til de underliggende indtægtsgenererende aktiver kan – i lighed med den danske CMO-konstruktion – være en udenlandsk trustee. Fordelen ved at benytte en udenlandsk trustee også i en dansk ABS-konstruktion er først og fremmest, at investorerne derved har en tingligt sikret ret qua reglerne i equity i panteretten til de underliggende indtægtsgenererende aktiver og dernæst, at det er muligt at sikre en fælles optræden via trustee på alle investorernes vegne. Den udenlandske trustee drager omsorg for at iagttage alle relevante sikringsakter vedrørende sikkerheden. I tilfælde af at udsteder går konkurs vil trustee være beføjet til at realisere sikkerheden, og herefter fordele provenuet til investorerne i disses egenskab af begunstigede i trusten. Uagtet at trustee er hjemmehørende i udlandet må den omstændighed, at sikkerheden i form af de indtægtsgivende aktiver er beliggende i Danmark indebære, at *lex concursus* typisk er dansk ret. Er det i stedet trustee der går konkurs er de begunstigede, såfremt engelsk ret finder anvendelse, beskyttet mod trustees personlige kreditorer. Det må antages at der ikke er internationalt konkursværneting i Danmark for en trust stiftet i udlandet, såfremt trustee tillige befinder sig og administrerer trusten i udlandet. Den omstændighed at fallentens aktiver befinder sig her i landet udgør ikke i sig selv et tilstrækkeligt grundlag for at indlede en konkursbehandling i Danmark, jf. konkurslovens § 3 og UfR 1911.458, UfR 1917.911, UfR 1931.335 og VLT 1953.64.<sup>79</sup>

Antages det imidlertid at der er konkursværneting i Danmark og at dansk konkursret finder anvendelse, opstår spørgsmålet om hvorvidt danske aktiver kan kræves udleveret fra det danske konkursbo ifølge en ejendomsret, der er gyldigt stiftet i en anden stat men som er fremmed for dansk ret. *Lennart Lyngé Andersen, Lars Lindencrone Petersen og Niels Ørgaard* anfører under henvisning til UfR 1975.1031 H og UfR 1978.876 H at dette spørgsmål må besvares benægtende.<sup>80</sup>

---

79. *Lennart Lyngé Andersen, Lars Lindencrone Petersen og Niels Ørgaard*, Konkursloven med kommentarer, 8. udg., 1997, s. 87.

80. Jf. *Lennart Lyngé Andersen, Lars Lindencrone Petersen og Niels Ørgaard*, Konkursloven med kommentarer, 8. udg., 1997, s. 917.

#### 4.4. Mortgage Backed Securitisation

##### 4.4.1. Indledning

Mortgage Backed Securitisation (MBS) er en udbredt finansieringsstruktur i U.S.A., enten i form af securitisation af kommercielle pantebreve (Commercial Mortgage Backed Securities – CMBS) eller securitisation af pantebreve i privat personers faste ejendomme (Residential Mortgage Backed Securities – RMBS). Mortgage backed securities findes, ligesom det er tilfældet med asset backed securitisation, i en række forskellige modeller. En af de mest fremtrædende modeller er Collateralized Mortgage Obligations (CMO'er), der beskrives neden for.

I lighed med asset backed securitisation er MBS konstruktionen baseret på, at en pulje af lån pakkes eller omstruktureres til en række værdipapirer, der herefter udbydes til investorer på markedet. Den mest enkle form for MBS er de såkaldte »pass-throughs« eller »participation certificates« (PCs), hvorved den enkelte investor får en ideel ejendomsret i puljen af lån. Servicer eller udsteder sørger ved pass-throughs (eller PC's) for at modtage de foretagne indbetalinger på lånepuljen af de enkelte låntagere, samt føre denne pengestrøm videre (pass through) til investorerne. Størstedelen af pass throughs i U.S.A. er udstedt og garanteret af Ginnie Mae (Government National Mortgage Association),<sup>81</sup> Fannie Mae (Federal National Mortgage Association) og Freddie Mac (Federal Home Loan Mortgage Corporation).

##### 4.4.2. Collateralized Mortgage Obligations

Collateralized mortgage obligations<sup>82</sup> er en videreudvikling af pass through MBS konstruktionen. Ved en CMO omstruktureres en portefølje af lån (eventuelt MBS pass throughs<sup>83</sup>) til obligationer, der opdeles i såkaldte tranches, der hver især har sine egne særlige karakteristi-

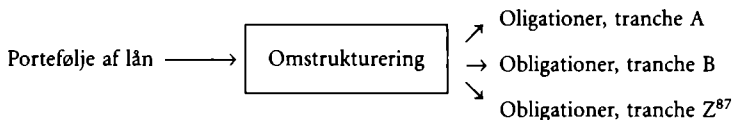
81. Ginnie Mae garanterer at der finder betaling sted til tiden af såvel rente som afdrag. Denne garanti er i sin tur støttet af den amerikanske stat. Det gør således ikke nogen forskel for investorerne om der rent faktisk finder betaling sted på de underliggende lån. Ginnie Mae blev stiftet helt tilbage i udgangen af 1960'erne af den amerikanske kongres. Fannie Mae og Freddie Mac yder ligeledes en garanti for udeblevne renter og afdrag men er dog ikke sikret i samme omfang af den amerikanske stat som det er tilfældet med Ginnie Mae, selvom det må anses for ganske usandsynligt at den amerikanske regering ikke ville støtte disse to institutioner såfremt det måtte vise sig nødvendigt.

82. CMO's kan også udformes som Real Estate Mortgage Investment Conduits (REMIC's).

83. En MBS pass through kan således indgå som den underliggende sikkerhed i en CMO.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

ka.<sup>84</sup> Formålet er at skabe et finansielt produkt, der er skræddersyet til at imødekomme markedets ønsker.<sup>85</sup> Omstruktureringen<sup>86</sup> kan grafisk illustreres således:



Gennem omstruktureringen opnås at den samlede mængde af elementer i porteføljen af lån isoleres og udskilles i de enkelte trancher. Ved omstruktureringen kan følgende elementer blandt andet udskilles i trancher:

- i. sikkerhed for lånet – via Ginnie Mae, Fannie Mae og Freddie Mac, hvilket reelt er ensbetydende med en AAA rating,
- ii. afkast – det er muligt at sikre de enkelte investorer et meget konkurrencedygtigt afkast,
- iii. investeringshorisont – investorerne tilbydes valget mellem obligationer med forskellig løbetid alt efter om den enkelte investor har en kort eller lang investeringshorisont,
- iv. betalingsfrekvens – investorerne har valgmuligheden mellem obligationerne med en kort betalingsfrekvens, f.eks. hver måned, eller en lang betalingsfrekvens, f.eks. kvartalsvis eller halvårligt,
- v. konverteringsrisiko – investorerne kan vælge mellem om de ønsker obligationer med stor sandsynlighed for konvertering eller i stedet obligationer med en lav sandsynlighed for konvertering. Herved opnås tillige at en investor kan undgå at blive ramt af en stor konverteringsbølge i tilfælde

84. Se om CMO's Peter Nyegaard, Christian Hyldahl og Ole Simonsen, Danske CMO'er, Revisions og Regnskabsvæsen, 1996, nr. 2, s. 40ff., Flemming Brokhattingen, Torben Bender og Jesper Olsen, Securitization og restrukturering, Revisions og Regnskabsvæsen, 1997, nr. 3, s. 18ff., Hans Peter Bär, Asset Securitisation, 3. udg., 1999, s. 139ff. og Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff, Kreditretten, 3. udg., 2000, s. 242f.

85. Nordea udbyder endvidere også Collateralized Bond Obligations, der er en asset-backed-securitisation. I stedet for realkreditobligationer omstruktureres f.eks. statsobligationer til en række nye CBO-trancher. I lighed med CMO-trancherne er CBO-trancherne noteret på Københavns Fondsbørs.

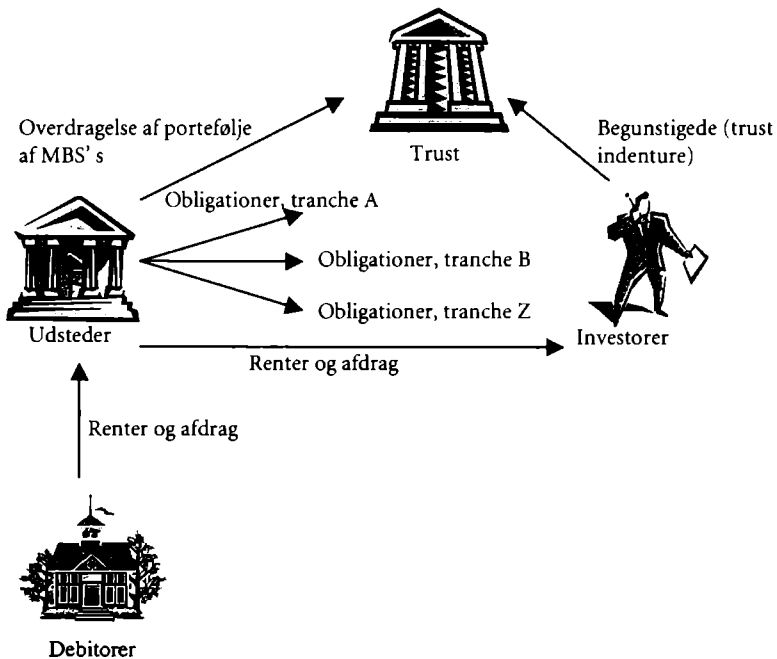
86. I stedet for det engelske udtryk *restructuring* og fordanskningen af dette i form af restrukturering er her valgt betegnelsen omstrukturering.

87. Den sidste tranche i en CMO betegnes normalt som tranche 'Z' (Zero Coupon) eller accrual bond eller accretion bond. Kendetegnende for tranche Z er, at investorerne ikke modtager renter eller afdrag førend de foregående trancher er udløbet. I en almindelig CMO modtager investorer i senere trancher, f.eks. tranche B, ikke renter og afdrag førend investorerne i tranche A er betalt fuldt ud. Denne form for CMO betegnes ofte som plain vanilla CMO eller sequential pay CMO.

af et rentefald, og således være nødsaget til at genplacere disse til en nu lavere rente, eller omvendt at gå glip af ekstraordinære afdrag i tilfælde af en rentestigning, som investoren kan genplacere til en nu højere rente

### 4.4.3. Den juridiske konstruktion

Collateralized mortgage obligations konstruktionen kan grafisk illustreres således:



Figuren illustrerer de grundlæggende elementer i en CMO-konstruktion. Der vil tillige ofte være en Master Servicer, der administrerer indgående betalinger af renter og afdrag. I visse tilfælde drager trustee selv omsorg for udbetaling af renter og afdrag til investorerne. Trustee kan også vælge at indgå en aftale med 'paying agents', der søger for at udbetaling til investorerne finder sted.

Som det vil ses af figuren oven for er grundstrukturen i CMO meget lig ABS-strukturen, hvorfor der henvises til gennemgangen af ABS ovenfor.

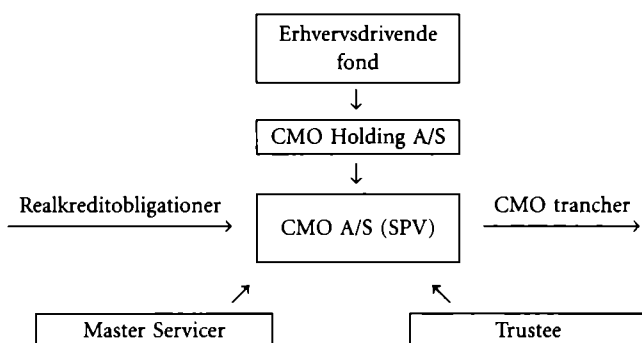
### 4.4.4. Collateralized Mortgage Obligations ud fra en dansk synsvinkel

Collateralized Mortgage Obligations er ikke længere kun et udenlandsk fænomen. I juli 1995 introducerede Unibank (nu Nordea)

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

CMO's på det danske marked, og har i tiden derefter udstedt flere af disse værdipapirer. Den underliggende portefølje af lån består i den danske CMO model af realkreditobligationer, der herefter omstruktureres i en række forskellige trancher med hver deres særlige karakteristika. Der var i midten af 2000 udstedt for lige knap 18 milliarder kroner CMO-trancher og ca. 1,5 milliarder kroner CBO-trancher.<sup>88</sup>

De danske CMO's er noterede på Københavns Fondsbørs og registrerede i Værdipapircentralen. De danske CMO's kredittvurderes hos en af de store ratingbureauer og er såkaldt »guldrandede« hvorved forstås, at de er egnede til at indgå i de store danske forsikringsselskabers- og pensionskassers porteføljer med henblik på afdækning af disses fremtidige forpligtelser.<sup>89</sup> Den juridiske struktur i den danske CMO model kan illustreres således:<sup>90</sup>



Baggrunden for at indsætte en fond som den ultimative ejer af SPV'et er at sikre SPV'ets uafhængighed af den initiativtagende bank.<sup>91</sup> Holdingselskabets eneste formål er at eje alle aktier i SPV'et.<sup>92</sup> SPV'et opkøber en pulje realkreditobligationer og omstrukturerer disse, hvorefter selskabet udsteder et antal CMO trancher. SPV'et har ingen

88. Jf. *Jens Moberg Rygaard*, Nyere obligationstyper, *Finansfokus*, nr. 2, juni 2000. Artiklen kan læses på internetadressen:

<http://www.finansforbundet.dk/default.asp?mId=208&ArtId=159>

89. Jf. *Peter Nyegaard*, *Christian Hylldahl* og *Ole Simonsen*, Danske CMO'er, *Revision og Regnskabsvæsen*, nr. 2, 1996, s. 41f.

90. Kilde: *Peter Nyegaard* og *Ole Simonsen*, Danske CMO'er, *Revisions- og Regnskabsvæsen*, nr. 2, 1996, s. 42.

91. SPV'et er omfattet af lov om sparevirksomheder og udstedere af forudbetalte betalingskort, og således bl.a. de i loven angivne kapitalkrav.

92. Indskydelse af et holdingselskab mellem fonden og SPV'et er ikke et nødvendigt element i konstruktionen men kan tjene såvel praktiske som skattemæssige formål.

ansatte, idet al administration udføres af Master Servicer. I lighed med CMO-udstedelser i udlandet anvendes der også i den danske model en trust.<sup>93</sup> Trusten, der er beliggende i udlandet,<sup>94</sup> repræsenterer investorenes (dvs. køberne af CMO-trancherne) interesser og disse er alle begunstigede i trusten. Trusten modtager de underliggende realkreditobligationer som sikkerhed for investorenes indskud. Realkreditobligationerne er registrerede i Værdipapircentralen med SPV'et som ejer. Trustee og de til enhver tid værende investorer er registreret som panthavere i relation til realkreditobligationerne i Værdipapircentralen. Trustee repræsenterer i sin egenskab af pant-haver investorenes interesser. Fonden og selskaberne kan endvidere kun disponere i et begrænset omfang uden forinden at indhente tilladelse fra trustee.<sup>95</sup> De til enhver tid værende investorer er begunstigede i henhold til trusten.

En misligholdelse af betalinger i henhold til CMO trancherne til investorerne må anses for at være nærmest utænkelig, men skulle en sådan situation opstå, må trustee være beføjet til på vegne af investorerne at søge sig fyldestgjort i de underliggende realkreditobligationer tilhørende SPV'et.

#### 4.5. Collateralized Bond Obligation

I perioden 1996-2000 har selskabet CBO Denmark A/S foretaget securitisations med sikkerhed i underliggende værdipapirer i form af obligationer; Collateralized Bond Obligations. I disse CBO'er har der i lighed med CMO-udstedelserne været benyttet en udenlandsk trustee. Som noget nyt arrangerede Nordea Markets i prospekt af 7. december 2001 en dansk CBO *uden* medvirken af en trustee. Udsteder er selskabet RPI Investering A/S, der tidligere havde navnet CBO Denmark A/S.

RPI Investering A/S udsteder obligationer til en værdi af kr. 267.000.000 med udløb 2009, hvilke søges noteret på Københavns Fondsbørs.<sup>96</sup> Dette obligationslån har sikkerhed i en række porteføljer

---

93. Nordea benyttede sig helt konkret af Law Debenture Trust Corporation plc., der har specialiseret sig inden for dette område.

94. Feks. England eller Irland.

95. Jf. Peter Nyegaard, Christian Hyldahl og Ole Simonsen, Danske CMO'er, Revision og Regnskabsvæsen, nr. 2, 1996, s. 42.

96. De udstedte obligationer er omsætningspapirer, idet de udstedes til ihændehaver.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

af unoterede obligationer udstedt af finansielle virksomheder.<sup>97</sup> Den samlede hovedstol på de underliggende obligationer svarer til den samlede hovedstol på de på baggrund heraf udstedte obligationer.

Hver af de underliggende porteføljer af obligationer samt en oprettet aftaleindlånskonto pantsættes til ejerne af samtlige obligationer, der udstedes af RPI Investering A/S. RPI Investering A/S kan ikke selv disponere over de underliggende obligationer eller de pantsatte konti. Obligationsejerne<sup>98</sup> kan kun holde sig til de underliggende obligationer og er således afskåret fra at gøre krav gældende mod RPI Investering A/S.

Ved hver obligationsudstedelse udpeges der en repræsentant for investorerne, hvilken betegnes »Obligationsejernes Repræsentant«. Formålet med repræsentanten er, at vedkommende i medfør af en repræsentationsaftale skal være eneberettiget til at udøve obligationsejernes panthaverbeføjelser.<sup>99</sup> Der er her en betydelig lighed med repræsentantens rolle ved partialobligationer, se herom oven for 2.4.1. Som repræsentant er der i prospektet valgt en underdirektør i Forsikring & Pension. I tilfælde af forfald udpeger Advokatsamfundet en ny repræsentant. Repræsentanten registreres i Værdipapircentralen som eneberettiget og -legitimeret til at råde over de underliggende obligationer på obligationsejernes vegne. Det uddybes ikke nærmere i prospektet om registreringen i værdipapircentralen alene sker i repræsentantens navn, eller om det af registreret fremgår at vedkommende alene er registreret i sin egenskab af repræsentant for de virkelige panthavere. Spørgsmålet kan have betydning for om hvorvidt repræsentantens aftaleerhververe kan eksstingvere obligationsejernes ret samt i hvilket omfang obligationsejerne er beskyttet mod repræsentantens kreditorer.

I kraft af overdragelsen af obligationsejernes panthaverbeføjelser til repræsentanten er den enkelte obligationsejer afskåret fra at foretage skridt med henblik på at inddrive deres tilgodehavende i henhold til obligationerne: en såkaldt *no action clause*. Obligationsejernes repræ-

---

97. De underliggende unoterede obligationer, er med en skatteretlig betegnelse sortstemplede.

98. Som obligationsejere betragtes de til en hver tid i Værdipapircentralen registrerede indehavere af obligationerne, jf. Nordea Markets prospekt af 7. december 2001, s. 17.

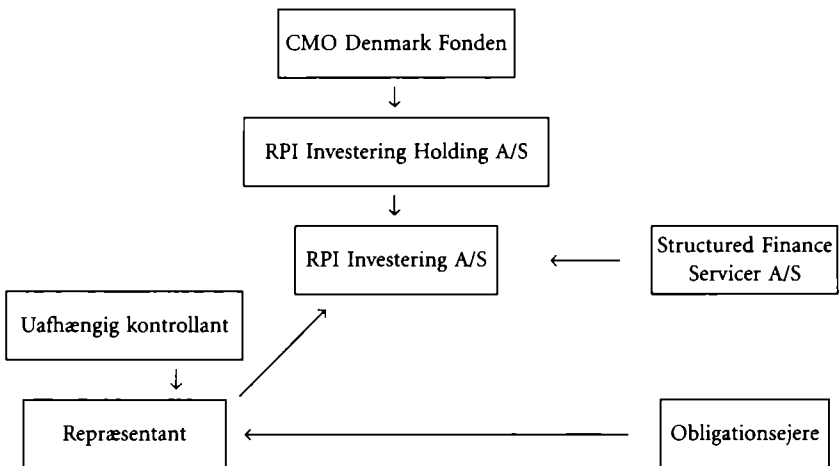
99. Repræsentationsaftalen indgås mellem RPI Investering Holding A/S, Collateralized Mortgage Obligations Denmark Fonden og vicedirektøren fra Forsikring & Pension.

sentant skal før enhver udbetaling eller overførsel have indhentet en underskrevet autorisationserklæring fra en uafhængig kontrollant. Hvervet som uafhængig kontrollant varetages af PricewaterhouseCoopers.

I tilfælde af væsentlig misligholdelse med betalingerne er obligationsejernes repræsentant forpligtet til at opsigte obligationerne til indfrielse. I andre væsentlige misligholdelsestilfælde er obligationsejernes repræsentant kun forpligtet til at opsigte obligationerne til indfrielse, hvis obligationsejere, der tilsammen besidder mere end 2/3 af hver udestående obligationsklasse, skriftligt opfordrer obligationsejernes repræsentant dertil, eller hvis det på et obligationsejermøde med den fornødne majoritet træffes beslutning om opsigelse.<sup>100</sup>

Obligationsvilkårene m.v. er undergivet dansk ret og der er aftalt værneting ved Sø- og Handelsretten som første instans.

Den juridiske struktur i CBO-arrangementet kan illustreres således:



RPI Investering A/S er 100 pct. ejet af RPI Investering Holding A/S og disse selskaber er endvidere sambeskattede. RPI Investering Holding A/S er 100 pct. ejet af CMO Denmark Fonden.

Baggrunden for at der ikke er indsat en udenlandsk trustee i RPI Investering A/S CBO skyldes formentlig først og fremmest, at der er tale om en mindre obligationsudstedelse, hvilken det ikke er hensig-

100. Jf. Nordea Markets prospekt af 7. december 2001, s. 21.

ten at opnå en AAA rating på og særligt markedsføre til udenlandske investorer. På denne baggrund har Nordea Markets formentlig ikke ønsket at indsætte en engelsk trustee, eftersom dette i væsentlig grad vil forøge transaktionsomkostningerne, idet der så skal inddrages engelske advokater og revisorer. I stedet er det valgt at benytte en dansk mellemmandskonstruktion.

#### 4.6. Insuratization – Alternative Risk Transfer (ART)

##### 4.6.1. Indledning

Betegnelsen *Insuratization* dækker over et relativt nyt fænomen, hvor forsikringsselskaber benytter sig af securitization-modellen til at sælge sine forsikringsrisici. Insuratization har især vundet indpas i U.S.A.

Forsikringsselskaber har i mange år afdækket forsikringsrisici i form af genforsikring. Det nye i insuratization er, at forsikringsselskabernes forsikringsrisici gennem en securitization omstruktureres til værdipapirer, hvorved forsikringsrisiciene gøres til et formuegode, der kan købes og sælges på det almindelige marked. De værdipapirer der udstedes på grundlag af de underliggende forsikringsrisici, betegnes »Cat Bonds«, eller Catastrophic Risk Bonds. Fordelen ved insuratization er, at de økonomiske risici ved forsikringsvirksomhed fremover ikke kun hviler på forsikringsdeltagerne men tillige på investorerne i det globale marked. Det er de seneste års helt store katastrofer, der har sat fokus på fordelene og måske endda nødvendigheden i at sprede forsikringsrisiciene på denne vis.<sup>101</sup> I U.S.A. viste naturkatastroferne i form af orkanerne Andrew og Iniki i 1992 og jordskælvet i Northridge i 1994 den amerikanske forsikringsbranche, at der var behov for at sprede risiciene ud til en større kreds af personer. Orkanerne Andrew og Iniki indebar, at 63 amerikanske forsikringsselskaber inden for tings- og personskadeforsikring blev insolvente. Orkanen Andrew, der indtil for nylig var den største katastrofe<sup>102</sup> i U.S.A., forårsagede

---

101. En undersøgelse foretaget af ISO og Risk Management Solutions Inc. i 1995 for Natural Disaster Coalition viste, at på baggrund af mængden af forsikret ejendom på tidspunktet for undersøgelsen, kunne en potentiel orkan udløse forsikringskrav på over 75 mia. dollars, Insurance Services Office Inc., Financing Catastrophe Risk: Capital Market Solutions, januar 1999, Executive Summary, der kan læses på internetadressen: <http://www.iso.com/docs/stud013.htm#3Top>

102. I hvert fald målt på størrelsen af skader forårsaget.

forsikringsrelevante skader for dengang 15,5 mia. dollars,<sup>103</sup> hvilket ville udgøre ca. 20 mia. dollars i nutidens penge. Terrorangrebene på World Trade Center og Pentagon ser imidlertid allerede nu ud til at have forårsaget betydeligt større økonomiske tab, således anslår Insurance Services Office Inc. at skaderne løber op i et sted mellem 30 og 70 mia. dollars<sup>104</sup> hvorimod konsulentfirmaet Milliman UK samt forsikringsselskabet Tillinghast Towers-Perrin anslår, at det samlede tab vil være et sted mellem 75 og 100 mia. dollars. Disse enorme summer har sendt chok-bølger igennem forsikringsbranchen, ikke kun i U.S.A. men også i en række andre lande, herunder især Storbritannien. Også den danske forsikringsbranche blev ramt af katastrofen,<sup>105</sup> idet Alm. Brands datterselskab, genforsikringsselskabet Københavnske Re anslår, at selskabet som følge af genforsikring skal betale et sted mellem 150 og 350 mill. kroner.<sup>106</sup> I lighed med så mange andre forsikringsselskaber overtog Københavnske Re andre selskabers forsikringsrisici gennem Lloyds of London.

Begivenhederne den 11. september 2001 og de store erstatninger, der følger efter terrorangrebene må forventes at få en endnu større indflydelse på udbredelsen af insurartization i U.S.A. og andre lande.

#### 4.6.2. Cat Bond strukturen

Den juridiske struktur i en Cat Bond konstruktion kan grafisk illustreres således:

---

103. Insurance Services Office Inc. på internetadressen:

<http://www.iso.com/docs/stud006.htm>

104. Insurance Services Office Inc. på internetadressen:

<http://www.iso.com/docs/pres260.htm>

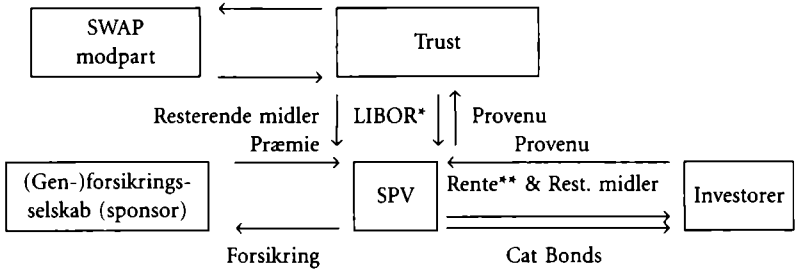
105. Formand for Forsikring & Pension Holger Dock anførte på årsmødet 2001 i Forsikring & Pension, at: »... terrorangrebene i USA har sat sig spor, der er så voldsomme, at den internationale forsikringsverden er alvorligt medtaget. Det bliver dyrt og måske endda svært at etablere en nødvendig fortsat genforsikring af risikoen for terrorangreb. Jeg vil dog på branchens vegne håbe på, at vi også kan løfte denne vigtige del af forsikringsselskabernes økonomiske genopbygning og evne til risikoafdækning. Det er klart, at der skal findes løsninger på disse problemer. I F&P foregår der således drøftelser med henblik på at sikre, at dansk forsikring fortsat kan løse sin opgave med hensyn til økonomisk at sikre danske borgere og deres ejendom også mod virkningerne af en ny tids mulige terrorhandlinger«, jf.

<http://www.forsikringsoplysningen.dk/Presmeddelelser/b120116.htm>

106. Se Københavnske Re's hjemmeside:

[http://www.copre.com/copre.nsf/all/s\\_and\\_p.html](http://www.copre.com/copre.nsf/all/s_and_p.html)

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts



\* London InterBank Offering Rate.

\*\* Renten til investorerne er nogle procent over LIBOR.

Et forsikrings- eller genforsikringselskab (herefter sponsoren), stifter en almenvælgørende trust eller en formålsbestemt trust, samt et SPV. Trusten køber samtlige aktier i SPV'et, hvorved SPV'et gøres bankruptcy remote i forhold til sponsoren.

SPV'et indgår én enkelt forsikrings- eller genforsikringsaftale med sponsoren med henblik på at dække en bestemt forsikringsbegivenhed. SPV'et udsteder endvidere værdipapirer (Cat Bonds) til investorerne, hvilket provenu går via SPV'et til en trust account (også kaldet safe account) hvor også sponsorens forsikringspræmie indsættes. Midlerne på trust account benyttes til at investere i kortfristede værdipapirer med en god rating. Indtræder forsikringsbegivenheden sælges de kortfristede værdipapirer, og provenuet anvendes til at dække omkostningerne ved forsikringsbegivenheden. Konsekvenserne af forsikringsbegivenhedens indtræden for den enkelte investor afhænger af hvilken obligationsklasse investoren hører til. Som oftest vil SPV'et udstede obligationer med ubeskyttet rente og obligationer med beskyttet rente. De investorer der har obligationer med ubeskyttet rente holder for i første omgang, hvorefter turen kan gå videre til investorerne med beskyttet rente. Investorerne løber endvidere den risiko at hovedstolen kan gå helt eller delvist tabt.

Fordelene for investorerne er i første omgang den relativt høje rente på obligationerne i forhold til hvad investorerne ellers kunne få på markedet, over for risikoen for at forsikringsbegivenheden indtræder. Ofte vil obligationerne lyde på LIBOR plus nogle procent, hvilket afkast nås gennem investering i værdipapirer samt gennem den forsikredes præmiebetalinger.

Som eksempel på et Cat Bond kan nævnes Centre Solutions (origi-

nator) Florida Hurricane obligationer med Trinity Re som SPV og sponsor og Goldman Sachs som lead manager.<sup>107</sup> Obligationerne er 1 årige og investorerne tilbydes to obligationsklasser, hvor den ene klasse (Class A1) har en rating på AAA og giver LIBOR plus 175 basispoint og den anden klasse (Class A2) har rating Ba3/BB og giver LIBOR plus 417 basispoint.

Et af de seneste skud på stammen af insurization er Toyota Motor Credit Corp., der har foretaget en insurization af residualværdien på leasede biler i U.S.A. Toyota Motor Credit Corp. leaser biler ud i en periode, hvorefter bilerne returneres til Toyota Motor Credit Corp. De leasede biler repræsenterer en værdi (residualværdien), hvilken figurerer på Toyota Motor Credit Corp. balance indtil leasingen ophører. Såfremt de leasede biler ved leasingperiodens ophør ikke repræsenterer den oprindeligt anslåede residualværdi, lider Toyota Motor Credit Corp. et tab og må nedskrive værdien på bilerne. Toyota Motor Credit Corp. valgte derfor at købe en forsikringspolice fra et SPV, hvilket garanterede at de leasede biler ville have en bestemt værdi ved leasingperiodens udløb. SPV'et udstedte på grundlag heraf Cat Bonds til investorer, hvor risikoen var de returnerede bilers residualværdi. SPV'et og sponsor var Gramercy Place og den samlede værdi af de i alt fire obligationsklasser løb op i 566,28 mio. dollars.<sup>108</sup>

#### 4.7. Fremtiden for securitisations i dansk ret

Som tidligere anført er securitisation ikke et helt fremmed fænomen i dansk ret. Inden for realkreditte har securitisation fundet sted siden 1794, og nu efter lanceringen af CMO's i en videreudviklet form. Den første egentlige danske securitisation uden for realkreditte fandt så vidt ses sted i forbindelse med Nordeas udstedelse af CBO's i 1996 og den næste i december 2001. Der ses ikke at være foretaget andre securitisations i Danmark til dato. Spørgsmålet er imidlertid om dette skal tages som udtryk for at der ikke eksisterer et behov herfor i Danmark, eller om det i stedet er de juridiske rammer eller det eventuelt skyldes noget helt tredje.<sup>109</sup> Spørgsmålene vil i det følgende søges nærmere belyst og besvaret.

107. Kilde: Structured Finance International, December 2000, s. 26.

108. Kilde: Structured Finance International, December 2000, s. 26.

109. Således influerer renteusving samt udviklingen i markedet også på efterspørgslen på værdipapirer.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

### 4.7.1. TfS 2000, 209 LSR

I TfS 2000, 209 LSR klagede en dansk bank (der efter det oplyste i sagen må antages at være Nordea) over Ligningsrådets besvarelse af bankens forespørgsler vedrørende det skattemæssige hjemsted for et irsk SPV (irsk Public Limited Company (plc)), som banken agtede at stifte i anledning af at banken påtænkte at medvirke til securitisations af virksomhedsobligationer, pantebreve, banklån eller lignende aktiver med udstedelse af certifikater i kombination med swap-aftaler eller andre finansielle kontrakter.<sup>110</sup> Om baggrunden for at anvende et irsk SPV anførte bankens advokat *for det første* at dette blandt andet skete for at opnå en symmetrisk beskatning af gevinst og tab på den finansielle kontrakt og det underliggende aktiv. *For det andet* anførtes afsætnings- og omkostningsmæssige hensyn. Certifikater udstedt med variabel rente på baggrund af fast forrentede aktiver, hvortil der var knyttet en swap-aftale, var ikke tidligere udstedt af danske SPV'er, men derimod af irske SPV'er. Det ville derfor være lettere at afsætte certifikaterne til udenlandske investorer og at opnå en god kreditvurdering af certifikaterne ved brug af et SPV i Irland, hvor der var gennemført mange securitisations, og tilliden til det juridiske grundlag var større. *For det tredje* ansås et irsk SPV for at være mere omkostningseffektivt end et dansk SPV. I Danmark skulle et SPV i medfør af lov om sparevirksomhed og udstedere af forudbetalte betalingskort have en egenkapital på mindst 5 mio. kr., mens et SPV i Irland kun skulle have en egenkapital på 30.000 IEP, svarende til ca. 300.000 kr. De af advokaten fremførte tre hensyn er alle væsentlige problemstillinger og disse eksisterer ikke kun i Danmark men også i andre lande, herunder Sverige.

### 4.7.2. Ny svensk lovgivning om värdepapperisering

Sverige har med virkning fra den 1. juni 2001 vedtaget ny lovgivning om securitisation, eller med en svensk betegnelse: värdepapperise-

---

110. Det fremgår af sagen, at aktiverne i de nye former for securitisations for eksempel kunne bestå i fast forrentede virksomhedsobligationer i tyske mark, der dannede grundlag for udstedelse af variabelt forrentede certifikater i amerikanske dollars. SPV'ets fortjeneste ved en securitization opstod ved, at markedsværdien af certifikaterne ville være større end markedsværdien af aktiverne, idet certifikaterne var tilpasset investorernes ønsker. Der ville derfor i takt med indfrielsen af aktiverne/certifikaterne blive realiseret kursgevinster i SPV'et.

ring.<sup>111</sup> I medfør af den nye lov er virksomhed bestående i ved enkeltstående lejligheder at erhverve fordringer, undtaget fra lovens almindelige krav om forudgående tilladelse for at drive finansieringsvirksomhed, forudsat at virksomhedens midler ikke løbende anskaffes fra almenheden. Formuleringen af 1. kap., 3 §, stk. 11, er sålydende:

Tilstand krævs inte om finansieringsverksamheten

»11. drivs av et aktiebolag eller av en ekonomisk förening, om verksamheten består i att vid enstaka tillfällen förvärva fordringar och medel för verksamheten inte löpande anskaffas från allmänheten.

Finansdepartementet har udarbejdet en fyldig redegørelse om retstilstanden i Sverige samt om de foreslåede ændringer.<sup>112</sup> Det anføres i redegørelsen at det er tænkeligt, at securitisation ikke foregår i den udstrækning som det ville være tilfældet, såfremt Sverige kunne tilbyde de samme vilkår som findes i udlandet. Der henvises blandt andet til at det er muligt i flere EU-lande at gennemføre securitisations uden at SPV'et skal overholde særlige kapitalkrav. Dette har indtil dato haft som konsekvens, at der i svenske securitisations så vidt ses udelukkende er benyttet udenlandske SPV'er, beliggende i henholdsvis Jersey og Irland. Denne udvikling anses for at være uhensigtsmæssig, idet det i redegørelsen anføres:

»De transaktioner som genomförts med svenska tillgångar har sket med specialföretag i utlandet. Det kan vara ofördelaktigt, eftersom det är förknippat med höga kostnader att använda två juridiska system i transaktionen. Genom att underlätta värdepapperiseringer inom Sverige skapas det troligtvis möjligheter till samhällsekonomiska vinster. Verksamheten är dessutom förknippad med kvalificerad kunskap inom finansiering och afärsjuridik vilket kan ge positiva sidoeffekter om den behålls og utvecklas inom landet«<sup>113</sup>

111. SFS 2001:172, Lag om ändring i lagen (1992:1610) om finansieringsverksamhet.

112. Ds 1998:71. Det fremgår endvidere af Regeringskansliets Årsbok 2000, s. 33: »I syfte att förbättra den svenska kapitalmarknaden har det införts en möjlighet att i Sverige genomföra s.k. värdepapperiseringar.« Årsboken kan læses på internetadressen: <http://www.regeringen.se/informationsmaterial/pdf/rkyear2000.pdf> Se også Nationell rapport om ekonomiska reformer: Produkt och kapitalmarknader. Sverige. November 2001, s. 14: »Värdepapperisering har positiva effekter på det finansiella systemets stabilitet. Det leder till att kreditrisker sprids och det minskar risken för felprissättning av krediter. Metoden kan också ge lägre finansieringskostnader.« Rapporten kan læses på internetadressen: [http://finans.regeringen.se/pressinfo/reformrapport02/pdf/reformer\\_sv02.pdf](http://finans.regeringen.se/pressinfo/reformrapport02/pdf/reformer_sv02.pdf)

113. Ds 1998:71, s. 24.

## XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts

I kraft af den nye lov er vanskelighederne forbundet med kapitalkravene til det enkelte SPV nu formentlig løst i svensk ret,<sup>114</sup> hvorfor behovet for at benytte sig af SPV'er i udlandet formentlig er reduceret.<sup>115</sup>

Et andet væsentligt aspekt i securitisation-konstruktionen, nemlig investorernes sikkerhed i de underliggende aktiver, berøres kun meget kort i sammenfatningen af redegørelsen, hvor det anføres:

»Förslaget medför inte heller behov av några kompletterande lagstiftning-såtgärder vad avser de (...) investerare som förvärvat de av specialföretagen utgivna värdepapperen, utan befintliga regler får anses innebära ett tillräckligt skydd.«<sup>116</sup>

Redegørelsens bemærkninger står i kontrast til, at i de securitisations der hidtil har fundet sted i Sverige, har anvendelse af en trustee til at varetage investorernes interesser samt fungere som panthaver i relation til de underliggende aktiver, været et fast og integreret led.

Securitisation har i Sverige fundet sted i et noget større omfang end det er tilfældet i Danmark. Således nævnes i redegørelsen Svensk Fastghetskredit, der har udstedt MBS's 9 gange for et beløb over 11. mia. SEK. BoKredit har i perioden 1996-1998 gennemført 13 udstedelser af MBS's for samlet over 1,4 mia. sek. Det statsligt ejede SBAB har endvidere gennemført en securitisation til en værdi af 1 mia. EURO, bestående af 50 pct. parcelhuslån og 50 pct. bostadsrättslån (andelsboliger).<sup>117</sup> Endvidere har Sverige haft en ABS, idet den svenske industrikoncern SJ siden august 1997 hver måned har solgt sin

---

114. Overvejelser i den retning kan dog stadig være motiveret af skattemæssige betragtninger.

115. Se skeptisk til den reelle effekt af den nye svenske lovgivning *Johan Gabrielsson og Frederik Nyström*, Värdepapperisering av bolån i Sverige – hur påverkas marknaden om kapitaltäckningskravet tas bort? Lindköpings Universitet, Department of Management and Economics, 14. januar 2000.

116. Ds 1998:71, s. 6.

117. Jf. Rapport för perioden januari-september 2001 från Regeringskansliet för företag med statsligt ägande, s. 7. Det anfører i rapporten, at det er første gang at bostadsrättslån värdepapperiseras i Sverige. Rapporten kan læses på internetadressen: [http://naring.regeringen.se/fragor/statliga\\_foretag/pdf/nd\\_69-q3.pdf](http://naring.regeringen.se/fragor/statliga_foretag/pdf/nd_69-q3.pdf)

portefølje af kundefordringer, ca. 500 mio. SEK, til et SPV på Jersey.<sup>118</sup>

#### 4.7.3. Norske overvejelser om Verdipapirisering

I NOU 2000:9 Konkurransseflater i finansnæringen afgivet til Finansdepartementet den 28. marts 2000 afsnit 5.10.6. diskuteres kort fordele og ulemper ved värdepapperisering. Det er udvalgets samlede anbefaling, at der bør arbejdes henimod, at norske banker kan foretage verdipapirisering af dele af disses udlån. Den norske rapport berører ikke de retlige problemstillinger forbundet med anvendelse af verdipapirisering. Se også Finansdepartementets brev af 1. februar 2001 om Kapitaldekningsregelverket for Finansinstitusjoner.<sup>119</sup>

Securitisation har også fundet sted i et vist omfang i Norge. Således har den norske Kvaerner gruppe i første halvdel af 2000 foretaget en securitisation af skibsbygningskontrakter til en værdi af NOK 4 milliarder.<sup>120</sup>

#### 4.7.4. Finske retningslinjer for securitisation

I Finland er der med hjemmel i loven om Financial Supervision Authority (det finske finanstillsyn) § 4, 2. pkt. udstedt retningslinjer for securitisation.<sup>121</sup> Retningslinjerne indeholder som sådan ikke en analyse af de juridiske problemstillinger, der er forbundet med anvendelse af securitisation i finsk ret, men visse problemstillinger berøres dog. Retningslinjerne koncentrerer sig om at redegøre for de regler,

---

118. Se i det hele Ds 1998.71, s. 32ff. Af SJ Koncernens Årsredovisning 2000, s. 28 anføres det: »SJ har avtalat om så kallad värdepapperisering av kundfordringar, vilket har inneburit att SJs kundfordringar löpande har sålts. Detta har gjorts på månadsbasis och har omfattat upp till MSEK 575 per månad. Under året har programmet utnyttjats varje månad och försäljningsvärdet uppgick per balansdagen till MSEK 481. Räntekostnaden har över tiden varit lägre jämfört med den genomsnittliga upplåningsräntan för SJs låneportfölj.« Rapporten kan læses på internetadressen: <http://www.om.sj.se/files/SJ2000.pdf>

119. Finansdepartementets brev kan læses på finansdepartementets internetadresse [http://www.finansdepartementet.no/nivaa2.cfm?selectedNode=4/saker\\_hoering/kapdek070301](http://www.finansdepartementet.no/nivaa2.cfm?selectedNode=4/saker_hoering/kapdek070301)

120. Se Kvaerner kvartalsrapport 2000 på internetadressen: [http://www.kvaerner.no/group/investor\\_relations/reports/2000/1q/](http://www.kvaerner.no/group/investor_relations/reports/2000/1q/)

121. Guideline on asset securitisation, guideline no. 103.11, j. no. 15/269/96, udstedt den 16. januar 1996. Retningslinjerne kan læses på internetadressen: [http://www.rata.bof.fi/english/guidelines/credit\\_institutions.html](http://www.rata.bof.fi/english/guidelines/credit_institutions.html)

## *XV Finansieringsretlige aspekter ved trusts*

der gælder for banker og andre finansieringsinstitutter, herunder solvenskrav og risici. Trusts berøres ikke i retningslinjerne.

### *4.7.5. Børsmæglerforeningens rapport om det danske obligationsmarked*

Børsmæglerforeningen har udgivet en rapport om: Nye skridt på det danske obligationsmarked. I rapporten peges på en række udviklings-træk på obligationsmarkederne i Danmark og i udlandet. Rapporten indeholder endvidere forslag til en række initiativer, der vil kunne bidrage til at det danske obligationsmarked fortsat er en attraktiv og effektiv markedsplads, jf. rapportens s. 3.

I rapporten beskrives blandt andet securitisation og det vurderes, at der på sigt også er et marked herfor i Danmark. Dette kræver imidlertid i henhold til rapporten særlig lovgivning. I rapporten peges der således på, at securitisation under lov om sparevirksomheder og udstedere af forudbetalte betalingskort fører flere problemer med sig, jf. rapportens s. 5. Endvidere peger rapporten på at i den situation, hvor et SPV risikoafdækker tidsmæssige forskydninger mellem betaling på aktiver og udstedte obligationer, sker beskattningen af derivatet og det underliggende aktiv separat. Derivatet beskattes efter lagerprincippet og det underliggende aktiv efter realisationsprincippet.

Et punkt der ikke behandles i rapporten er beskyttelsen af investorernes interesser, herunder i relation til de underliggende aktiver, der tjener til sikkerhed for investorernes indskudte kapital.

### *4.7.6. Årsager til securitisations manglende udbredelse i Danmark*

På baggrund af ovennævnte kan følgende problemer identificeres som værende blandt dem, der er medvirkende til at securitisation ikke har vundet indpas i dansk ret endnu.<sup>122</sup>

*For det første* risikoen for at et SPV undergivet loven om sparevirksomheder og udstedere af forudbetalte betalingskort – i henhold til

---

122. Finanstilsynets direktør *Henrik Bjerre-Nielsen* holdt den 20. september 2000 en tale til NFU-konferencen om emnet »Udfordringer for de nordiske tilsynsmyndigheder i et integreret Europa« og anførte i den forbindelse: »Obligationsudstedelse med sikkerhed i serier af underliggende udlån, også kaldet »securitisation«, må – ligesom i USA – tilsvarende forventes af få stigende betydning.« Talen kan læses på internetadressen: <http://www.ftnet.dk/frame.asp?documentID=666&menuID=40>

hvilken der gælder et krav om en minimumskapital men intet solvenskrav – ved at investere i flere forskellige aktivtyper i stedet bliver omfattet af lov om banker og sparekasser eller lov om realkreditinstitutter, hvilke regelsæt udover kapitalkrav begge indeholder solvenskrav,

*For det andet* hensigtsmæssigheden bag de almindelige kapital- og solvenskrav i relation til et SPV i en securitisation, der har en meget speciel og afgrænset risikoprofil. Hertil kommer indvirkningen fra ratingbureauer, credit-enhancers samt eventuelt udstedte garantier m.v., der sikrer og styrker SPV'ets stilling,

*For det tredje* de skattemæssige problemstillinger forbundet med en asymmetrisk beskatning af de finansielle kontrakter henholdsvis de underliggende aktiver, jf. kursgevinstlovens § 29. I medfør af kursgevinstlovens § 29 gælder der et separationsprincip, i henhold til hvilket gevinst og tab opgøres uden hensyn til de skattemæssige regler, der gælder for det underliggende aktiv. Det må formentlig anses for usandsynligt generelt at ændre separationsprincippet til et enhedsprincip, hvorefter gevinst og tab på den finansielle fordring og det underliggende aktiv følger hinanden. Det kunne imidlertid overvejes at indføre særlige regler herom for SPV'er, der indgår i securitisation konstruktioner, eller måske i et eller andet omfang tilbyde skattefrihed for gevinst og tab i sådanne SPV'er. Typisk vil et SPV kun have et begrænset nettooverskud hvilket skyldes, at der hviler et stort antal udgifter på SPV'et til bl.a. involverede banker, kunder, rating bureauer, servicers, m.v.,

*For det fjerde* transaktionsomkostningerne forbundet med at skulle inddrage mere end ét lands regler i forbindelse med udarbejdelsen af den juridiske konstruktion. Transaktionsomkostningerne ved securitisation er qua det store antal af deltagende parter i forvejen ganske højt, men såfremt det tillige er nødvendigt at inddrage et eller flere andre landes retssystemer vokser omkostningerne betragteligt, og

*For det femte* bør man formentlig ikke se bort fra at danske banker og realkreditinstitutioner i vidt omfang har været i stand til tilfredsstille danske virksomheders behov for billig finansiering.

## 5. Trustens rolle i fremtidens danske finansieringsstrukturer

Anvendelsesområdet for trusten er blevet udvidet betydeligt siden dens fremkomst i det feudale England i kølvandet på den normanniske invasion i det 12. århundrede. Således udgør den finansielle del af den samlede mængde af værdier, der i dag befinder sig i trusts, en betydelig andel. Til illustration udgør alene mængden af værdier i securitisations i U.S.A., hvori trusts indgår, mere end 2 trillioner dollars.<sup>123</sup> Der kan med rette stilles det spørgsmål om udbredelsen af trusts i finansieringsmæssig sammenhæng alene kan tilskrives en særlig anglo-amerikansk tradition, der så har bredt sig ud over grænserne for common law staterne til det globale finansmarked, eller om der vitterlig er tale om at trusten har sådanne egenskaber og fordele, der enten ikke eller kun vanskeligt kan kopieres ved hjælp af de instrumenter, der er til rådighed i Danmark, Norden og civil law staterne. Det må indledningsvist erkendes at traditionen spiller en stor rolle. Dette gælder både på udbydersiden (banker, advokater, m.v.), hvor trusten med tiden er blevet et integreret element i blandt andet de finansieringsstrukturer, der er beskrevet oven for, som på aftagersiden (investorerne), der har det bedst med at der benyttes afprøvede modeller og velkendte retsfigurer.

Danmark har – i lighed med så mange andre ikke-common law stater – ikke nogen direkte pendant til trusten. I stedet findes der blandt andet i Danmark retsfigurer, der i større eller mindre grad har flere af trustens karakteristika, uden dog at nogen af disse retsfigurer selvstændigt rummer alle trustens karakteristika. Det er på denne baggrund vanskeligt at komme på en dansk retsfigur, der kan erstatte trusten.

---

123. *Henry Hansman og Ugo Mattei, The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, New York University Law Review, maj 1998, vol. 73, s. 438.*

DEL 3

Fremmed ret

# XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

## 1. Indledning og oversigt

Trusten har sine rødder i England helt tilbage fra tiden for den normanniske invasion af landet. I takt med at England udvidede sit verdensomspændende imperium, vandt trusten langsomt indpas i flere og flere af de kolonier, der blev underlagt den engelske krone. Således er trusten en integreret bestanddel i blandt andre det amerikanske, canadiske, australske og new zealandske retssystem. I relation til USA og Canada er det dog væsentligt at bemærke, at trusten oprindeligt ikke vandt indpas i de stater og områder, der var kontrolleret af franskmændene, nemlig Louisiana i USA og Quebec i Canada, se nærmere neden for. Herudover genfindes trusten i stater, der har været – eller i et vist omfang stadig er – kontrolleret af England. Endvidere har Irland regler om trusts.

Trusten har også vundet indpas i mængden af offshore stater rundt om i verden.<sup>1</sup> Således kan nævnes: Anguilla, Antiqua og Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Cook Islands, Cypern, Gibraltar, Guernsey og Jersey, Isle of Man, Labuan, Malta, Mauritius, Nauru, Nevis, Niue, Saint Vincent, Seychellerne, Turks og Caicos Islands, Vanuatu og Vestlige Samoa.<sup>2</sup> Til listen af skatteoaser kan (formentlig) tilføjes Liechtenstein, der i 1926 vedtog loven om Personen- und Gesellschaftsrecht, der indeholder regler om Treuhänderschaft og i 1928 tilføjedes Treuunternehmen.

Ydermere har en række andre stater (uden nogen nævneværdig

---

1. Se nærmere International Trust Laws, *John Glasson* (red.).

2. Til listen kan tillige føjes den engelske koloni St. Lucia beliggende i Caribien, der i 1879 adopterede Quebecs Code Civil. Dette skete ifølge *Maurizio Lupoi* ved et historisk sammentræf, idet en kolonial jurist blev overflyttet fra Quebec til St. Lucia, der oprindeligt var en fransk koloni.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

common law tradition og uden at disse kan betegnes som værende skatteoaser), valgt at adoptere trusten eller analoge retsinstitutter. Således kan nævnes Louisiana og Quebec. Disse staters retssystemer er baseret på Frankrigs lovbog Code Civil. På baggrund af disse staters retshistoriske traditioner, har trusten dér fået en noget anden udformning. Et tilsvarende retshistorisk kuriosum er Skotland, hvis ejendomsret tillige har rødder i Code Civil. Skotland har desuagtet adopteret trusten, dog i en noget anden udformning end den traditionelle engelske udgave. Også Sydafrika har trusts. Trusten kom til Sydafrika i kølvandet på den engelske ankomst til Cape Colony i 1805, og den efterfølgende gradvise erobring af landet fra hollænderne i årene efter.<sup>3</sup> Endvidere har Japan adopteret trusten, men med dén væsentlige begrænsning, at trusts i Japan i overvejende grad kun må anvendes i finansielt øjemed. Også Israel har regler om trusts. Oprindeligt omfattede de israelske regler kun charitable trusts og senere joint investment funds.<sup>4</sup> Med virkning fra 3. februar 1980 blev det imidlertid muligt at anvende trusts helt generelt.<sup>5</sup>

En række syd- og mellemamerikanske stater har indført trust-lignende instrumenter, hvilket formentlig skal ses i lyset af disse staters nære geografiske og økonomiske tilknytning til USA. Således har Argentina, Colombia, Mexico, Panama,<sup>6</sup> Peru og Venezuela indført regler herom.<sup>7</sup> Karakteristisk for disse staters regler om trust-lignende instrumenter er, at lovgiver har valgt at bygge videre på de i disse stater allerede velkendte retsfigurer i form af fideicommissum og fiducia. De i disse lande introducerede retsfigurer afviger i større eller mindre grad fra de almindelige trust-principper, herunder særligt i relation til reglerne om den begunstigedes beskyttelse mod trustee og dennes aftaleerhververe og kreditorer. Dog har teorien og retspraksis i visse tilfælde videreudviklet de oprindelige regler og ydet den begunstige en større retsbeskyttelse end ellers oprindeligt forudsat af lovgiver.

3. Jf. *Maurizio Lupoi, Trusts – a comparative study, 2000, s. 297.*

4. Henholdsvis 1924 (Charitable Trust Ordinance) og 1961 (Joint Investment Trust Law), jf. *Maurizio Lupoi, Trusts – a comparative study, 2000, s. 279.*

5. Jf. *Maurizio Lupoi, Trusts – a comparative study, 2000, s. 297.*

6. Panama kunne for så vidt lige så vel have været placeret i kategorien skatteoaser oven for, idet trusts bestående af fast ejendom beliggende i udlandet samt andre aktiver tilhørende udlændinge ikke pålægges skat i Panama.

7. Se *Maurizio Lupoi, Trusts – a comparative study, 2000, s. 273ff.*

## 1. Indledning og oversigt

Nederst på skalaen over stater, der har regler om trusts eller trust-lignende instrumenter, findes Etiopien,<sup>8</sup> Filippinerne,<sup>9</sup> Tyskland og Østrig.<sup>10</sup> Baggrunden for at Tyskland og Østrig er at finde på skalaen er, at begge lande har lovregler samt udviklet retsprincipper vedrørende Treuhandtschaft. Reglerne om Treuhandtschaft i tysk ret beskrives neden for 7.

Det kan i øvrigt nævnes, at den første henvisning til trusts i russisk lovgivning kom i 1991 i lov om banker og bankaktiviteter (RSFSR Law on Banks and Banking Activity). I henhold til denne lov kan russiske banker, efter at have søgt om og opnået tilladelse, engagere sig i trust-aktiviteter.<sup>11</sup> I 1992 blev begrebet trust anvendt i forbindelse med Presidential Edict on the Joint-stockization of State Enterprises. I denne lov er terminologien lånt fra Vesten: ordet der anvendes var *trust*.<sup>12</sup> Rusland fremkom endvidere i 1993 med et edikt om trusts.<sup>13</sup>

Til slut skal det nævnes, at Frankrig i 1992 overvejede at indføre en trust lignende retsfigur betegnet *la fiducie*, se nærmere neden for 5.

Det ville være en uoverkommelig opgave her at forsøge at beskrive hver enkelt af ovennævnte staters lovgivning om trusts, hvilket også falder uden for rammerne af denne fremstilling. Det er i stedet valgt at beskrive en række af de staters lovgivning, der forekommer at være særlig interessante.

- 
8. De etiopiske regler herom er fra 1960 og reglerne er på mange punkter ifølge *Maurizio Lupoi* inspireret af reglerne i engelsk ret, jf. *Maurizio Lupoi*, *Trusts – a comparative study*, 2000, s. 297.
  9. De filippinske regler er fra 1949 og regulerer kun eksplicit implied trusts, såsom constructive og resulting trusts. Der findes derfor ingen generelle regler om trusts, hvilke ifølge *Maurizio Lupoi* i stedet udledes af retspraksis, herunder referencer til engelsk og amerikansk retspraksis, *Maurizio Lupoi*, *Trusts – a comparative study*, 2000, s. 277.
  10. Der findes givetvis en (lang) række andre stater, der hører ind under denne kategori.
  11. Se nærmere *International Trust Laws*, *John Glasson* (red.).
  12. Den russiske finansielle presse gav Ediktet æren for at introducere et nyt ord i det russiske ordforråd.
  13. *Maurizio Lupoi* anfører at 1993 dekretet formentlig er ophævet som følge af, at den russiske lovbog i kapitel 53 nu indeholder bestemmelser om fiduciarisk administration af aktiver, *Trusts – a comparative study*, 2000, s. 288 note 145. Udarbejdelsen af ediktet var støttet af EU-kommissionen og Verdensbanken.

## 2. Skotland

Skotland er et blandet retssystem, hvis fundament er baseret på civil law men således at common law gennem årene har fundet sin vej ind i retssystemet, hovedsageligt på baggrund af Skotlands nære geografiske tilknytning til England. Skotsk ejendomsret er dog udelukkende baseret på civil law, men trusten findes desuagtet i skotsk ret og har gjort det siden i hvert fald det 17. århundrede.

Trustee er i henhold til skotsk ret ikke alene ejer af trust-aktiverne men tillige den eneste ejer af disse. De begunstigede har således et obligatorisk krav mod trustee. Dette indebærer imidlertid ikke, at de begunstigede ikke er beskyttet mod trustees kreditorer. Trust-formuen udgør nemlig en separat formuesfære, og trustees private kreditorer er afskåret fra at søge sig fyldestgjort i trust-aktiverne. Beskyttelsen mod trustees private kreditorer gælder ikke kun for de oprindelige aktiver men tillige for aktiver, der efterfølgende tilføjes trust-formuen samt surrogater af de oprindelige eller senere tilføjede aktiver. Går trustee konkurs er trustees private kreditorer ligeledes afskåret fra at søge sig fyldestgjort i trust-formuen. Skotsk ret kan forekomme selvmodsigende men forklaringen er ifølge *K.G.C. Reid*:

»A right which prevails against other creditors has the appearance of a real right. But here appearances mislead. The beneficiary's preference is based, not on real right, but on separation of patrimony.«<sup>14</sup>

De begunstigede var oprindeligt beskyttet mod trustees aftaleerhververe såfremt disse var i ond tro om trustees manglende beføjelse til at sælge, pantsætte m.v. trust-aktiverne. Fra og med 1961 blev skotsk ret ændret på dette punkt, således at trustees aftaleerhververe altid eksstingverer de begunstigedes ret, uanset om aftaleerhververne var i god eller ond tro. Foreligger der omvendt svig eller lignende er trustees aftaleerhververe afskåret fra at eksstingvere. Vederlagsfri overdragelser af aktiver fra trust-formuen fra trustee til tredjemand kan de begunstigede altid kræve udleveret af tredjemand.

---

14. *K.G.C. Reid*, National Report for Scotland, i *Principles of European Trust Law*, 1999, s. 70.

### 3. Quebec

#### 3.1. Indledning

Canada er i lighed med Australien en føderation, der består af 10 provinser.<sup>15</sup> Hver enkel provins har sit eget retssystem. Trusten indgår i alle provinsernes retssystemer. Dette er forståeligt, eftersom ni af disse bygger på common law. Én af disse provinser skiller sig imidlertid ud ved på den ene side at være et civil law land og ved på den anden side at have regler om trusts i form af *De la fiducie*.

Ved Paris traktaten i 1763 blev Quebec overdraget til Storbritannien, og ved Quebec Act 1774 blev det fransk-canadiske civil law *preserved to the colony*. Dette system blev kodificeret i 1866 som Code Civil, og i 1869 blev la fiducie indføjet i Code Civil. Quebecs Code Civil fra 1866 blev i 1994 erstattet en ny Code Civil (Code Civil Quebec). Den nye Code Civil Quebec har ligeledes bestemmelser om fiducie, men disse er på flere punkter forskellige fra de tidligere regler.

Det har været genstand for diskussion om Quebecs fiducie oprinder af common law eller i stedet af fransk rets regler om de la fiducie for umyndige. Af denne diskussion stammer også uenigheden om engelsk rets regler om equity tillige finder anvendelse på Quebecs fiducie.

#### 3.2. Quebecs fiducie

De tidligere regler om fiducie fandtes i den nu ophævede Code Civil i artiklerne 981a til 981n. De nu ophævede bestemmelser adskiller sig i væsentlig grad fra de nugældende regler om trusts, og vil udvalgte steder blive inddraget i beskrivelsen nedenfor.<sup>16</sup>

De nugældende regler om de la fiducie finder vi i Quebecs Code Civil, kapitel II, i artiklerne 1260 til 1298. La fiducie defineres på følgende måde i artikel 1260 på henholdsvis fransk og engelsk:

15. Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, British Columbia, Prince Edward Island, Provinces of Manitoba, Saskatchewan, Alberta og Newfoundland.

16. Se om de gamle regler særlig *George W. Keeton* og *L. A. Sheridan*, *The Comparative Law of Trusts in the Commonwealth and the Irish Republic*, 1976, s. 252ff. Se også *Quebec Civil Law – An Introduction to Quebec Private Law*, udarbejdet af Det Juridiske Fakultet og Institutet for Komparativ ret på McGill Universitetet og redigeret af *John E. C. Brierley* og *Roderick A. Macdonald*, 1993, s. 371ff., *Daniel N. Mettarlin*, *The Quebec Trust and the Civil Law*, *McGill Law Journal*, 1975, vol. 21, nr. 2, s. 175ff. og *Peter E. Graham*, *Some Peculiarities of Trusts in Quebec*, *La Revue du Barreau de la Province de Quebec*, 1962, tome 22, s. 137ff.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

»La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.«<sup>17</sup>

»A trust results from an act whereby a person, a settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer.«<sup>18</sup>

Fiducie kan i henhold til art. 1262 oprettes på følgende måde, idet gennemgangen i det følgende vil holde sig til den engelske udgave af loven:

»A trust is established by contract, whether by onerous title or gratuitously, by will, or, in certain cases, by operation of law. Where authorized by law, it may also be established by judgement.«<sup>19</sup>

Fiducie opstår ved fiduciares – eller hvis der er flere af disse, ved blot én af disse – accept. Er der tale om fiducie oprettet ved testamente er virkningen af fiduciares accept retroaktiv til dødsdagen.<sup>20</sup>

Oprettelsen af fiducie fratager constituant ejendomsretten over de pågældende aktiver og pålægger fiduciares at se til *the appropriation of the property* og administrationen af denne.<sup>21</sup> På dette punkt adskiller de nye regler sig markant fra de gamle regler, der i artikel 981*b* bestemte følgende (såvel den franske som den engelske tekst citeres):

»Les fiduciares, pour les fins de la fiducie, sont saisis, comme dépositaires et administrateurs, pour le bénéfice des donataires ou légataires, des propriétés mobilières ou immobilières à eux transportées en fiducie, et peuvent en revendiquer la possession, même contre les donataires ou légataires pour le bénéfice desquel la fiducie a été créée.

Cette saisie ne dure que le temps stipulé pour la durée de la fiducie; et aussi longtemps qu'elle dure, les fiduciaires peuvent poursuivre et être poursuivis, et prendre tous procédés judiciaires pour les affaires de la fiducie.«

17. Code Civil Québec, redigeret af *Baudoin* og *Renaud*, opdateret til 1. januar 1997.

18. Code Civil Québec, redigeret af *Baudoin* og *Renaud*, opdateret til 1. januar 1997.

19. Code Civil Québec, redigeret af *Baudoin* og *Renaud*, opdateret til 1. januar 1997.

20. Code Civil Québec art. 1261.

21. Code Civil Quebec art. 1265.

### 3. Quebec

Trustees, for the purposes of their trust, are seized as depositaires and administrators for the benefit of the donees or legatees of the property, moveable or immoveable, conveyed to them in trust, and may claim possession of it, even against the donees or legatees for whose benefit the trust was created.

This seizin lasts only for the time stipulated for the duration of the trust; and while it lasts, the trustees may sue and be sued and take all judicial proceedings for the affairs of the trust.«<sup>22</sup>

Forskellen består i, at fiduciare efter de gamle regler have *seisin* til de aktiver, der indgik i fiducie. Seisin bygger på engelsk rets opdeling af ejendomsretten i law og equity. For et civil law land som Quebec kan en sådan opdeling indebære visse problemer. I de nye regler om fiducie er man derfor gået væk herfra, og har i stedet bestemt, at fiduciare blot administrerer aktiverne, der indgår i fiducie. Aktiverne,<sup>23</sup> der indgår i fiducie, udgør en separat enhed adskilt fra constituant og fiduciare. Ingen af disse har en ejendomsret til aktiverne, se artikel 1265:

»L'acceptation de la fiducie dessaisit le constituant des biens, charge le fiduciaire de veiller à leur affectation et à l'administration du patrimoine fiduciaire et suffit pour rendre certain le droit du bénéficiaire.«

»Acceptance of the trust divests the settlor of the property, charges the trustee with seeing to the appropriation of the property and the administration of the trust patrimony and is sufficient to establish the right of the beneficiary with certainty.«<sup>24</sup>

Denne løsning skaber imidlertid også problemer, hvilket bliver tydeligt hvis man forestiller sig den situation, at fiduciaire tilsidesætter sine forpligtelser ved f.eks. uretmæssigt at afhænde aktiverne i fiducie til en tredjemand. Spørgsmålet er om den eller de begunstigede i så fald har mulighed for at kræve aktiverne udleveret fra tredjemand, eller de i stedet kun har et erstatningskrav mod fiduciaire. Også denne løsning forekommer at kunne give anledning til problemer.

Af artikel 1265 citeret ovenfor fremgår, at det er ved fiduciaries accept af fiducie at den eller de begunstigedes rettigheder stiftes. De

22. Nu ophævede Code Civil du Bas Canada, Code Civil du Quebec, Les Codes Civils, redigeret af Paul-A. Crépeau under medvirken af Marie-Andrée Dorais, Montréal 1992.

23. Code Civil Québec art. 1261.

24. Code Civil Québec, redigeret af Baudoin og Renaud, opdateret til 1. januar 1997.

begunstigede er ikke parter i aftalen mellem constituant og fiduciaire, og ville ikke uden denne lovhjemmel have nogen rettigheder ifølge kontrakten, medmindre en af aftaleparterne havde gjort den eller de begunstigede bekendt hermed.

Fiducie kan forfølge personlige, private eller sociale (velgørende) formål.<sup>25</sup>

## 4. Louisiana

### 4.1. Indledning

Louisiana adskiller sig fra alle andre stater i USA ved at retssystemet ikke er baseret på common law, men derimod på civil law idet Louisianas lovbog i store træk er baseret på Napoleons Code Civil. Louisiana var oprindeligt fransk territorium,<sup>26</sup> men blev i 1763 overtaget af Spanien. Spanien ophævede samtlige love og indførte i stedet sine egne love. Den 1. oktober 1800 overdrog Spanien Louisiana til Frankrig, som imidlertid først fik egentlig besiddelse til staten den 30. november 1803. Omkring 20 dage senere overdrog Frankrig Louisiana til den amerikanske føderation (USA). Staten Louisiana stod i en noget prekær situation, idet majoriteten af befolkningen var fransk, lovgivningen var baseret på ældre spansk ret og staten var medlem af en føderation, der var domineret af engelsk kultur.<sup>27</sup> Det ansås selvfølgelig for nødvendigt at indføre en mere tidssvarende lovgivning, hvilket i første omgang fandt sted i 1808 i form af Digest of the Civil Laws in Force in the Territory of Orleans. Disse regler blev i 1825 afløst af Louisianas gældende lovbog, der som nævnt i store træk er baseret på den franske code civil.

---

25. Code Civil Québec art. 1266. Ifølge samme bestemmelse kan fiducie tage navn efter constituant, fiduciaire eller de begunstigede, eller såfremt der er tale om fiducie til private eller velgørende formål, da ved et navn der reflekterer dets formål. I alle tilfælde er det en betingelse at det af navnet skal fremgå, at der er tale om fiducie eller trust.

26. Som følge af et charter udstedt af kejser Louis XIV til Antoine Crozat.

27. *Maurizio Lupoi*, Trusts – a comparative study, 2000, s. 297.

#### 4.2. Louisiana's trust

Trusten er i Revised Statutes § 1731<sup>28</sup> defineret således:<sup>29</sup>

A trust, as the term is used in this Code, is the relationship resulting from the transfer of title to property to a person to be administered by him as a fiduciary for the benefit of another.

Trustee er i henhold til RS § 1781:

A trustee is a person to whom title to the trust property is transferred to be administered by him as a fiduciary.

Ejendomsretten til trust-aktiver er således hos trustee. En begunstiget defineres i RS § 1801 som:

A beneficiary is a person for whose benefit the trust is created and may be a natural person, corporation, partnership, or other legal entity having the capacity to receive property. A trustee of a trust, in his capacity of trustee, can be the beneficiary of another trust. Neither the heir, legatee, or assignee of a designated beneficiary, nor a beneficiary by reason of a substitution under Subpart B of Part III of this Chapter, is considered a beneficiary for the purpose of fixing the maximum allowable term of the trust.

Denne definition rummer ikke noget svar på spørgsmålet om hvorvidt den begunstigede har en ret, der svarer til en equitable ejendomsret, eller i stedet kun har et obligatorisk krav mod trustee. I RS § 2143 benyttes ordene »beneficiaries of usufruct and naked ownership«, hvilket kunne tyde på, at den begunstigede har en art ejendomsret eller anden form for tredjemandsbeskyttet ret.<sup>30</sup> Svaret findes imidlertid ikke i Louisianas Revised Statutes, idet man bevidst valgte at lade spørgsmålet om den begunstigedes ret stå åbent.<sup>31</sup> Det angives i stedet blot i Louisianas Revised Statutes, at den begunstigede har beføjelser

---

28. (RS 9:1731).

29. Louisiana har tillige regler om resulting trusts i RS § 2013.

30. 2143, stk. 1. **Allocation to beneficiaries of usufruct and naked ownership.** A trust is administered with due regard to the respective interests of beneficiaries of usufruct and naked ownership in the allocation of receipts and expenditures if a receipt is credited or an expenditure is charged to the beneficiary of usufruct or the beneficiary of naked ownership or partly to each:.

31. Jf. *Donovan W. M. Waters*, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, s. 373.

over for en trustee, der begår et breach of trust.<sup>32</sup> Hvorvidt den begunstigede er beskyttet mod trustees kreditorer og aftaleerhververe er derfor et åbent spørgsmål.<sup>33</sup>

Louisiana Revised Statutes indeholder i § 1831 en begrænsning af trustens tidsmæssige udstrækning, ligesom det er tilfældet med common laws rule of perpetuities og dansk rets forbud mod fideikommiss.<sup>34</sup> RS § 1834 indeholder en række undtagelser hertil, herunder for trusts med almenvælgørende formål.

Den begunstigede kan i medfør af RS § 2001, og i mangel af modstående bestemmelse i stiftelsesdokumentet, helt eller delvist overdrage eller belåne sin ret i trusten medmindre stiftelsesdokumentet foreskriver andet. Den begunstigedes kreditorer kan i henhold til RS § 2004 kun foretage udlæg i den begunstigedes ret til indtægt eller formue i trusten i det omfang, som den begunstigede selv kan disponere over førnævnte, eller såfremt og i det omfang den begunstigede selv har bidraget med indtægt og formue til trusten. Herudover kan

---

32. §2081. **Breach of trust defined.** A violation by a trustee of a duty he owes to a beneficiary as trustee is a breach of trust.

33. Jf. *Donovan W. M. Waters*, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, s. 373: »Having already decided to define the meaning of a trust. Louisiana decided to leave open the conceptual side of the question of how the beneficiary might enforce his or her rights. The Code would instead delineate the remedies available to the beneficiary.« *Maurizio Lupoi* berører ikke problemstillingen i sin bog *Trusts – a comparative study*, 2000.

34. RS § 1831. **Limitations upon stipulated term.** If the trust instrument stipulates a term and unless an earlier termination is required by the trust instrument, or by the proper court, a trust shall terminate at: (1) The death of the last surviving income beneficiary or the expiration of twenty years from the death of the settlor last to die, whichever last occurs, if at least one settlor and one income beneficiary are natural persons; (2) The death of the last surviving income beneficiary or the expiration of twenty years from the creation of the trust, whichever last occurs, if none of the settlors is a natural person but at least one income beneficiary is a natural person; (3) The expiration of twenty years from the death of the settlor last to die, if at least one settlor is a natural person but none of the income beneficiaries is a natural person; (4) The expiration of fifty years from the creation of the trust, if none of the settlors and none of the income beneficiaries is a natural person.

en kreditor kun i særlige tilfælde foretage udlæg i den begunstigedes ret, jf. RS § 2005.<sup>35</sup>

Louisiana Revised Statutes indeholder i § 2092 (Recordation of instruments) en regel om iagttagelse af sikringsakter.<sup>36</sup>

- A. If at any time the trust property of either an inter vivos trust or a testamentary trust includes immovables or other property the title to which must be recorded in order to affect third parties, a trustee shall file the trust instrument, or an extract thereof, for record in each parish in which the property is located.
- B. (1) For purposes of recording an extract of a trust instrument, such an extract shall include all of the following:
  - (a) The name of the trust, if any.
  - (b) A statement as to whether the trust is revocable or irrevocable.
  - (c) The name of each settlor and signature of each settlor of an inter vivos trust.
  - (d) The name of each trustee and name or other description of the beneficiary or beneficiaries.
  - (e) The date of execution of the trust.
  - (f) A brief description of the immovable property or other property subject to the trust, the title to which must be recorded in order to affect third persons.

---

35. RS § 2005. **Seizure by creditor; special claims.** Notwithstanding any stipulation in the trust instrument to the contrary, the proper court, in summary proceedings to which the trustee, the beneficiary, and the beneficiary's creditor shall be parties, may permit seizure of any portion of the beneficiary's interest in trust income and principal in its discretion and as may be just under the circumstances if the claim is based upon a judgment for: (1) Alimony, or maintenance of a person whom the beneficiary is obligated to support; (2) Necessary services rendered or necessary supplies furnished to the beneficiary or to a person whom the beneficiary is obligated to support; or (3) An offence or quasi-offence committed by the beneficiary or by a person for whose acts the beneficiary is individually responsible.

36. Herudover indeholder RS § 2095 en særregel vedrørende placering af penge på bankkonti. § 2095. **Bank deposits.** Although a trustee can properly make a general deposit of trust money in a bank, he shall use reasonable care in selecting the bank and properly earmark the deposit as a deposit of trust funds by him as trustee, unless the trust instrument provides otherwise. A corporate trustee making a general deposit of trust money with an affiliate or its own banking department has a duty to a beneficiary to obtain as security for the deposit readily marketable bonds or other obligations having and maintaining a market value at least equal to the amount of the deposit, unless dispensed from doing so by specific words in the trust instrument, but such a dispensation shall not be construed as preventing a corporate trustee from putting up security for a deposit of trust money if it desires to do so. No security shall be required for any deposit up to the amount insured by the Federal Deposit Insurance Corporation.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

- (2) The provisions of this Section authorizing the filing of an extract of the trust instrument are remedial and shall be applied retroactively to any trust extract theretofore filed for record which is in substantial compliance with the provisions of this Subsection, and such extract shall affect third persons as of the date of recordation.

Trustee er endvidere forpligtet til at holde trust-formuen adskilt fra sin egen formue, jf. RS § 2094.<sup>37</sup> Louisiana Revised Statutes har en række regler om trustees pligter<sup>38</sup> og den begunstigedes beføjelser over for trustee, herunder trustees forpligtelse til at aflægge regnskab, jf. RS § 2088.<sup>39</sup> Domstolene kan endvidere efter anmodning kræve, at trustee stiller sikkerhed for derigennem at sikre den begunstigedes ret.

Trustee kan ifalde et personligt erstatningsansvar i forbindelse med indgåelse af kontrakter. Trustee kan dog fraskrive sig dette ansvar ved at tilføje ordet »trustee« eller ordene »as trustee«<sup>40</sup>.

RS § 2128 indeholder tillige regler om common trust funds og i § 2129 regler om corporate trustees' deposit of securities in clearing corporation.

- 
37. RS § 2094. **Separation of trust property.** A trustee shall keep the trust property separate from his individual property, and, so far as reasonable, keep it separate from other property not subject to the trust, and see that the property is designated as property of the trust, unless the trust instrument provides otherwise.
  38. RS § 2090. **Prudent man rule.** A trustee in administering a trust shall exercise such skill and care as a man of ordinary prudence would exercise in dealing with his own property.
  39. RS § 2091. **Control and preservation of trust property.** A trustee is under a duty to a beneficiary to take reasonable steps to take, keep control of, and preserve the trust property.
  40. RS § 2125, C. The plaintiff may also hold a trustee who makes a contract personally liable on the contract, if the contract does not exclude personal liability. The addition of the word »trustee« or the words »as trustee« together with language identifying the trust, after the signature of a trustee to a contract, shall be deemed prima facie evidence of an intent to exclude a trustee from personal liability. RS § 2126 indeholder regler om trustee erstatningsansvar uden for kontrakt.

## 5. Frankrig

### 5.1. Indledning

De la fiducie har i fransk ret rødder tilbage fra tiden før Napoleon. Fiducie var en institution, der tillod testator at pålægge en person (le fiducie) at holde aktiver i *deposit* og administrere disse for en umyndig person, indtil vedkommende nåede en vis alder, dog således at denne tidstermin antagelig ikke kunne overskride det tidspunkt, hvor den pågældende blev myndig. Fiduciaire var blot en administrator og kunne ikke på nogen måde selv drage nytte af aktiverne eller indtægten eller afkastet heraf. Såfremt den umyndige afgik ved døden, tilfaldt aktiverne testators arvinger. Aktiverne kunne aldrig blive fiduciaires ejendom. La fiducie eksisterer stadig i denne form, og er en undtagelse til fransk rets regler, der forbyder substitution.<sup>41</sup>

### 5.2. Lovforslaget om de la fiducie

Frankrig introducerede i februar 1992 et lovforslag om *la fiducie*,<sup>42</sup> der i artikel 2062 definerer denne som:

»La fiducie est un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire qui, tenant ces biens et droits séparés de son patrimoine personnel, agit dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulation du contrat.«

Artikel 2062 er oversat som af *D. W. M. Waters* således:

»The *fiducie* is a contract by which a person (*constituant*) transfers all or part of his property and rights to a fiduciary (*fiduciaire*) who, holding this property and these rights separate from his own personal assets (*patrimoine*),

41. Se *Daniel N. Mettarlin*, *The Quebec Trust and the Civil Law*, McGill Law Journal, 1975, vol. 21, nr. 2., s. 175ff.

42. Assemblée Nationale, Constitution du 4 octobre 1958, Neuvième Législature, 25 February 1992, No. 2583, *Projet de Loi, instituant la fiducie*. Lovforslaget bygger på et *avant-projet* vedrørende en lovgivning om trusts. Dette blev udarbejdet af det franske Justitsministerium (D.A. No. 162) og i maj 1991 kom så Finansministeriets med de skattemæssige implikationer af en lovgivning om trusts i Frankrig. Disse betragtninger udmøntede sig i et *projet de loi* (Doc. Ass. Nat. 2583), der blev forelagt det franske parlament.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

deals with the said property and rights for the benefit of one or more beneficiaries as provided in the terms of the contract.«<sup>43</sup>

Henry Dyson har oversat bestemmelsen noget anderledes som:

»... a contract by virtue of which a Settlor (*le constituant*) transfers all or part of his property and rights to a Trustee (*le fiduciaire*) who, holding the same separate from his personal assets, deals therewith for such benefit of one or more beneficiaries as are therein expressed in accordance with the provisions therein contained. The Settlor himself may be a beneficiary.«<sup>44</sup>

Lovforslaget blev aldrig vedtaget af det franske parlament, og hvorvidt dette vil blive genfremsat vides ikke med sikkerhed.

Først og fremmest er det interessant at bemærke, at fiducie bygger på en kontrakt mellem constituant og fiduciaire. Frankrig har således valgt ikke at implementere engelsk ret i form af equity i fransk ret. De i henhold til fiducie berettigede er ikke medkontrahenter til kontrakten, og de skal således ikke acceptere vilkårene for denne. De begunstigede kan ikke desto mindre støtte ret på kontrakten mellem constituant og fiduciaire. Heraf følger endvidere, at der kun kan forekomme express fiducie. Følgende krav skal i medfør af lovforslagets artikel 2063 være opfyldt for at der gyldigt er oprettet en fiducie:

- (1) kontrakten skal være skriftlig. Er formålet med fiducie at overdrage aktiver skal kontrakten indgås gennem en notarialforretning,
- (2) kontrakten skal identificere de aktiver, der er genstand for fiducie,
- (3) kontrakten skal angive formålet med fiducie samt fiduciaires forpligtelser og dennes kompetence til at administrere samt erhverve og afhænde aktiver,
- (4) kontrakten skal angive navnene på de begunstigede eller hvorledes disses identitet kan fastlægges,
- (5) kontrakten skal angive under hvilke betingelser fiduciares aktiver kan overdrages til de begunstigede, og
- (6) kontrakten skal angive tidsterminen for fiducie, hvilken ikke må overskride 99 år.

43. Artikel 2062 i lovforslaget, der skulle rubriceres som XVI efter den tredje bog i den franske Code Civil, som citeret efter *D.W.M. Waters*, *Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Recueil Des Cours, 1995, Tome 252, s. 392. Oversættelsen er næsten identisk med *Charles Parkinsons*, *The Fiducie – New French Trust, Offshore Investment*, nr. 36, maj 1993, s. 32.

44. Som citeret efter *Henry Dyson*, *The Proposed New Law of Trusts in France, The Conveyancer and Property Lawyer*, s. 407ff.

Fiduciare kan være en fysisk person. Hvorvidt en juridisk person også kan varetage hvervet som fiduciare fremgår ikke eksplicit af lovforslaget. Af lovforslaget fremgår imidlertid, at likvidation af en juridisk person indebærer, at den juridiske person ophører med at kunne fungere som fiduciare hvoraf må kunne udledes, at selskaber også kan være fiduciare.<sup>45</sup> Aktiverne i fiducie udgør en separat enhed og de falder ikke i arv efter fiduciare. At aktiverne i fiducie udgør en separat enhed indebærer, at fiduciares kreditorer ikke kan søge sig fyldestgjort i disse. Vendes blikket i stedet mod settlor fremgår det af lovforslaget, at den i fransk ret såkaldte *action Paulienne* også gælder ved stiftelse af fiducie. Dette bevirker, at settlors kreditorer er beskyttede mod settlors stiftelse af en fiducie.

Lovforslaget indeholder i alt 64 paragraffer, der behandler alt fra oprettelse til beskatning af fiducie,<sup>46</sup> hvilket får følgende lakoniske kommentar med på vejen af *Henry Dyson*:

»The impression one gets is that the draftsman has not appreciated the subtleties of the trust aspect of the problem which has taken some centuries to mature in English law but on the other hand has dealt with fiscal problems which have teased the United Kingdom Revenue for many years on the typical French basis that what is not white is black and there is no grey.«

Der må gives *Henry Dyson* medhold i, at forsøget på at indeholde hvad der enten må betegnes som en trust eller i hvert fald så selve en trustlignende konstruktion i det franske lovforslag forekommer at være en ambitiøs målsætning for koncipisten af lovforslaget. Et blik på omfanget af USA's Restatement of the Law vedrørende trusts giver indtryk af omfanget og mangfoldigheden af de problemer anvendelse af trusts afstedkommer. Det må dog heroverfor anføres, at det ikke følger af nogen nødvendighed at gå i USA's fodspor med en endog meget omfattende lovgivning. Fremgangsmåden med at så kort som muligt skitsere de grundlæggende elementer i trusten, samt foretage de nødvendige justeringer i anden lovgivning, forekommer ganske

45. Se *Henry Dyson*, *The Proposed New Law of Trusts in France, The Conveyancer and Property Lawyer*, s. 410. *Charles Parkinson* antager uden videre at dette må være tilfældet, *The Fiducie – New French Trust, Offshore Investment*, nr. 36, maj 1993, s. 32ff.

46. Artiklerne 2-10 omhandler *trust eventualities*, artiklerne 11-57 skattemæssige forhold og de resterende 7 artikler indeholder konsekvensændringer til Code Civil.

fornuftig og vidner måske mere om en kontinentaleuropæisk tankegang end en common law tankegang.

## 6. Japan

### 6.1. Indledning

Japan har siden gammel tid haft institutioner, der i koncept minder om trusts. Et eksempel på en sådan er *Shugei Shuchiin*, hvilket er det ældste universitet i Japan. Universitetet, der blev stiftet i 828 i Kyoto, blev støttet og drevet af et buddist-tempel. Buddist-templets væsentligste indkomstkilde var de omkringliggende rismarker. På den tid var det imidlertid ikke muligt for velgørere at donere deres risfelter til buddist-templet, eftersom dette ville indebære, at rismarkerne nu gik over til at være templets ejendom hvilket indebar, at velgørernes herremand ikke længere havde rettigheder over disse og således blev afskåret fra at tage dem fra bønderne såfremt de ikke overholdt deres forpligtelser til ham. Særlig ville en sådan overdragelse indebære, at herremandens indkomstgrundlag ville blive formindsket tilsvarende. For at omgå dette blev velgøreren *nominal owner* af rismarken således at han holdt denne for buddist-templet. Et andet eksempel i Japan er *Kan-non Koh*, hvilket er et velgørehedssystem etableret i Satake Klanen i Akita i det nordlige Japan. *Kan-non Koh* startede i 1828 med en sum penge, doneret af en rig købmand. Systemet har ligheder med charitable trusts i engelsk ret.

### 6.2. Secured Bonds Trust Act

Baggrunden for Japans indførelse af trusts skyldes dog ikke de gamle retsinstitutter, der er beskrevet oven for. Japans lovbog, der blev til i 1896, er nemlig kalkeret af fra Tyskland og Frankrig, der begge er civil law lande. Den japanske lovbog indeholdt således ingen reference til trusts. I 1899 blev den japanske commercial code vedtaget, og denne indeholdt heller ikke nogen bestemmelser om trusts. Trustlovgivningen udviklede sig først efter at *mandate* og *deposit* blev indføjet i lovbogen og commercial code, og i 1905 kom Japan med den første form for trust-lovgivning i form af *Secured Bonds Trust Act 1905*. Herefter tog udviklingen fart og i 1922 vedtog Japan Trust Act og Trust Business Act. I 1943 vedtog Japan Concurrent Operation of

Trust Business by Ordinary Banks Act og i 1951 henholdsvis 1952 Japan Securities Investment Trust Act henholdsvis Loan Trust Act.

Den japanske Trust Act har i section 1 følgende definition af en trust:

»A trust within the meaning of this Act signifies the transfer or disposition of a property right to another party so that such party may administer or dispose of the property in accordance with some specific purpose.«<sup>47</sup>

## 7. Tyskland

### 7.1. Indledning

En tilnærmelsesvis dækkende beskrivelse af fremkomsten og udviklingen af tysk rets daværende *Salmann* og afløseren *Treuhand* vil sprænge rammerne for denne fremstilling. Det er derfor i stedet er valgt meget kortfattet at beskrive *Fiduziarische Treuhand* i dets nuværende udviklingstrin i tysk ret.

### 7.2. *Fiduziarische Treuhand*

Nyere tysk teori kritiserer det eksisterende begrebsapparat inden for *Treuhand* retten. Dog synes der at herskede enighed om, at følgende definition, der er udformet af *Wolfgang Siebert*, i tilstrækkelig grad dækker *Fiduziarische Treuhand*:

»Unter einem fiduziarischen Geschäft versteht man im Anschluss an den romanistischen Begriff der fiducia eine Rechtsübertragung zu einem Zwecke, der eine solche Übertragung an sich nicht erfordert. Das Recht wird mit der Verpflichtung übertragen, es nur zu bestimmten Zwecken auszuüben und es gegebenenfalls nach Erreichung des Zweckes zurückzuübertragen. Daraus ergibt sich eine den Zweck überschüssende Rechtsmacht, eine Divergenz zwischen Können und Dürfen, eine obligatorische Zweckbeschränkung der dinglich selbständigen Treuhändermacht.«<sup>48</sup>

47. Som citeret efter *International Trust Laws*, redigeret af *John Glasson*.

48. *Wolfgang Siebert*, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, 1933, s. 146. Se også *Sieberts* definition af *Treuhand* begrebet på s. 22: »Treuhänder ist derjenige, der zur Ausübung eines Vermögensrecht in fremdem Interesse bestellt und dazu mit eigener Rechtszuständigkeit an diesem Rechte ausgestattet ist. Diese Rechtszuständigkeit kann vom unbeschränkten Vollrecht bis zur eigenrechtlichen Verfügungsmacht (Ermächtigung) reichen. Das Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder, Treugeber und Begünstigtem ist da *Treuhandverhältnis*.«

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

Afgørende for om der foreligger et fiducia er således, at der har fundet en overdragelse sted af et formuegode. Ejendomsretten til de formuegoder, der tilsammen udgør Treugut, bliver samtidig med overdragelsen til Treuhänder undergivet en obligatorisk ret, der fastsætter formålet med overdragelsen samt hvilke dispositioner Treuhänder er berettiget til at foretage.<sup>49</sup> Uden denne obligatoriske begrænsning ville der alene være tale om en gave, et lån eller eventuelt et depositum. Kernen i Treuhandsvæsenet er en overdragelse af formuegoder, over hvilke Treuhänder handler i eget navn, men ikke – eller i hvert fald ikke udelukkende – i egen interesse, hvilket nærmere følger af en obligatorisk begrænsning.

Der sondres traditionel mellem et erhvervsmæssigt (Wirtschaftliche) og et retligt (Juristische) Treuhandbegreb. Grundelementerne i det erhvervsmæssige Treuhandbegreb er:<sup>50</sup>

1. udøvelse af rettigheder, herunder også aktiv handling,
2. selvstændig beføjelse hos Treuhänder,
3. handlen i eget navn, og
4. handlen overvejende i fremmed interesse.

Det retlige Treuhandbegreb består ligeledes af de oven for anførte fire elementer men indeholder tillige selv to yderligere elementer:

5. overdragelse af de formuegoder, der skal udgøre Treugut, og
6. umiddelbarhed (dvs. at formuegoderne i retlig henseende skal have hørt til Treugebers formue).

Det retlige Treuhandbegreb adskiller sig således ved tillige at forudsætte, at der har fundet en umiddelbar overdragelse sted af formuegoder fra Treugeber til Treuhänder. Den erhvervsmæssige Treuhand anvendes især indenfor revisionsbranchen i Tyskland, og vil ikke blive behandlet yderligere her. Tilsvarende gælder for den legale Treuhand, hvor formentlig det bedst kendte eksempel herpå var den i forbindelse

---

49. Formålet med den obligatoriske ret er ikke kun at fastsætte de for Treuhänder gældende begrænsninger i dennes ejendomsret, men udgør også *causa* i retshandlen.

50. Se Dieter Liebich og Kurt Mathews, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983.

med privatiseringen af de statsejede virksomheder i det tidligere DDR oprettede *Treuhandanstalt*.<sup>51</sup>

### 7.3. Parternes rettigheder og pligter

Et vigtigt aspekt ved Treuhand er det interne forhold, der reguleres af Treuhandaftalen (*pactum fiduciae*). Treuhandaftalen er det bærende element i Treuhandkonstruktionen, og det er afgørende at denne så vidt muligt dækker alle områder og eventualiteter, idet det ikke er muligt at falde tilbage på lovbestemmelser, der decideret regulerer Treuhand. Det interne forhold vil kun blive beskrevet i korte træk med særlig henblik på de bestemmelser i BGB, der indeholder principper som har betydning for det interne forhold i Treuhand.<sup>52</sup>

Treugeber, Treuhänder og de begunstigedes retsstilling ved kreditorforfølgning belyses nedenfor.

#### 7.3.1. Treugeber

Treugeber kan være såvel en fysisk som en juridisk person.

I kraft af Treuhandaftalen kan Treugeber have ret til vederlag af Treuhänder.<sup>53</sup> Medmindre andet er bestemt er Treugebers ret uoverdragelig. Særlig vigtig er Treugebers ret til på ethvert tidspunkt at foretage ændringer i Treuhandaftalen og tilbagekalde overdragne befejlsler.

- 
51. Denne Treuhandanstalt havde hjemmel i Einigungsvertrag § 25. Formålet med oprettelsen var ifølge *Hans Modrow* (ex-DDR-ministerpræsident), som citeret i *Michael Jürgs* bog »Die Treuhändler« (1998): »Zur Wahrung des Volkseigentums wird mit Wirkung vom 1. März 1990 die Anstalt zur treuhänderischen Verwaltung des Volkseigentums gegündet. Bis zur Annahme einer neuen Verfassung wird die Treuhandanstalt der Regierung unterstellt. Sie ist Anstalt öffentlichen Rechts und territorial gegliedert...«, s. 71. Forfatteren fremkommer i bogen med en skarp kritik af Treuhandanstalt.
52. Treuhands interne forhold er udførligt analyseret og beskrevet af *Stefan Grundmann* i *Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand*, s. 133ff. og 363ff.
53. BGB §§ 662 (Wesen des Auftrags), 611 (Wesen des Dienstvertrags) og 631 (Wesen des Werkvertrags). Treuhänder er i henhold til *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews* efter påkrav erstatningspligtig ved mora, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 93.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

Ved Vollrechtstreuhand,<sup>54</sup> hvor Treuhänder handler i eget navn, er Treugeber alene forpligtet til i det *interne forhold* at godtgøre Treuhänder de af ham afholdte udgifter, der ikke kan dækkes af Treugut<sup>55</sup> eller rettidigt befri Treuhänder for de af ham påtage forpligtelser, jf., BGB § 415.<sup>56</sup> BGB § 415 omhandler *Schuldübernahme* (forpligtelsesoverdragelse).

Treugebers kreditorer anses såvel i retspraksis som i teorien for at være berettigede til at foretage udlæg i Treugut, også selvom dette ved Vollrechtstreuhand er overdraget til Treuhänders ejendom. Dette er så at sige spejlbilledet af Treuhänders private kreditorers manglende adgang til at foretage udlæg, hvilket forhindres af Treugebers *Drittwiderspruchsklage* i medfør af ZPO § 771.<sup>57</sup> En Drittwiderspruchsklage i medfør af ZPO § 771, er et anfægtelsessøgsmål.<sup>58</sup> Under søgsmålet gør Treugeber gældende, at individualforfølgning strider mod Treugebers ret til værdierne i Treuhand. Er Treugut i stedet blevet inddraget i en konkursbehandling, kan Treugeber i henhold til KO (Konkurs-

---

54. Vollrechtstreuhand betyder oversat Treuhand med fuld ret (*Vollrecht*) for Treuhänder hvilket vil sige, at Treuhänder har stilling som ejer af de pågældende formuegoder. Treuhänder er alene bundet af en obligatorisk forpligtelse til at forvalte formuegoderne i overensstemmelse med Treuhand-aftalen. *Vollrecht* er den tyske betegnelse for den (fuldstændige ejendomsret): »Das Recht an allen Benutzungs- und Verwenungsmöglichkeiten einer Sache oder eines Grundstücks -d.h. also das *Vollrecht an Sachen oder Grundstücken* (und nur dieses nennen wir im *Privatrecht Eigentum*)«, *Hans-Martin Pawlowski*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5. udg., 1998, s. 132.

55. Jf. princippet i BGB § 670.

56. Jf. *Dieter Liebich og Kurt Mathews*, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 141.

57. Se *Hans Brox og Wolf-D. Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 5. udg., 1996, s. 768: »Vollstreckt ein *Gläubiger des Treugebers* in das Treugut, scheidet für den Treuhänder die *Widerspruchsklage* aus, da nicht diesem, sondern dem Treugeber das Treugut wirtschaftlich gehört.« Se endvidere afgørelserne i BGHZ 11, 37, 42.

58. Se om Drittwiderspruchsklage generelt og i relation til Treuhand *Hans Brox og Wolf-D. Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 5. udg., 1996, s. 757ff. og s. 767ff., *Wolfgang Lauterbach, Jan Albers og Peter Hartmann*, *Beckische Kurz-Kommentare – Zivilprozessordnung*, 1. bind, 52 udg., 1994, 1745ff. og s. 1748f., *Gerhard Liüke og Alfred Walchshöfer*, *Müncher Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. bind, 1992, s. 1943ff. og s. 1950ff., *Hans Friedhelm Gaul og Eberhard Schilken*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10. udg., 1987, s. 490ff. s. 503ff., *Georg F. Rössler og Rolf A. Schütze*, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 4. bind, 2. udg., 1981, s. 319ff. og s. 331ff.

ordnung) § 43 gøre krav gældende om udsondring (*Aussonderung*) af de pågældende Treugutformuegoder.<sup>59</sup>

Alle hverv- og mandatkontrakter (*Aufträge- und Geschäfts-besorgungsverträge*) ophører i tilfælde af, at Treugebers erklæres konkurs, jf. InsO. §§ 115f. Bestemmelsen gælder kun for kontrakter, der vedrører den til konkursmassen hørende formue. Ved ophøret er Treuhänder forpligtet til at udlevere Treugut til Treugebers Konkursverwalter.<sup>60</sup> Denne forpligtelse må formentlig også gælde for surrogater, men spørgsmålet behandles så vidt ses ikke i tysk teori.

Afgår Treugeber ved døden, og er der ikke i Treuhandaftalen bestemmelser om denne eventualitet, gælder formodningsreglen i BGB § 672, stk. 1, hvorefter Treuhand fortsætter med at eksistere. Begunstiget i henhold til Treuhandaftalen vil således være Treugebers arvinger.<sup>61</sup>

### 7.3.2. Treuhänder

Treuhänder kan være såvel en fysisk som en juridisk person.

Den for Treuhänder vigtigste forpligtelse er at drage omsorg for udførelsen af de ham pålagte pligter. Treuhänder skal i udførelsen af sine forpligtelser udvise *guten Treuen*.<sup>62</sup> Det kendetegnede ved Treuhand er netop, at Treuhänder over de aktiver, der er overdraget til ham, varetager en *fremmed interesse*, det være sig Treugebers eller en begunstigets interesser. Treuhänder er endvidere som hovedregel

59. Se om Aussonderungsrecht generelt og i relation til Treuhand *Hans Brox* og *Wolf-D. Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 5. udg., 1996, s. 120, *Friedrich Lent* og *Friedrich Weber*, *Jaeger – Konkursordnung mit Einführungsgesetzen*, 1. bind, 8. udg., 1958, s. 598ff., og s. 629ff. og *Georg Kuhn*, *Kommentar zur Konkursordnung*, 7. udg., 1962, s. 289ff. og s. 292ff. Det skal her bemærkes, at Tyskland har gennemført en reform af insolvensretten ved universalforfølgning. Den nye konkurslov InsO (*Insolvenzordnung*, BGB1 I S. 1013 med senere ændringer) trådte i kraft den 1. januar 1999, idet dog enkelte bestemmelser i den nye lov allerede trådte i kraft den 19. november 1994 (InsO §§ 2, stk. 2, 7, stk. 3, 21, stk. 2, nr. 1, 65, 73, stk. 2, 293, stk. 2, 305 og 313. Den for KO § 43 næsten tilsvarende bestemmelse findes i § 47 i InsO.

60. Jf. *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 137.

61. Jf. *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 133f. og *Helmut Coing*, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, 1973, s. 137.

62. Jf. *Helmut Coing*, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, 1973, s. 137. Se også BGB § 242: »Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.«

forpligtet til at varetage de af ham pålagte opgaver *personligt*.<sup>63</sup> Treuhänder hæfter overfor Treugeber/begunstiget for skade, der påføres Treugut, som følge af Treuhänders misligholdelse af sine forpligtelser.

Treuhandaftalen til trods, kan Treuhänder i medfør af BGB § 665 være berettiget, og sågar forpligtet, til at afvige fra Treugebers direktiver. Afvigelse kan komme på tale, når der foreligger omstændigheder, der er Treugeber ubekendt, men som har en sådan karakter, at det må formodes at Treugeber – havde han haft kendskab hertil – ville bifalde en afvigelse fra Treuhandaftalen. Treuhänder er alene berettiget til at fravige bestemmelser uden Treugebers samtykke, hvis det er forbundet med fare først at skulle indhente Treugebers samtykke.

Der påhviler endvidere Treuhänder en informationspligt, såvel efter anmodning<sup>64</sup> som når omstændighederne taler herfor. Under denne informationspligt hører også aflæggelse af regnskab for Treuhänders virksomhed.

I henhold til BGB § 667 er Treuhänder forpligtet til at udlevere hvad Treuhänder har erhvervet som led i sin virksomhed som Treuhänder. Dette gælder også for surrogater af det oprindelige Treugut. Treuhänder er endvidere forpligtet til at holde Treugut adskilt fra sin egen (private) formuesfære.<sup>65</sup>

Det er Treuhänder forment at selvkontrahere (*Selbstkontrahieren*).<sup>66</sup> Treuhänder skal i det hele taget undgå enhver interessekonflikt, idet Treuhänder skal prioritere Treugebers berettigede forventninger om en forvaltning i guten Treuen.<sup>67</sup> Har Treuhänder forbrudt sig herimod kan Treugeber rette erstatningskrav mod Treuhänder.<sup>68</sup> I medfør af

63. Se princippet i BGB § 664 (Persönliche Verpflichtung: Haftung für Gehilfen). Af denne bestemmelses stk. 2, følger videre, at det har formodningen for sig, at opdragsmodtageren (Treuhänder) ikke kan overdrage retten til at udføre opdraget.

64. Se princippet i BGB § 666 (Auskunft- und Rechenschaftspflicht). Om denne bestemmelse i relation til Treuhänder se nærmere *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhänder und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 101ff.

65. Består (en del af) Treugut af penge, er Treuhänder forpligtet til at opbevare disse på separat konto.

66. Jf. princippet i BGB § 181.

67. Se om selvkontrahering og interessekonflikter i Treuhåndforhold *Stefann Grundmann*, *Der Treuhändervertrag – insbesondere die werbende Treuhänder*, 1997, s. 237ff.

68. Jf. *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhänder und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 107.

BGB § 138, stk. 1, er retshandlen endvidere en nullitet såfremt den strider mod *guten Sitten*.

Treuhänder hæfter ved Vollrechtstreuhand umiddelbart og ubegrænset overfor tredjemand. Dette er ifølge *Dieter Liebich* og *Mathews* en konsekvens af, at Treuhänder handler i eget navn. Kan et krav fra en aftaleerhverver ikke dækkes fuldt ud af Treugut, kan aftaleerhververen tillige holde sig til Treuhänders private formue. Såfremt Treuhänder vil begrænse tredjemands krav til kun at vedrøre Treugut, må Treuhänder give sig til kende som værende Treuhänder. Dette indebærer imidlertid, at der foreligger en anden situation, idet Treuhänder ikke længere handler i eget navn.<sup>69</sup>

Treuhänders kreditorer kan foretage udlæg i Treugut, men kan afskæres herfra ved at Treugeber fremsætter en Drittwiderspruchsklage i medfør af ZPO § 771, se nærmere oven for.<sup>70</sup> I kraft af, at retspraksis har gjort ZPO § 771 anvendelig for Treuhand-forhold, siges Treugeber at have en *quasi-Dinglich* ret ved individualforfølgning og konkurs. At retten kun er quasi-tinglig følger af det såkaldte *Unmittelbarkeitsprinzip*.<sup>71</sup>

I kraft af umiddelbarhedsprincippet gælder kreditorbeskyttelsen kun for de oprindelige formuegoder, der er overdraget til Treuhänder af Treugeber. Kreditorbeskyttelse af aktiver, der erhverves fra tredjemand (såkaldt *Ersterwerb*)<sup>72</sup> – selv hvor dette er sket for Treugebers regning eller med dennes midler – er udelukket. Tinglig surrogation er med andre ord udelukket. Forbuddet mod tinglig surrogation indebærer, at hvor der har fundet en ombytning sted af de oprindelige aktiver med surrogater, f.eks. køb af aktier for den oprindeligt modtagne pengesum, er Treugeber ikke længere beskyttet mod Treuhänders kreditorer. Er de oprindeligt modtagne formuegoder gået til

69. Se *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 141.

70. Se om Drittwiderspruchsklage generelt og i relation til Treuhand *Hans Brox* og *Wolf-D. Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 5. udg., 1996, s. 757ff. og s. 767ff., *Wolfgang Lauterbach*, *Jan Albers* og *Peter Hartmann*, *Beckische Kurz-Kommentare – Zivilprozessordnung*, 1. bind, 52. udg., 1994, 1745ff. og s. 1748f., *Gerhard Liüke* og *Alfred Walchshöfer*, *Müncher Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. bind, 1992, s. 1943ff. og s. 1950ff., *Hans Friedhelm Gaul* og *Eberhard Schilken*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10. udg., 1987, s. 490ff. s. 503ff., *Georg F. Rössler* og *Rolf A. Schütze*, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 4. bind, 2. udg., 1981, s. 319ff. og s. 331ff.

71. Umiddelbarhedsprincippet blev for første gang knæsat af Reichsgericht ved dom afsagt den 19. februar 1914, RGZ 84, 214ff. Se herefter RGZ 121, 294 og 160, 52.

72. Se *Wolfgang Siebert*, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrage – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem*, 1933, s. 27.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

grunde og har Treuhänder modtaget en erstatning herfor eller er en til Treugut hørende fordring blevet indfriet er kreditorbeskyttelse som udgangspunkt også udelukket.

Retter Treuhänders kreditorer således deres krav mod et surrogat af Treugut, kan Treugeber ikke gøre Drittwiderspruchklage gældende.<sup>73</sup> Treugeber har her kun et personligt krav mod Treuhänder.

Bundesgerichtshof har fraveget Unmittelbarkeitsprinzip såfremt det over for offentligheden er gjort kendeligt, at de relevante aktiver hører til Treugut i en Treuhand (moderat enge Form der Vollrectstreuhand).<sup>74</sup> Den af Bundesgerichtshof afsagte dom vedrørte den såkaldte *Anderkonten*.<sup>75</sup>

Anderkonten er bankkonti, der er forbeholdt for Treuhänder inden for særlige erhvervsgrupper; såsom advokater og notarer. For advokater svarer Anderkonten nærmest til dansk rets klientkonti. I tysk ret har Treuhänder en fuldstændig ejendomsret til kontoen, og banken er ikke pålagt nogen form for efterprøvelsespligt af Treuhänders dispositionsbeføjelse.<sup>76</sup> Anderkonten er beskyttet mod kontoindehaverens (Treuhänder) private kreditorer såvel ved individual- som universalforfølgning.

Den omstændighed, at det ligger i selve begrebet *Anderkonten*, at kontoen føres for en anden, blev af Bundesgerichtshof anset for at være tilstrækkeligt til at fravige umiddelbarhedsprincippet.

Kommer hverken *Unmittelbarkeitsprinzip* eller offentlighedsprincippet på tale, og er der endvidere ikke tale om *Ermächtigungstreu-*

---

73. Dette gælder hvad enten der er tale om individual- eller universalforfølgning.

74. BGH JW 1954, 190.

75. *Anderkonten* (og *Anderendepots*) er underart af de såkaldte *Treuhandkontos*.

76. Banken er afskåret fra at foretage modregning, anvende denne til sikkerhed eller udøve tilbageholdsret i andre forhold end dem, der netop vedrører *Anderkonten*.

hand,<sup>77</sup> indgår Treugut i Treuhänders konkursmasse, jf. InsO §§ 35f. Ved konkursens indtræden mister Treuhänder retten til at disponere over Treugut, idet denne i stedet tilfalder Insolvenzverwalter, jf. InsO § 80. Konkursverwalter er ikke forpligtet til at forfølge Treuhand formålene.<sup>78</sup> Treuhänder/begunstiget har alene et simpelt krav i konkursmassen.

Ved Treuhänders død ophører den obligatoriske del af Treuhand, dvs. Treuhandaftalen (*pactum fiduciae*), jf. formodningsreglen i BGB § 673, 1. pkt. Denne begivenhed kan selvsagt være meget tyngende for Treugeber. Det kan dog aftales, at Treuhänders arvinger overtager Treuhänders forpligtelser. Er der imidlertid ikke truffet bestemmelse herom, er Treuhänders arvinger i medfør af princippet i BGB § 673, 2. pkt., forpligtede til omgående at påtage sig Treuhänders opgaver, indtil Treugeber har truffet andre foranstaltninger med henblik på indsættelse af en ny Treuhänder. Der er i sidstnævnte tilfælde ikke som sådan nogen forpligtelser for arvingerne til at udøve Treuhänders hverv, medmindre det vil være forbundet med fare at undlade eller at udsætte beslutninger eller dispositioner. På trods af, at Treugeber ved Vollrechtstreuhand har overdraget den fulde ejendomsret til akti-

77. *Ermächtigungstreuhand* er en Treuhandkonstellation, der i 1933 blev introduceret af *Wolfgang Siebert* i sit Habilitationsschrift: *Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrag – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem*. *Ermächtigungstreuhand* konstellationen er opbygget således, at den fuldstændige ejendomsret (*Vollrecht*) forbliver hos Treugeber. Treuhänder handler således i *eget navn* men over en *fremmed ret*. Konstruktionen er baseret på BGB § 185, stk. 1. Denne bestemmelse falder ind under BGB's 1. bog, almindelig del, 6. titel »*Einwilligung. Genehmigung.*« der oversat betyder *indvilligelse*(samtykke), *billigelse*(godkendelse/accept). BGB § 185, stk. 1, foreskriver, at en disposition foretaget af en ikke-berettiget (*Nichtberechtigten*) over en genstand, er virksom, når dispositionen efterfølges af et samtykke fra den berettigede. Treuhänder har ved *Ermächtigungstreuhand* kun beføjelse til at råde i det omfang, han er bemyndiget hertil af Treugeber. Treugeber nyder beskyttelse i kraft af, at ejendomsretten ikke er overdraget. Denne konstruktion indeholder imidlertid på den anden side et faremoment, idet Treugeber, ved siden af Treuhänders dispositionsbeføjelse, tillige selv er berettiget til at råde. Der foreligger dermed en konkurrerende retsmagt (*konkurrierende Rechtszuständigkeit*). *Wolfgang Siebert* definerer *Rechtszuständigkeit* som: »... die unmittelbare Berechtigung einer Person zur eigentlichen Ausübung eines Recht ...«, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrag – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem*, 1933, s. 20.

78. Jf. *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 135. Ved Insolvenzordnung med ikrafttræden 1. januar 1999 er der i §§ 270ff. indsat bestemmelser om fallentens adgang til *Eigenverwaltung*.

verne til Treuhänder, er Treuhänders arvinger forpligtede til at udlevere aktiverne til Treugeber eller den begunstigede.<sup>79</sup>

Et vanskeligt spørgsmål opstår såfremt Treuhänder har testeret over Treugut. Eftersom Treuhänder har en fuldstændig ejendomsret over Treugut, er den testamentariske disposition gyldig. Den eller de testamentariske arvinger fritages imidlertid ikke for Treuhänders forpligtelser og rettigheder.<sup>80</sup>

### 7.3.3. *Drittbegünstigter*

Treuhand med *Drittbegünstigter* (herefter begunstiget) finder ved fiduziarische Treuhand sted ved, at pactum fiduciae indeholder bestemmelser om begunstiging af tredjemand.<sup>81</sup> Der indgås med andre ord en tredjemandsaftale mellem Treugeber og Treuhänder.<sup>82</sup>

Indsættelse af en begunstiget er ved fiduziarische Treuhand ikke ofte forekommende hvilket er ganske forståeligt når der alene henses til problemerne ved Treuhand mellem kun to parter. Dette kommer også til udtryk i teorien, der alene behandler denne situation i meget korte træk. En problemstilling, der ikke umiddelbart ses behandlet i tysk teori, er spørgsmålet om – og i bekræftende fald hvorvidt – den begunstigede hæfter for de forpligtelser som hviler på Treuhand.

Indsættelsen af en tredje part i Treuhand forøger i et ikke ubetydeligt omfang de problemer, der allerede findes i det eksterne forhold ved Treuhand, idet der nu også skal tages højde for Treugebers kreditors indgreb i den begunstigedes rettigheder. Se om de særlige problemer forbundet med Treuhand med en begunstiget ved individual- eller universalforfølgning, jf. *Wolfgang Siebert*.

---

79. Forpligtelser hviler på dødsboet i medfør af princippet i BGB § 1967 og arvingerne hæfter herfor.

80. Jf. *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 133.

81. Jf. *Wolfgang Siebert*, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrag – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem*, 1933, s. 200ff. og *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, 2. udg., 1983, s. 93. Treugeber kan vælge mellem at overdrage alle sine rettigheder eller forbeholde sig visse af disse, f.eks. indsigelsesadgangen i BGB § 334 (Einwendungen des Schuldners gegenüber dem Dritten).

82. Treuhand med begunstiget kan også oprettes efterfølgende ved at Treugeber overdrager sine rettigheder i henhold til en allerede eksisterende Treuhand.

»Es kann nun zweifelhaft sein, ob und wie weit die verstärkte, quasidingliche Wirkung der Fiducia im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung dem Drittbegünstigten zugute kommen kann, ob also die Drittbegünstigung eine vollwertige Treugutsbegründungsmöglichkeit darstellt.

Daraufhin ist die Drittbegünstigung m. W. noch niemals geprüft worden.«<sup>83</sup>

Der må sondres mellem om det er Treugebers eller Treuhänders private kreditorer, der gør krav på Treugut. I relation til *Treugebers* kreditorer kan den begunstigede *ikke* gøre en Drittwiderspruchsklage eller Aussonderungsrecht gældende. Dette begrunder *Wolfgang Siebert* bl.a. under henvisning til den quasi-tinglige rettigheds meget usikre natur.<sup>84</sup> Drittwiderspruchsklage kan i stedet gøres gældende af Treuhänder som interessebærer for den begunstigede:

»... dass bei einer Treuhand mit Drittbegünstigung der Treuhänder die verstärkte Wirkung der fiduziarischen Rechtsübertragung bei Zwangsvollstreckung und Konkurs im Interesse der Dritten geltend machen kann, wenn es sich um einen Zugriff der Gläubiger des Treugebers handelt.«<sup>85</sup>

Af det citerede fremgår, at den begunstigede også nyder beskyttelse i tilfælde af, at Treugebers konkursbo gør krav på Treugut. Retspraksis har imidlertid ikke fulgt *Wolfgang Sieberts* opfattelse her. Gør Treugebers konkursbo krav på Treugut, tilfalder dette konkursmassen.<sup>86</sup> Der består således her en diskrepans mellem hvorvidt Treugebers kreditorer gør deres krav gældende ved individual- eller i stedet universalforfølging.

I relation til *Treuhänders private kreditorer* kan den begunstigede i henhold til *Wolfgang Siebert* derimod gøre såvel *Widerspruchsklage* og *Aussonderungsrecht* gældende:

»Da die Treuhand aber gerade im Interesse des Dritten errichtet ist, so verlangen es Billigkeit und Zwangsvollstreckungszweck, dass die Gläubiger des Treu-

83. *Wolfgang Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrag – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem, 1933, s. 201.

84. *Wolfgang Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrag – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem, 1933, s. 201f.

85. *Wolfgang Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrag – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem, 1933, s. 391.

86. Jf. *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. udg., 1983, s. 135.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

händers der Vermögenszugehörigkeit des Treugutes Rechnung tragen und also dem Drittbegünstigten weichen müssen. Fraglich könnte hier nur sein, ob der Billigkeitswirkung irgendwelche systematischen Hindernisse entgegenstehen. Aber auch das muss verneint werden.«<sup>87</sup>

Tysk teori behandler ikke her spørgsmålet om umiddelbarheds- eller offentlighedsprincippet men det må antages, at dette gælder tilsvarende her eftersom en begunstiget kun meget vanskeligt kan ses at skulle have en gunstigere retsstilling.

Afgår en begunstiget ved døden, har det formodningen for sig, at Treuhand fortsætter. Den begunstigedes arvinger vil fremover være begunstigede i Treuhand.<sup>88</sup>

### 8. Offshore stater

Som beskrevet oven for eksisterer trusten i et stort antal offshore stater. En stor del af disse staters trust-lovgivning er indrettet således, at det er muligt at oprettet særlige trusts, der i en eller flere henseender har betydeligt mere vidtgående retsvirkninger, end det er tilfældet ved den »almindelige« common law trust. Et fremtrædende eksempel herpå er de caribiske offshore stater, hvor der i de sidste 10-14 år, nærmest er sket en eksplosion i omfanget af trust-lovgivning. Bortset fra at tilbyde et særdeles fordelagtigt skatteklima er hovedingredienser i den nytilkomne trust-lovgivning i de caribiske offshore stater:

- Beskyttelse mod kreditorer,
- Beskyttelse mod krav på tvangsarv,
- Formålsbestemte trusts uden krav om at formålet skal være almennyttigt eller almenvælgørende,
- Ingen begrænsninger i trustens tidsmæssige udstrækning, og
- Lovgivning om krav til trustees, herunder tavshedspligt.

---

87. *Wolfgang Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandvertrag – ein dogmatischer und rechtsvergleichende Beitrag zur allgemeine Treuhandproblem, 1933, s. 391.

88. Jf. *Helmut Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, s. 190 og *Dieter Liebich* og *Kurt Mathews*, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. udg., 1983, s. 135.

### 8.1. Beskyttelse mod stifterens kreditorer og tvangsarvinger

Baggrunden for indførelsen af regler om trust-formuens beskyttelse mod krav fra stifterens kreditorer og tvangsarvinger er, i videst muligt omfang at tilgodese stifterens ønsker i denne retning. I en række civil law stater gælder reglerne om tvangsarv ikke kun for dén formue, der er til stede ved arveladerens død, men tillige for gaver som arveladeren har ydet i dennes levende live i 5, 10, 20 eller flere år før hans død.<sup>89</sup> Reglerne om beskyttelse mod stifterens kreditorer er indført for undgå, at stifterens disposition i form af oprettelse af en trust kan omstødes i henhold til lovgivningen i dét land, hvor stifteren er hjemmehørende. Har formålet med oprettelsen af trusten således været at bringe stifterens aktiver i ly for dennes kreditorer, og er oprettelsen måske tillige sket i anledning af en nært forestående konkurs, vil de fleste stater have regler i medfør af hvilke slige dispositioner kan omstødes, hvorved aktiverne inddrages i konkursboet. De fleste caribiske stater kræver blot, at der på tidspunktet for overdragelsen af aktiverne til trustee ikke var nogen aktuelle eller betingede krav mod stifteren eller at sådanne ikke fremsættes inden en bestemt frist efter trusten er oprettet. Cook Islands, der ikke hører til blandt de caribiske trust-stater, er gået endnu længere i sin lovgivning, og beskytter trustformuen mod stifteren kreditorer, medmindre disse inden en frist på ét år efter overdragelsen af aktiverne til trustee er i stand til at bevise uden en rimelig tvivl, at formålet med oprettelsen af trusten var at gøre kreditorernes aktuelle eller betingede krav mod stifteren på tidspunktet for oprettelsen af trusten illusoriske.

### 8.2. Formålsbestemte trusts

#### 8.2.1. Indledning

En række offshore stater har indført regler, hvorefter der kan oprettes formålsbestemte trusts, der hverken har et almennyttigt eller almenvelgørende formål. »Almindelig« trust-lovgivning er generelt tilbage-

---

89. Som eksempler kan nævnes: i Sverige finder reglerne i Ärvdabalken kap. 7 §§ 2 og 3 om tvangsarv i medfør af kap. 7 § 4 tilsvarende anvendelse for gaver, som arveladeren har bortgivet i levende live under sådanne omstændigheder eller på sådanne vilkår, at gaven kan ligestilles med et testamente. I Belgien medregnes alle livsgaver som arveladeren har ydet i levende live ved beregningen af tvangsarv, jf. den belgiske lovbog § 923 og tilsvarende i Spanien, jf. den spanske lovbog § 636. I Grækenland medregnes gaver ydet af arveladeren i de sidste 10 år før hans død, jf. den græske lovbog §§ 1831 og 1833 og tilsvarende i Tyskland, jf. BGB § 2325, stk. 1.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

holdende med at anerkende sådanne trusts ud fra den betragtning, at der skal være en eller anden – det være sig begunstigede eller andre personer – der kan håndhæve trusten i forhold til trustee. I en almennyttig eller almenvelgørende trust, der er en formålsbestemt trust, findes der i common law staterne regler om at disse er underlagt tilsyn af en offentlig myndighed, der også er beføjet til at gribe ind over for trustees administration af trusten, eller med andre ord håndhæve bestemmelserne i stiftelsesdokumentet over for trustee. I England varetages denne funktion af Attorney-General. Der eksisterer normalt ikke regler om offentligt tilsyn og håndhævelse af formålsbestemte trusts i den »almindelige« trust-lovgivning, hvis trusten har et andet formål end værende almennyttig eller almenvelgørende. Har en trust således som formål at udbrede kendskabet til danske frimærker fra det 1900 århundrede kan det befrygtes, at der reelt ikke findes nogen personer, der vil håndhæve trusten. Problemstillingen betegnes »the beneficiary rule« og har givet anledning til et mindre antal engelske sager, hvoraf *Re Denley's Trust Deed*<sup>90</sup> formentlig er den mest markante.

*Re Denley's Trust Deed.* I denne sag havde stifteren oprettet en trust med det formål at anlægge en sportsplads for de ansatte i et firma. I den efterfølgende retssag noterede dommeren sig, at trusten ikke havde nogen begunstigede, men anså ikke desto mindre trusten for at være gyldig, idet de ansattes ønske om at benytte sportspladsen gav dem en tilstrækkelig kvalificeret interesse i at håndhæve trusten over for trustee.

Dette resultat er fulgt op i senere afgørelser, herunder *Carreras Rothmans Ltd. v. Freeman Mathews Treasure Ltd.*<sup>91</sup> Senest har USA i sin

90. *Re Denley's Trust Deed* [1969] 1 Ch. 373.

91. *Carreras Rothmans Ltd. v. Freeman Mathews Treasure Ltd.* [1985] Ch. 207. I sagen kørte Carreras Rothmans, der er et tobaksfirma, en reklamekampagne i en række aviser, hvilken blev administreret af reklamebureauet FMT. Reklamerne i aviserne blev betalt af Carreras Rothmans gennem FMT. Carreras Rothmans befrygtede, hvilket senere viste sig at være berettiget, at FMT ville gå konkurs og at de således indbetalte penge blev grebet af konkursboet snarere end betalt til aviserne. Carreras Rothmans udformede derfor i stedet indbetalingerne til FMT i form af en trust med FMT som trustee, idet trusten havde til formål at sørge for at reklamekampagnen fortsatte. Trusten blev anset for at være gyldig, hvorfor kurator var forpligtet til at viderebetale pengene til aviserne. Uagtet at trusten ikke havde nogen begunstigede ansås såvel aviserne som Carreras Rothmans for at have en tilstrækkelig interesse i at trusten blev håndhævet over for trustee.

## 8. Offshore stater

nye Uniform Trust Code (UTC) af 9. oktober 2000 tilladt, at formålsbestemte trusts uden et almennyttigt eller almenvelgørende formål, gyldigt kan oprettes, jf. UTC artikel 409:

**Section 409. Noncharitable trusts without ascertainable beneficiary.** Except as otherwise provided in Section 408 or by another statute, the following rules apply:

- (1) A trust may be created for a noncharitable purpose without a definite or definitely ascertainable beneficiary or for a noncharitable but otherwise valid purpose to be selected by the trustee. The trust may not be enforced for more than 21 years.
- (2) A trust authorized by this section may be enforced by a person appointed in the terms of the trust or, if no person is so appointed, by a person appointed by the court.
- (3) Property of a trust authorized by this section may be applied only to its intended use, except to the extent the court determines that the value of the trust property exceeds the amount required for the intended use. Except as otherwise provided in the terms of the trust, property not required for the intended use must be distributed to the settlor, if then living, otherwise to the settlor's successors in interest.

Det anføres endvidere i Haagerkonventionen om anerkendelse af trusts, at konventionen finder anvendelse på trusts »for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.« Udviklingen går således i retning af den lovgivning, der er indført i de fleste offshore stater, og som i vidt omfang anerkender formålsbestemte trusts, der hverken har et almennyttigt eller almenvelgørende formål.

### 8.2.2. STAR trusts

Offshore staten Naru var reelt først med at introducere ikke-velgørende formålsbestemte trusts, hvilket fandt sted allerede i 1972. Konceptet slog først rigtig igennem, da Bermuda i 1989 indførte regler om denne type trusts.<sup>92</sup> En række offshore stater har i større eller mindre grad kopieret Bermudas lovgivning. Cayman øerne har valgt en anden fremgangsmåde ved dets Special Trusts (Alternative Regime) Law

---

92. Trusts (Special Provisions) Act 1989.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

af 1997,<sup>93</sup> eller forkortet STAR.<sup>94</sup> Dette regelsæt er suppleret med Perpetuities (Amendment) Act af 1997. I medfør af STAR kan enhver form for formålsbestemt trust oprettes, jf. STAR art. 6:

### Article 6. Objects

- (1) The objects of a special trust or power may be persons or purposes or both.
- (2) The persons may be of any number.
- (3) The purposes may be of any number or kind, charitable or non-charitable, provided that they are lawful and not contrary to public policy.

I henhold til STAR kan de personer, hvis sådanne overhovedet findes, der drager fordel af trusten, *ikke* håndhæve denne medmindre disse eksplicit er udpeget som såkaldte »enforcers«, jf. STAR artikel 7:

### Article 7. Enforcers

- (1) A beneficiary of a special 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.
- (2) The only persons who have standing to enforce a special trust are such persons, whether or not beneficiaries, as are appointed to be enforcers
  - (a) by or pursuant to the terms of the trust, or
  - (b) by order of the court.
- (3) A right or duty to enforce a trust is presumed, subject to evidence of a contrary intention, to extend to every trust which is created by or on the terms of the same instrument, or pursuant to a power so created.
- (4) The court may, on the application of a trustee or an enforcer, appoint an enforcer
  - (a) if the terms of the trust require the appointment of an enforcer but
    - (i) it is impossible to make the appointment without the court's assistance; or
    - (ii) it is difficult or inexpedient to make the appointment without the court's assistance;
  - (b) if an enforcer with a duty to enforce is unable, unwilling or unfit to do so; or

---

93. A Law to Permit the Creation of Non-Charitable Purpose Trusts; and for Incidental and Connected Purposes.

94. Se nærmere om STAR bl.a. *Paul Matthews*, Shooting STAR: the new special trusts regimes from the Cayman Islands, *Trust Law International*, nr. 11, 1997, s. 67, *D. J. Hayton*, Anglo-Trusts, Euro-Trusts and Caribbo-Trusts: Whither Trusts?, i *Modern International Developments in Trust Law*, 1999, s. 9ff. og *Antony Duckworth*, STAR Trusts, vol. 5, issue 2, 1998.

## 8. Offshore stater

- (c) if there is no enforcer who is of full capacity and who (i) is a beneficiary; or
  - (ii) has a duty to enforce and is fit and willing to do so.
- (5) In the circumstances described in subsequent (4) (c) the trustee shall within 30 days apply to the court for the appointment of an enforcer, or for the administration of the special trust under the direction of the court, or for such other order as the court shall think fit and, if a trustee knowingly fails to do so, he shall be guilty of an offence and shall be liable on summary conviction to a fine not exceeding \$ 10,000.
- (6) This section does not affect
  - (a) the enforcement, by a trustee, an enforcer or any other person involved in the administration of a trust, of a right to remuneration or indemnity; or
  - (b) the enforcement of a trustee's duties by a co-trustee or a successor trustee.
- (7) Section 79 of the Trusts Law (1996 Revision) does not apply to special trusts.

Stifteren kan vælge mellem at indsætte begunstigede eller ikke-begunstigede som enforcers. Under særlige omstændigheder kan domstolene udpege en enforcer. En STAR-trust kan som udgangspunkt ikke erklæres ugyldig som følge af uklarhed i relation til trustens genstand (formål og/eller kreds af begunstigede) eller måden hvorpå trusten skal eksekveres, idet domstolene har beføjelse til at fortolke stiftelsesdokumentet, ligesom stifteren kan have bemyndiget trustee til at foretage en sådan fortolkning.<sup>95</sup> Rule of perpetuities (regler om trustens maksimale tidsmæssige udstrækning) finder ikke anvendelse på STAR-trusts.

Betragter man Cayman øernes STAR-lovgivningen mere overordnet, anses STAR-trusts ikke som værende centreret om trust-formuen alene, men snarere som værende en art forpligtelse, der hviler på trust-formuen. Forpligtelsen udmønter sig i at det påhviler trustee at foretage sig en eller flere ting med trust-formuen, hvilken forpligtelse kan håndhæves af den udpegede enforcer, såvel obligationsretligt som ejendomsretligt over for trustee. STAR-reglerne indebærer, at sondringen mellem trusts med begunstigede og formålsbestemte trusts reelt ikke har nogen betydning. Det eneste væsentlige element er dén forpligtelse, der hviler på trustee samt enforcers mulighed for at håndhæve denne forpligtelse over for trustee. Dette indebærer tillige,

95. Jf. STAR art. 10.

## XVI Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning

at det grundlæggende engelske princip, der blev knæsat i sagen Saunders v. Vautier ikke finder anvendelse på STAR trusts. I medfør af Saunders v. Vautier princippet kan de begunstige, såfremt de alle er myndige, enstemmigt bestemme, at trusten skal ophøre og trust-formuen udloddes. De begunstigede kan kun håndhæve trusten gennem en enforcer, og hverken enforcer eller trustee er beføjet til at bringe trusten til ophør.

Det er endvidere interessant, at det i STAR-trusts er enforcer, der har de ejendomsretlige retsmidler til at vindicere trust-aktiver fra tredjemand. Disse beføjelser udøver enforcer på vegne af trusten, jf. STAR artikel 9:

**Article 9. Rights and remedies of enforcers.** Subject to the terms of his appointment

- (a) an enforcer has the same rights as a beneficiary of an ordinary trust
  - (i) to bring administrative and other actions, and make applications to the court, concerning the trust; and
  - (ii) to be informed of the terms of the trust, to receive information concerning the trust and its administration from the trustee, and to inspect and take copies of trust documents;
- (b) in the performance of his duties, if any, an enforcer has the rights of a trustee of an ordinary trust to protection and indemnity and to make applications to the court for an opinion, advice or direction or for relief from personal liabilities; and
- (c) in the event of a breach of trust an enforcer has, on behalf of the trust, the same personal and proprietary remedies against the trustee and against third parties as a beneficiary of an ordinary trust.

STAR-lovgivningen er et tilbud til stiftere, der således kan vælge mellem de almindelige trust-regler, der i væsentlig grad følger de engelske trust-principper, eller de særlige STAR-regler.

### 8.3. Protectors, enforcers og letters of wishes

Betegnelsen enforcer er normalt forbeholdt den person, der har til opgave at håndhæve vilkårene for trusten, samt føre tilsyn med trustees administration i formålsbestemte trusts,<sup>96</sup> som for eksempel ved STAR-trusts beskrevet oven for.

Betegnelsen protector er normalt forbeholdt en person, der har til opgave at føre tilsyn med trustees administration af trust-vilkårene.

96. Visse offshore stater anvender i stedet betegnelsen protector.

På dette punkt minder en protectors funktion om en enforcers funktion, men en protector adskiller sig fra en enforcer ved normalt kun at være udpeget i trusts med begunstigede. Til forskel fra en formålsbestemt trust, hvor der normalt ikke vil være begunstigede<sup>97</sup> hvorfor der er behov for en enforcer, er en protector strengt taget ikke nødvendig, idet de begunstigede formodes at have en tilstrækkelig interesse i at føre tilsyn med trustee samt håndhæve vilkårene for trusten. Stifteren kan imidlertid have sine grunde til at vælge at indsætte en protector, hvilke kan være såvel legitime som illegitime. Som eksempel på tilfælde hvor stifterens grunde for at indsætte en protector som udgangspunkt må anses for at være legitime kan nævnes, at protector skal: føre tilsyn med honoreringen af trustee, rådgive trustee om skattemæssige forhold, udpege revisorer til trustens regnskab, m.v. Som eksempel på det modsatte kan nævnes at trusten blot er en facade bag hvilken stifteren i sin egenskab af protector reelt har fuld kontrol over administrationen af trust-formuen.

Protectors indsættes ofte med det formål at overvåge hvorvidt den valgte offshore stat til stadighed er et sikkert hjemsted for trusten, og i tilfælde af f.eks. invasion, revolution, væsentlige ændringer af (skatte-)regler m.v. straks iværksætte en flytning af trusten til en anden offshore stat. Endvidere kan en protector være indsat med det formål at drage omsorg for, at trustee holder et af stifteren udarbejdet *letter of wishes*<sup>98</sup> for øje i sin administration af trusten.

*Letter of wishes* (også kaldet *memorandum of wishes*) er betegnelsen for et underhåndsbrev fra stifteren til trustee, hvori stifteren angiver sine ønsker til hvorledes trustee forvalter trusten. *Letters of wishes* forekommer især i formålsbestemte og diskretionære trusts. Stifteren kan f.eks. i et *letter of wishes* i en diskretionær trust oplyse efter hvilke kriterier stifteren ønsker, at trustee træffer bestemmelse om udlodning af trust-formuen. *Letters of wishes* er ikke juridisk bindende for trustee, hvilket også fremgår af Belize's Trust Act 1992 section 13, stk. 4 og 5:

- »(a) the trustee may have regard to that letter or memorandum of wishes in exercising any functions conferred upon him by the terms of the trust; but
- (b) the trustee shall not be bound to have regard to that letter or memor-

97. Der ses her bort fra STAR-trusts.

98. Se herom straks nedenfor.

## XVI *Trusts og analoge retsinstitutter i international belysning*

andum and shall not be accountable in any way for his refusal to have regard to that letter or memorandum.

No fiduciary duty or obligation shall be imposed on a trustee merely by the giving to him of a letter of wishes or the preparation by him of a memorandum of wishes.«<sup>99</sup>

Uagtet at letters of wishes juridisk set er uforbindende må det anses for givet, at en professionel trustee i så vid udstrækning som muligt vil respektere en stifters ønsker.

---

99. Det citerede er fra *Maurizio Lupoi, Trusts – a comparative study, 2000, s. 262.*

## XVII Summary

The purpose of this thesis is to analyse the legal implications of the trust in Danish domestic and international private law.

Although the rules of equity in many ways are different from Danish law it is argued, that Danish law should be able to meet the challenge posed by a division of ownership between the trustee and the beneficiaries, and thus afford the beneficiaries with a satisfactory degree of protection against the trustee's personal creditors and non-bona fide purchasers.

Denmark has no statutory framework defining the right to property. According to the prevailing view in Denmark the right to property is defined in the negative sense. The term property right is looked upon as an accordion, which may be either contracted or expanded.

Chapter I, provides an introduction to the subject of this thesis. The etymology of the word trust is discussed, and it is argued that the word originates from either the Danish word *trøst* or the Norwegian word *traust*.

### Part One. English law

Chapter II gives an account of the historical foundations of the trust, dating back from the Norman invasion of England in 1066. The principles of English property law, including the doctrine of estates, is described. Chapter III describes the evolution of the predecessor to the trust, the use, and chapter IV compares strict settlements with the roman *fideicommissum*, *Vor-und Nacherbschaft* in German law and *successionsrækkefølge* (*substitutio fideicommissaria*) in Danish law. Chapter V-VII contains an introduction to equity and its maxims, and a detailed account of the trust's legal structure and the different categories of trusts. Chapter VIII-X deals with firstly, the *inter partes* relationship between the trustee and the beneficiaries and between the trustee and third parties to the trust. Secondly, the *in rem* relationship between the beneficiaries and the trustee's creditors

## *XVII Summary*

and purchasers is examined. Finally, in chapter XI the rules of following, tracing, and constructive trusts are described.

### Part Two. Danish Law

Danish law is analysed, beginning with chapter XII, containing the rules of private international law, including the Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters, Draft of Hague Convention on International Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters and the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations. In addition, the impact of The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition is discussed, although the convention at present has not been ratified by Denmark. Attention is furthermore devoted to the Hague Convention on Securities Held with an Intermediary and Council regulation on insolvency proceedings, Directive on settlement finality in payment and securities settlements systems, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on financial collateral arrangements, and lastly, the Directive on the reorganisation and winding up of credit institutions.

In the following chapter, Danish private law is examined, focussing on Danish property law, family and succession law. In addition, the effect of the trust on Danish and international tax law is analysed, including the rules on Controlled Foreign Companies. The next chapter contains The Principles of European Trust Law in English and in addition in a Danish translation.

The last chapter of Part Two examines the trust as an instrument in financial transactions, mainly focussing on securitization, especially Asset Backed Securitization, Collateralized Mortgage Obligations, Collateralized Bond Obligations, and Insuratization. Furthermore the Trust for Bond or Debenture Holders and Equipment Trust Certificates are included. In addition, the somewhat similar Danish financial instruments *Partialobligationslån* and *Akkomodationsobligationer* are examined.

*Part Four. Trusts and trust-like instruments in foreign jurisdictions*

**Part Four. Trusts and trust-like instruments in foreign jurisdictions**

Part four contains an account of the trust and trust-like instruments in foreign jurisdiction: Scotland, Quebec (Canada), Louisiana (USA), France, Japan, and Germany. In addition the special law of trusts in off-shore states is described, with special attention devoted to the Cayman Islands' STAR-trusts.

# Litteraturfortegnelse

- Andersen, Lennart Lyng*, Aftaler og mellemmand, 4. udg., 2001.
- Andersen, Lennart Lyng* og *Werlauff, Erik*, Kreditretten, 3. udg., 2000.
- Andersen, Lennart Lyng*, *Petersen, Lars Lindencrone* og *Ørgaard, Niels*, Konkursloven med kommentarer, 8. udg., 1997.
- Anderson, Hamish*, The Treatment of Trust Assets in English Insolvency Law, i Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations, *Ewan McKendrick* (red.), 1992.
- Arnholm, Carl Jacob*, Panteretten, 1942.
- Ashburner, W.*, Principles of Equity, 2. udg., 1933.
- Baker, P.V.* og *Langan, P.ST.J.*, Snell's Equity, 29. udg., 1990.
- Baker, Philip*, Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2. udg., 1994.
- Bannock, Graham* og *Manser, William*, The Penguin International Dictionary of Finance, 1999.
- Baudoin og Renaud*, (red.), Code Civil Québec, opdateret til 1. januar 1997.
- Berning, Jesper*, Finansieringsret, 1977.
- Birks, Peter*, An Introduction to the Law of Restitution, 1988.
- Blackstone, William*, Commentaries on the Laws of England – A Facsimile of the First Edition of 1765-1769, Vol. II – Of the Rights of Things (1766), optrykt af University of Chicago Press 1979.
- Bogert, George T.*, Trusts, 6. udg., 1987.
- Brierley, John E.C.* og *Macdonald, Roderick A.*, (red.), Quebec Civil Law – An Introduction to Quebec Private Law, udarbejdet af Det Juridiske Fakultet og Institutet for Komparativ ret på McGill Universitet, 1993.
- Brox, Hans*, Erbrecht. 12. udg., 1998.
- Brox, Hans* og *Walker, Wolf-D.*, Zwangsvollstreckungsrecht, 5. udg., 1996.
- Burn, E.H.*, Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property, 15. udg., 1994.
- Burn, E.H.*, Maudsley & Burn's Trusts & Trustees: Cases & Materials, 5. udg., 1996.
- Butt, Peter*, Land Law, 2. udg., 1988.

- Bär, Hans Peter, *Asset Securitisation*, 3. udg., 1999.
- Carstensen, Vagn, Knud Illum – Dansk tingsret, 3. omarbejdede udg., 1976.
- Chambers, Robert, *Resulting Trusts*, 1997.
- Coing, Helmut, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, 1973.
- Coughhlan, Paul, *Property Law*, 1995.
- Crépau, Paul-A., under medvirken af Dorais, Marie-Andrée, (red.), *Les Codes Civils*, 1992.
- Cunningham, Roger A., Stoebuck, William B., og Whitman, Dale A., *The Law of Property*, 2. udg., 1993.
- Dam, Henrik, Hemmingsen, Kjeld og Taksøe-Jensen, Finn, *Skatteret – Almen del 2001-2002*, 3. udg., 2001.
- Dam, Henrik, Hemmingsen, Kjeld og Taksøe-Jensen, Finn, *Skatteret – Speciel del 2001-2002*, 2. udg., 2001.
- Dombernowsky, Lotte, *Lensbesidderen som amtmand*, 1983.
- Ebenroth, Carsten Thomas, *Erbrecht*, 1992.
- Eyben, Bo von og Møgelvang-Hansen, Peter, *Kreditorforfølgning*, 3. udg., 1998.
- Feldthusen, Rasmus Kristian, *National Report for Denmark i D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann og H.L.E. Verhagen, (red.), Principles of European Trust Law*, 1999.
- Feldthusen, Rasmus Kristian, *Succession*, 2001.
- Feldthusen, Rasmus Kristian, *Tvangsarveretten ind for et nyt årtusinde*, Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999.
- Finn, P.D., red., *Equity and Commercial Relationships*, 1987 og Youdan, T.G., red., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, 1989.
- Fode, Carsten og Munck, Noe, *Valg af selskabsform*, 2000.
- Ford, H.A.J. og Lee, W.A., *Principles of the Law of Trusts*, 2. udg., 1990.
- Fletcher, William F., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, *Property and Trust*.
- Gaul, Hans Friedhelm og Schilken, Eberhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10. udg., 1987.
- Glasson, John, red., *International Trust Laws*, 1992, update 7. oktober 1996.
- Gomard, Bernhard, *Obligationsret*, 4. del, 1994.
- Goos, Carl, *Forelæsninger over den almindelige retslære*, 2. del, 1900.
- Gray, Kevin, *Elements of Land Law*, 1987.

## Litteraturfortegnelse

- Gray, Kevin, *Elements of Land Law*, 2. udg., 1993.
- Grundmann, Stefan, *Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand*, 1997.
- Haegele, Karl og Winkler, Karl, *Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht*, 14 udg., 1996.
- Hansen, Søren Friis og Krenchel, Jens Valdemar, *Lærebog i Selskabsret I*, 1999.
- Harwood, Michael, *Modern English Land Law*, 2. udg., 1982.
- Hayton, D.J., *Anglo-Trusts, Euro-Trusts and Caribbo-Trusts: Whither Trusts?*, i *Modern International Developments in Trust Law*, 1999.
- Hayton, D.J., i *Hayton and Marshall – Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 10. udg., 1996.
- Hayton, D.J., *International Recognition of Trusts*, i *International Trust Laws C1.1.-C1.3.*, Glasson, John (red.)
- Hayton, D.J., *m.fl.*, (red.) – *Vertrouwd met de Trust. Trust and Trust-like Arrangements (Serie Onderneming en Recht, deel 5)*, 1996.
- Hayton, D.J., *The Irreducible Core Content of Trusteeship*, i *Trends in Contemporary Trust Law*, A.J. Oakley (red.), 1996.
- Hayton, D.J., *Underhill og Hayton – Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. udg., 1995.
- Henn, Harry G. og Alexander, John R., *Laws of Corporations and other Business Enterprises*, 3. udg., 1983.
- Hudson, John, *Land, Law, and Lordship in Anglo-Norman England*, 1994.
- Hurtigkarl, Frederik Theodor, *Den Danske og Norske Private Rets Første Grunde*, 2. del, 1. bind, 1814.
- Hørlyck, Erik, *Interessentskaber og konsortier*, 1996.
- Illum, Knud, *Dansk tingsret ved Vagn Carstensen*, 3. udg., 1976.
- Illum, Knud, *Tinglysning*, 6. udg., 1982.
- Iuul, Stig, *Fideikommissarisk Substitution*, 1934.
- Iuul, Stig, *Forelæsninger over hovedlinier i europæisk retsudvikling fra romerretten til nutiden*, 1970.
- Jenks, Edward, *A Short History of English Law*, 4. udg. 1928.
- Jürgs, Michael, *Die Treuhändler*, 1998.
- Keenan, Dennis, *Smith and Keenan's English Law*, 9. udg., 1989.
- Keeton, George W. og Sheridan, L.A., *The Comparative Law of Trusts in the Commonwealth and the Irish Republic*, 1976.

- Kobbernagel, Jan*, Båndlæggelse, 1939.
- Koele, Ineke A.*, Trusts and the Application of the OECD Model Convention, i *Sonnefeldt/van Mens* (red.) *The Trust – Bridge or Abyss between Common Law and Civil Law Jurisdictions*, 1992.
- Kruse, Frederik Vinding*, Ejendomsretten, 3. bind, 3. udg., 1951.
- Kuhn, Georg*, Kommentar zur Konkursordnung, 7. udg., 1962.
- Kæstel, R.*, Bankjura, 3. udg., 1969.
- Kötz, Hein*, The Modern Development of Trust Law in Germany, i *Modern International Developments in Trust Law*, *D.J. Hayton*, (red.), 1999.
- Kötz, Hein*, Principles of European Trust Law, *D.J. Hayton*, *S.C.J.J. Kortmann* og *H.L.E. Verhagen* (red.), 1999.
- Kötz, Hein*, Trust und Treuhand, 1962.
- Lando, Ole*, Kort indføring i komparativ ret, 1986.
- Langbein, John H.*, The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce, i *Modern International Developments in Trust Law*, *D.J. Hayton*, (red.), 1999.
- Lange, Heinrich* og *Kuchinke, Kurt*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. udg., 1995.
- Laursen, Mogens* og *Preskou, Kaj*, Investering i aktier, obligationer og andre værdipapirer, 1986.
- Lauterbach, Wolfgang*, *Albers, Jan* og *Hartmann, Peter*, Beckische Kurz-Kommentare – Zivilprozessordnung, 1. bind, 52 udg., 1994.
- Leemreis, Bert R.*, The Taxation of Trusts, Beneficiaries and Grantors in the United States of America, *Sonnefeldt/van Mens* (red.) *The Trust – Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdictions*, 1992.
- Lent, Friedrich* og *Weber, Friedrich*, Jaeger – Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 1. bind, 8. udg., 1958.
- Liebich, Dieter* og *Mathews, Kurt*, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. udg., 1983.
- Liüke, Gerhard* og *Walchshöfer, Alfred*, Müncher Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. bind, 1992.
- Lupoi, Maurizio*, Trusts – A Comparative Study, 2000.
- Maine, Henry Summer*, Ancient Law, 1861.
- Maitland, Frederic William*, Equity – A Course of Lectures, revideret af *Brunyate, John*, 1936.
- Maitland, Frederic William*, Equity also the Forms of Action at Com-

## Litteraturfortegnelse

- mon Law – Two Courses of Lectures, redigeret af *Chaytor, A.H.* og *Whittaker, W.J.*, 1909.
- Martin, Jill E.*, *Hanbury og Martin – Modern Equity*, 14. udg., 1993.
- Martin, Jill E.*, *Hanbury og Martin – Modern Equity*, 15. udg., 1997.
- Matthews, Paul*, The New Trust: Obligations without rights? i *Trends in Contemporary Trust Law*, *Oakley, A.J.*, (red.), 1996.
- Matzen, Henning*, Forelæsninger over den danske tingsret, 1882.
- Mayson, Stephen W.*, *Derek French og Christopher L Ryan*, *Company Law*, 13. udg., 1996.
- Meagher, R.P.*, *W.M.C. Gummow og J.R.F. Lehane*, *Equity – Doctrine and Remedies*, 3. udg., 1992.
- Megarry, Robert og Wade, M.W.R.*, *The Law of Real Property*, 5. udg., 1984.
- Merryman, John Henry*, *The Civil Law Tradition*, 2. udg., 1985.
- Michelsen, Aage*, *International skatteret*, 2. udg., 1996.
- Milsom, S.F.C.*, *Historical Foundations of the Common Law*, 2. udg., 1981.
- Moffat, Graham*, *Trusts Law Text and Materials*, 2. udg., 1994.
- Mortensen, Peter*, *Tinglysning*, 3. udg., 2001.
- Munck, Noe, Kristensen, Lars Hedegaard og Nørgaard, Jørgen*, *Selskabsformerne*, 3. udg., 1997.
- Månsson, Frederik og Ulrik-Andersson, Per*, red., *Värdepapperisering – Securitisation*, 1995.
- Nielsen, Linda og Rasmussen, Jesper Vorstrup*, *Familieretten*, 3. udg., 2001.
- Nielsen, Peter Arnt*, *International privat- og procesret*, 1997.
- Nielsen, Thøger og Lindencrona, Gustaf*, *International Generations-skifte*, 1983.
- Oakley, A.J.*, *Constructive Trusts*, 3. udg., 1997.
- Oakley, A.J.*, *Parker and Mellows*, *The Modern Law of Trusts*, 6. udg., 1994.
- Oakley, A.J.*, *Parker and Mellows*, *The Modern Law of Trusts*, 7. udg., 1998.
- Otto Kahn-Freund* i *Introduction til Karl Renner*, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, *Otto Kahn-Freund* (red.), 1949.
- Parkinson, Patrick*, *The Principles of Equity*, 1996.

- Pawlowski, Hans-Martin*, Allgemeiner Teil des BGB, 5. udg., 1998.
- Pearce, Robert A. og Stevens, John*, The Law of Trusts and Equitable Obligations, 1995.
- Pearce, Robert A. og Stevens, John*, The Law of Trusts and Equitable Obligations, 2. udg., 1998.
- Pettit, Philip H.*, Equity and the Law of Trusts, 7. udg., 1993.
- Pettit, Philip H.*, Equity and the Laws of Trusts, 8. udg., 1997.
- Phillips, Mary*, A Practical Approach to Land Law, 2. udg., 1986.
- Pollock, Frederick og Maitland, Frederick William*, The History of English Law, 2. udg., vol. 1, 1923.
- Ramjohn, Mohammed*, Sourcebook on Law of Trusts, 1995.
- Reid, K.G.C.*, National Report for Scotland, i *D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann og H.L.E. Verhagen*, (red.), Principles of European Trust Law, 1999.
- Reynolds, F.M.B.*, Bowstead on Agency, 15. udg., 1985.
- Riddall, J.G.*, Introduction to Land Law, 3. udg., 1983.
- Riddall, J.G.*, Land Law, 6. udg., 1997.
- Riddall, J.G.*, The Law of Trusts, 5. udg., 1996.
- Ross, Alf*, Tü-Tü, i Festskrift til Henry Ussing, 1951.
- Rørdam, Thomas og Carstensen, Vagn*, Pant, 6. udg., 1998.
- Rössler, Georg F. og Schütze, Rolf A.*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. bind, 2. udg., 1981.
- Raad, Kees van*, Materials on International & EC Tax Law, 2001.
- Schmidt, Torben Svénné*, i Trusts and Trust like devices, 1981.
- Sheridan, L.A.*, Keeton and Sheridan's The Law of Trusts, 12. udg., 1993.
- Sherrin, C.H., Barlow, R.F.D., Wallington, R.A.* assisteret af *Susannah Meadway*, Williams on Wills, 7. udg., vol. 2., 1995.
- Siebert, Wolfgang*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933.
- Simes, Lewis M.*, Handbook of the Law of Future Interests, 2. udg., 1966.
- Sindballe, Kristian*, Dansk Selskabsret, bind I, 2. udg., 1936.
- Smith, Lionel D.*, The Law of Tracing, 1997.
- Svendsen, Aage og Myrdahl, Thorkil*, T. Hindenburg Juridisk Formularbog, 7. udg., 1935.
- Svendsen, Aage og Topsøe-Jensen, Hans*, T. Hindenburg Juridisk Formularbog, 9. udg., 1956.
- Taksøe-Jensen, Finn*, Lærebog i arveret, 2. udg., 2000.

## Litteraturfortegnelse

- Thomas, Geraint*, Thomas on Powers, 1998.
- Thompson, John K.*, Securitisation – An International Perspective, OECD publikation, 1995.
- Todd, Paul*, An Introduction to The Law of Trusts, 1986.
- Todd, Paul*, Textbook on Trusts, 3. udg., 1996.
- Torp, Carl*, Dansk tingsret ved *L.A. Grundtvig*, 2. udg., 1916.
- Ulfbeck, Vibe*, Kontraktens relativitet, 2000.
- Ussing, Henry*, Aftaler, 3. udg., 1950.
- Ussing, Henry*, Enkelte Kontrakter, 1940.
- Vogel, Klaus, Engelschalk, Michael, Görl, Maximilian, Hemmelrath, Alexander, Lehner, Moris, Pöllath, Reinhard, Prokisch, Rainer, Rodi, Michael, Stokmann, Frank og Tischbirek, Wolfgang*, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 3. udg., 1997.
- von Eyben, W.E.*, Formuerettigheder, 5. udg., 1977.
- von Eyben, W.E.*, Formuerettigheder, 6. udg., 1979.
- von Eyben, W.E.*, Formuerettigheder, 7. udg., 1983.
- von Eyben, W.E.*, Panterettigheder, 1958.
- Waters, D.W.M.*, The Protector – New Wine in Old Bottles?, i Trends in Contemporary Trust Law, *A.J. Oakley* (red.), 1996.
- Weizman, Leif*, Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994.
- Willumsen, Hans*, Lærebog i Tinglysning, 1994.
- Woxholth, Geir*, Stiftelser, 2001.
- Ørsted, Anders Sandøe*, Håndbog III, 1828.
- Ørsted, Anders Sandøe*, Håndbog IV, 1831.

## Artikler m.v.

- Andersen, John Peter*, Stille selskaber og U 1978.205 VLD, Ufr 1983B.373 ff.
- Andersen, Lennart Lyng*, Haagerkonferencens 15. samling 1984, Nordic Journal of International Law, 1986, Nr. 55, 346ff.
- Birks, Peter*, In rem or in personam? *Webb v Webb*, Trust Law International, vol. 8, no. 4, 1994, s. 99ff.
- Boeschoten, Van*, Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief; Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1994, s. 1ff.
- Bridge, Michael J., Macdonald, Roderick A., Simmonds, Ralph* og

- Walsh, Catherine*, Law of Secured Transactions, McGill Law Journal, 1999, vol 44, s. 611.
- Brokhattingen, Flemming, Bender, Torben og Olsen, Jesper*, Revision og Regnskabsvæsen, 1997, nr. 3, s. 18ff.
- Burns, Fiona*, 18, Monash University Law Review 147, 1992.
- Cohn, Michael J.*, Asset Securitization: How Remote is Bankruptcy Remote?, Hofstra Law Review vol. 26, nr. 4, 1998, artiklen kan læses på internetadressen: [http://www.hofstra.edu/Academics/Law/law\\_lawrev\\_cohn.cfm](http://www.hofstra.edu/Academics/Law/law_lawrev_cohn.cfm)
- Cohn, N.*, Panteretten, Juridisk Tidsskrift, 1933, s. 115.
- Duckworth, Antony*, STAR Trusts, vol. 5, issue 2, 1998.
- Dyer, Adair og van Loon, Hans*, Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, 1985.
- Dyer, Adair*, International Recognition of the Trust Concept, Trusts and trustees, vol. 2, no. 3, 1996, s. 5ff.
- Dyson, Henry*, The Proposed New Law of Trusts in France, The Conveyancer and Property Lawyer, 1992, s. 407ff.
- Federspiel, Hermann*, Mere om trusten og særlig om dens anvendelse i finansielle transaktioner, UfR 1999B.361ff.
- Feldthusen, Rasmus Kristian*, En skatteretlig fiktion uden lovhjemmel?, TfS 2001, 499.
- Frank, Michael*, Den skatteretlige vurdering af fonde i skattelylande, TfS 1988,584.
- Gabrielsson, Johan og Nyström, Frederik*, Värdepapperisering av bolån i Sverige – hur påverkas marknaden om kapitaltäckningskravet tas bort? Lindköpings Universitet, Department of Management and Economics, 14. januar 2000.
- Graham, Peter E.*, Some Peculiarities of Trusts in Quebec, La Revue du Barreau de la Province de Quebec, 1962, tome 22.
- Goode, R.M.*, Ownership and Obligation in Commercial Transactions, The Law Quaterly Review, 1987, vol. 103, s. 433ff.
- Hansman, Henry og Mattei, Ugo*, The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, New York University Law Review, maj 1998, vol. 73, s. 438.
- Hayton, D. J.*, Trusts, The Conveyancer and Property Lawyer, 1973, vol. 37, s. 65.
- Herskind, Christian*, Revisions og Regnskabsvæsen, 1993, nr. 2, s. 39ff.

## Litteraturfortegnelse

- Hessel E. Yntema, Roman Law and its Influence on Western Civilization, Cornell Law Quarterly, vol. xxxv, 1950, s. 78.
- Jackson, Paul, The Maxims of Equity Revisited, Equity and Contemporary Legal Developments, The First International Conference on Equity, 1992, The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Israel.
- Johnsen, Otto og Tabbert, Birgitte, S.U. 1996,193.
- Jones, John F. Avery, Depret, Henri-Robert, van de Wiele, Michelle, Ellis, Marten J., Fontaneau, Pierre, Fontaneau, Pierre-Marie, Killius, Juergen, Lenz, Raoul, Magney, Thomas W., Orrock, Donald C., Roberts, Sidney I., Goldberg, Sandford H., Uckmar, Victor, Maisto, Guglielmo og Ward, David A., European Taxation, The Treatment of Trusts under the OECD Model Convention, december 1989, s. 384.
- Koppenol-Laforce, Marielle, The Trust, The Hague Trusts Convention and Civil law Countries; A Mission Impossible?, Notarius International, 3, 1998, s. 27ff.
- Kruse, Frederik Vinding, Nogle bemærkninger om dansk panteret, Juridisk Tidsskrift, 1933, s. 138.
- Lando, Ole, Trusten, Juristen, 1985, s. 113ff.
- Langbein, John H., The Contractarian Basis of the Law of Trusts, vol. 105, 1995, s. 669
- Langbein, John H., The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce, The Yale Law Journal, vol. 107, oktober 1997, nummer 1, s. 165.
- Lipari, Joseph og Cotton, Quincy, Transfers to foreign trusts: Treasury proposes regulations under sections 679 and 684, Tax Management Estates, Gifts and Trusts Journal; Washington; Jul 12, 2001.
- Lundbye, Chr., Lenskommissionen, s. 193 (bilag 12).
- Lupoi, Maurizio, The shapeless trust, Trusts and trustees and international asset management, 1995, nr. 3, s. 15ff.
- Matthews, Paul, Shooting STAR: the new special trusts regimes from the Cayman Islands, Trust Law International, nr. 11, 1997, s. 67.
- Maurice, Spencer G., The Office of Custodian Trustee, The Conveyancer and Property Lawyer, 1960, vol. 24, s. 196ff.
- Mettarlin, Daniel N., The Quebec Trust and the Civil Law, McGill Law Journal, 1975, vol. 21, nr. 2.
- Michelsen, Aage, Revisions- og Regnskabsvæsen, 1974, s. 223ff.

- Michelsen, Aage*, Revisions og Regnskabsvæsen, 1992, nr. 11, 247 SM.
- Michelsen, Aage*, Revisions og Regnskabsvæsen 1994, nr. 10, s. 273 SM.
- Millett, P.J.*, The Quistclose Trust, The Law Quarterly Review, 1985, vol. 101, s. 269ff.
- Nielsen, Peter Arnt*, Haagerkonferencens udkast til global domskonvention, TfR 2001, s. 158 ff.
- Nielsen, Thøger*, Gave gennem mellemmand – fond og trust, Tfs 1989, 213.
- Nyegaard, Peter, Hyldahl, Christian og Simonsen, Ole*, Danske CMO'er, Revisions- og Regnskabsvæsen 1996, nr. 2, side 40ff.
- Nørgaard, Jørgen*, Mere om stille selskaber – og sleeping partners, UfR 1984B.279ff.
- Oditah, F.*, 108 LQR 459, 1992, 107 LQR 608, 1991.
- Parkinsons, Charles*, The Fiducie – New French Trust, Offshore Investment, nr. 36, maj 1993.
- Poulsen, Jens*, Securitisation, Finansfokus, nr. 2, juni 2000. Artiklen kan læses på internetadressen: <http://www.finansforbundet.dk/default.asp?mId=208&ArtId=159>
- Qviste, Jørn og Jones, John F. Avery*, Fortolkning af artikel 10 (udbytte) i den dansk-engelske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 11. november 1980, Revision og Regnskabsvæsen, 1985, nr. 5, s. 241.
- Rickett, C.E.F.*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 3, 1992.
- Rygaard, Jens Moberg*, Nyere obligationstyper, Finansfokus, nr. 2, juni 2000. Artiklen kan læses på internetadressen: <http://www.finansforbundet.dk/default.asp?mId=208&ArtId=159>
- Schwarcz, Steven L.*, The Universal Language of Cross-Border Finance, Duke Journal of Comparative and International Law, nr. 8, s. 236.
- Scott, Austin Wakeman*, The Nature of The Rights of The *Cestui Que Trust*, Columbia Law Review, vol. 17, 1917, s. 269ff., s. 273ff.
- Stone, Harlan F.* i, The Nature of The Rights of The *Cestui Que Trust*, Columbia Law Review, vol. 17, 1917, s. 467ff.
- Therkelsen, Peter Juul og Jensen, Henrik Steen*, Hvad sker der med et K/S, når komplementaren går konkurs?, UfR 1996B.379ff.
- Thomsen, Sigurd*, En ny Organisation af Partialobligationslaan, UfR1913B, s. 229ff.
- Trautman, Donald T.*, Study on business trusts and charitable trusts,

## Litteraturfortegnelse

- Actes et documents de la Quinzième session, Tome II, Trusts – applicable law and recognition, 1985.
- von Overbeck, Alfred E.*, Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, 1985.
- von Overbeck, Alfred E.*, Report of the Special Commission, Hague Conference on private international law – Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trusts – Applicable law and recognition, 1985, s. 172ff.
- Wallace, Anne*, Choice of Law for Trusts in Australia and the United Kingdom, International and Comparative Law Quarterly (I.C.L.Q.), vol. 36, 1987, s. 454ff.
- Waters, D.W.M.*, Institution of the Trust in Civil and Common Law, Recueil Des Cours, 1995, Tome 252, s. 113 ff.
- Waters, D.W.M.*, The Nature of The Trust Beneficiary's Interest, The Canadian Bar Review, 1967 vol. 45, s. 219ff.
- Werlauff, Erik*, Anmeldelse af bogen: Værdpapærisering, UfR 1996B.159ff.
- Werlauff, Erik*, Trust, Anstalt og fond, UfR 1997.B96.

## Betænkninger

- Betænkning om en lovgivning om registrering af rettigheder over luftfartøjer, nr. 180 af 1957.
- Betænkning om EU forslag til konvention om konkurs af 1995.
- Betænkning om fonde, nr. 970/1982.

## Rapporter og andre dokumenter

- An Investor's Guide to Asset-Backed Securities (ABS), der kan læses på internetadressen: [http://www.bondmarkets.com/publications/igabs/an\\_investors\\_guide\\_to\\_abs.pdf](http://www.bondmarkets.com/publications/igabs/an_investors_guide_to_abs.pdf)
- An Investor's Guide to Collateralized Mortgage Obligations (CMOs), der kan læses på internetadressen: [http://www.bondmarkets.com/publications/igcmo/an\\_investors\\_guide\\_to\\_cmos.pdf](http://www.bondmarkets.com/publications/igcmo/an_investors_guide_to_cmos.pdf)
- An Investor's Guide to Mortgage Backed Securities, der kan læses på internetadressen: [http://www.bondmarkets.com/publications/igmba/an\\_investors\\_guide\\_to\\_mortgage\\_securities.pdf](http://www.bondmarkets.com/publications/igmba/an_investors_guide_to_mortgage_securities.pdf)
- Bernasconi, Christophe*, rapport The Law Applicable to Dispositions of Securities Held Through Indirect Holding Systems, 1. november

2000. Rapporten kan læses på internetadressen:  
[http://www.hcch.net/e/workprog/coll\\_sec\\_pd1.pdf](http://www.hcch.net/e/workprog/coll_sec_pd1.pdf)
- Explanatory Memorandum til Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Financial Collateral Arrangements 2001/86 (COD).
- Explanatory Memorandum til the EU Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Financial Collateral Arrangements (Collateral direktivet), COM(2001) 168 af 27.03.2001.
- Fiduciary Duties and Regulatory Rules – A Consultation Paper, The Law Commission, consultation paper no. 124, 1992.
- Financing Catastrophe Risk: Capital Market Solutions, januar 1999, Executive Summary af Insurance Services Office Inc. og Risk Management Solutions Inc. i 1995 for Natural Disaster Coalition, Financing Catastrophe Risk, der kan læses på internetadressen: <http://www.iso.com/docs/stud013.htm#3Top>
- Finansdepartementets brev af 1. februar 2001 om Kapitaldekningsreguleringen for Finansinstitusjoner. Brevet kan læses på finansdepartementets internetadresse [http://www.finansdepartementet.no/nivaa2.cfm?selectedNode=4/saker\\_hoering/kapdek070301](http://www.finansdepartementet.no/nivaa2.cfm?selectedNode=4/saker_hoering/kapdek070301)
- Finanstilsynets direktør *Henrik Bjerre-Nielsen's* tale den 20. september 2000 til NFU-konferencen om emnet »Udfordringer for de nordiske tilsynsmyndigheder i et integreret Europa«. Talen kan læses på internetadressen: <http://www.ftnet.dk/frame.asp?documentID=666&menuID=40>
- Finanstilsynets publikation Pengeinstitutters rentemarginal, august 2000, pkt. 4.6. om Udstedelse af værdipapirer på grundlag af en pulje af aktiver. Publikationen kan læses på internetadressen: <http://www.ftnet.dk/publik/publikationer/pengeinstituternes/kap04001.html>
- Formand for Forsikring & Pension Holger Dock tak på årsmødet 2001 i Forsikring & Pension. Talen kan læses på internetadressen: <http://www.forsikringsoplysningen.dk/Pressemeddelelser/b120116.htm>
- Grundnotat om finansiel sikkerhedsstilling, Europaudvalget, Alm. Del – bilag 1274. Notatet findes på internetadressen: <http://www.eu-oplysningen.dk/euidag/euu/20001274/>
- Guideline on asset securitisation, guideline no. 103.11, j. no. 15/269/

## Litteraturfortegnelse

- 96, udstedt den 16. januar 1996. Retningslinjerne kan læses på:  
[http://www.rata.bof.fi/english/guidelines/credit\\_institutions.html](http://www.rata.bof.fi/english/guidelines/credit_institutions.html)
- Kessedjian, Catherine*, Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters, pkt. 40 (Preliminary Document No 8 of November 1997 for the attention of the Special Commission of March 1998 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters). Dokumentet kan downloades fra internetadressen: [ftp://hcch.net/doc/jdgm\\_pd8.doc](ftp://hcch.net/doc/jdgm_pd8.doc)
- Kvaerner kvartalsrapport 2000: [http://www.kvaerner.no/group/investor\\_relations/reports/2000/1q/](http://www.kvaerner.no/group/investor_relations/reports/2000/1q/)
- Ligningsvejledningen 2000.
- Meddelelse fra EU Kommissionen af 28. marts 1998 om overdragelse af små og mellemstore virksomheder (SMV'er) (98/C 93/02).
- Nationell rapport om ekonomiska reformer: Produkt och kapitalmarknader. Sverige. November 2001. Kan læses på:[http://finans.regeringen.se/pressinfo/reformrapport02/pdf/reformer\\_sv02.pdf](http://finans.regeringen.se/pressinfo/reformrapport02/pdf/reformer_sv02.pdf)
- Nordea Markets prospekt af 7. december 2001, s. 17.
- Notat til Retsudvalget, Alm. Del bilag 686, 1999.
- Nygh, Peter* og *Pocar, Fausto*, Report of the Special Commission, s. 62. Rapporten kan downloades fra internetadressen:  
<ftp://hcch.net/doc/jdgmPd11.doc>
- OECD Rapport af Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD Steering Group on Corporate Governance. Rapporten kan læses på internetadressen:  
<http://www.oecd.org/pdf/M00007000/M00007462.pdf>
- Oplysninger fra <http://www.euromoney.com/index.html>
- Oplysninger fra <http://www.vinodkothari.com>
- Oplysninger fra Insurance Services Office Inc. på internetadressen:  
<http://www.iso.com/docs/stud006.htm>
- Oplysninger fra Insurance Services Office Inc. på internetadressen:  
<http://www.iso.com/docs/pres260.htm>
- Oplysninger fra Københavnske Re's hjemmeside:  
[http://www.copre.com/copre.nsf/all/s\\_and\\_p.html](http://www.copre.com/copre.nsf/all/s_and_p.html)
- Oplysninger fra Structured Finance International, December 2000, s. 26.
- Paragon Auto and Secured Finance (No. 1) Plc. i International Struc-

- tered Finance (New Issue Report), Moody's Investors Service, 28. december 2000, der kan læses på internetadressen:  
<http://www.paragon-group.co.uk/files/pasf1.pdf>
- Rapport for perioden januari-september 2001 från Regeringskansliet för företag med statsligt ägande. Rapporten kan læses på internetadressen: [http://naring.regeringen.se/fragor/statliga\\_foretag/pdf/nd\\_69-q3.pdf](http://naring.regeringen.se/fragor/statliga_foretag/pdf/nd_69-q3.pdf)
- Rapporten: Den finansielle sektor efter år 2000.
- Redegørelse fra Finansdepartementet om Securitisation, Ds 1998:71.
- Regeringskansliets Årsbok 2000. Årsboken kan læses på internetadressen: <http://www.regeringen.se/informationsmaterial/pdf/rkyear2000.pdf>
- SJ Koncernens Årsredovisning 2000. Årsredovisningen kan læses på internetadressen: <http://www.om.sj.se/files/SJ2000.pdf>
- Tal fra The Bond Market Association,  
<http://www.bondmarkets.com/research/euroabsiss.shtml>
- Tidsskriftet Skat, november 2000, Selskabsbeskatning. Taloplysninger.
- Udkast til Hague Convention on International Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters, på internetadressen: <http://www.hcch.net/e/conventions/draft36e.html>
- Væsentlige udenlandske retsakter:**
- Collateral-direktivet, Kom (2001) 168.
- Direktiv om sanering og likvidation af pengeinstitutter, EF-Tidende nr. L 125 af 5. maj 2001, s. 15ff.
- Finality direktivet, EF-Tidende nr. L 166 af 11/6 1998 s. 45ff.
- Konvention om hvilket lands lov, der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (80/934/EØF).
- Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2001, om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område, EF-Tidende nr. L 012 af 16/1 2001 s. 1ff.
- Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 af 29. maj 2000 om konkurs. SFS 2001:172, Lag om ændring i lagen (1992:1610) om finansieringsverksamhet.
- EU-Kommissionen meddelelse om overdragelse af små og mellemstore virksomheder (98/C).
- Projet de loi, institutiant la fiducie (Doc. Ass. Nat. 2583), fransk lovforslag om fiducie.

# Domsfortegnelse

## Danske domme og afgørelser

### *Skattedepartementets Meddelelser*

SKDM 1967, 8 AFG. 205, 293

SKDM 1967, 18 AFG. 205, 293

### *Tidsskrift for Skatter og Afgifter*

TfS 1984, 131 AFG. 205, 294

TfS 1984, 434 SD. 288, 289

TfS 1985, 549 LSR. 289

TfS 1992, 425 LSR. 205, 294

TfS 1994, 605 LSR. 205, 293

TfS 1999, 419 H. 290

TfS 2000, 209 LSR. 368

TfS 2000, 455 LR. 289

TfS 2001, 352 LR. 297

TfS 2001, 499 297

### *Ugeskrift for Retsvæsen*

UfR 1911.458. 356

UfR 1917.911. 356

UfR 1927.21 H. 271

UfR 1928.216 H. 271

UfR 1931.335. 356

UfR 1938.854 Ø. 332

UfR 1941.1027 Ø. 331

UfR 1949.691 Ø. 271

UfR 1975.1031 H. 356

UfR 1977.229 SH. 202

UfR 1978.876 H. 356

UfR 1985.856 SH. 271

UfR 1987.981/2 Ø. 224

UfR 1994.719 Ø. 271

UfR 1996.179 Ø. 253

UfR 1997.762 H. 271

*Vestre Landsret Tidende*

VLT 1953.64. 356

**Udenlandske domme:**

*EF-domstolen*

*Webb v Webb* C-294/92. 203, 209

*Engelsk ret*

*Agip (Africa) Ltd. v Jackson*, 1990, The Law Reports, Chancery Division, 265f., The Law Reports, 1991, Court of Appeal, s. 547ff. (186)

*Anton Piller KG v Manufacturing Press Ltd*, 1976, Chancery division, Court of Appeals, 55. (73)

*Baden v Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA*, 1992, 4, All England Law Reports s. 161ff. (188)

*Bannister v Bannister*, 1948, All England Law Reports, s. 133ff. (196)

*Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investment Ltd.*, 1970, The Law Reports, Appeal Cases, House of Lords, s. 567ff. ... (128, 130, 193)

*Barclays Bank Plc. v O'Brien*, The Law Reports, Appeal Cases, 1994, 1., s. 180ff. (194)

*Barnes v Addy*, 1874, The Law Reports, 9, Chancery Appeal Cases, s. 244ff. (186, 187)

*Barry v Barry* 1929, The Law Reports 2, King's Bench Division. (71, 75)

*Blackwell v Blackwell*, 1929, The Law Reports, Appeal Cases, s. 318ff. (120)

*Carreras Rothmans Ltd. v Freeman Mathews Treasure Ltd.* 1985 Ch. 207. (406)

*Carl Zeiss Stiftungen v Herbert Smith Co. (No. 2)*, 1969, Law Reports, vol. II, Chancery Division, s. 276ff. (178)

*Carver v Duncan*, 1985, 2 All England Reports 645. (145)

*Cowcher v Cowcher*, 1972, The Weekly Law Reports, vol. I, side 425ff. (38)

*Cullen v Attorney-General for Ireland*, 1866, The Law Reports 1, HL. S. 190ff. (120)

*Curie v Misa*, 1875 L.R. 10 Ex. 153. (159)

*Earl of Oxford's case*, 1615, 1 Ch. Rep. 1; 21 ER 485. (71)

## Domsregister

- El Ajou v Dollar Land Holdings Plc.*, 1994, All England Law Reports, s. 685ff. (190)
- Foskett v McKeown and others*, 2000, 3 All England Law Reports s. 97ff. (172)
- Green v Russell*, 1959, The Law Reports, nr. 2, Queen's Bench Division, s. 226ff. (80)
- Hodgson v Marks*, 1971, The Law Reports, Chancery Division, Court of Appeal, s. 892ff. (127)
- Hussey v Palmer*, Weekly Law Reports, 1972, 1, s. 1286ff. (179, 194)
- IRC v McGuckian*, 1997, All England Law Reports s. 817ff. og 1 Weekly Law Reports s. 991ff. (301)
- IRC v Willoughby and related appeal*, CA 1657. (se også Simon's Tax Intelligence, 22. december 1994). (301)
- Jones v Bradley*, 1868, Law Reports 1867-68 vol. 3, Chancery Appeals, s. 362ff. (120)
- Knight v Knight* 1840, 3 Beav. 148. (86)
- Lennards Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd*, 1914-15, All England Law Reports, s. 280ff. (192)
- Lloyds Bank plc v Duker*, 1987, 1 W.L.R. s. 1324ff. og All England Law Reports s. 193ff. (143)
- Lonrho Plc v Fayed (No. 2)*, 1992, Weekly Law Reports, 1., s. 1ff. (182)
- Malcolm v O' Callaghan*, 1835, 3 Myl. & Cr. 52. (145)
- Marshall's Will Trusts*, 1945, The Law Reports, Chancery Division, s. 217ff. (80)
- Milroy v Lord*, 1862, 4 De GF & J 4, s. 264ff. (78)
- Nippon Yusen v Kaageorgis and Mareva Corparia Navier SA v International Bulkcarries SA*, 1980, All England Reports 1, 2 Bn, Court of Appeals. (72)
- Quistclose Investments Ltd. v Rolls Razor Ltd. (in liquidation)*, 1968, The Law Reports, Chancery Division, s. 590. ... (131, 193)
- Re Barney*, 1892, The Law Reports, Chancery Division, s. 265ff. (87)
- Re Chapman*, 1986, 2 Ch 763. (147)
- Re Coomber*, 1911, The Law Reports, 1, Chancery Division, s. 723ff. (197)
- Re Denley's Trust Deed*, 1969, 1 Ch. 373. (406)
- Re Hallet's Estate*, 1880, 13 Chancery Division 696, Court of Appeal, s. 709ff. (172)
- Re Osmund*, The Law Reports 1944, Chancery Division, s. 66ff. (128)

- Re Paradise Motor Company*, 1968, 2 All England Law Reports, s. 171ff. (117)
- Re Polly Peck International Plc*, 1996, 1 BCLC 428. (353)
- Re Rose*, 1952, Chancery Division, Court of Appeal, s. 499 ff. (78)
- Re Sharpe (a Bankrupt)*, 1980, Weekly Law Review, 1, s. 219ff. (184)
- Re Sick and Funeral Society of St. John's Sunday School, Golcar*, 1973, The Law Reports, Chancery Division, s. 51ff. (124)
- Re Snowden (deceased)* (120)
- Smith v Spowage*, 1979, All England Law Reports, vol. 2, Chancery Division. (120)
- Re Vandervell's Trusts*, Law Reports, 1974, Chancery Division, s. 269ff. (124)
- Rouchefoucauld v Rouchefoucauld*, 1897, Chancery 1, s. 196ff., s. 206. (111)
- Royal Brunei Airlines v Philip Tan Kok Ming*, 1995, The Law Reports, 2 Appeal Cases, s. 379ff. og 1995, All England Law Reports, s. 97ff. (187, 188)
- Saunders v Vautier*, 1841, 4 Beav. 115. (84, 132, 135, 136, 203, 410)
- Tinsley v Milligan*, 1993, All England Reports, 3, s. 65ff. (99)
- Vandervell v IRC*, 1967, 2 Appeal Cases, s. 291ff. (117, 127)
- W T Ramsay v ZRC*, 1981, STC 174. (301)
- Walsh v Lonsdale*, Chancery Division, 21, 1882. (77)
- Webb v Webb*, 1992, 1, All England Law Reports, s. 17ff. (203)
- Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington L.B.C.*, 1996, Weekly Law Review, 2, s. 802ff. (181)
- Wright v Atkyns*, 1823, Turn & R 143, 157. (86)

# Stikordsregister

## A

Accessory liability, 187  
Account, 73  
Account Debtors, 352  
Active uses, 61  
Aftaleerhverver, 157  
Agency, ctr. trust, 85  
Agent, 248  
Agent (nominee), 310  
Aircraft Lease Portfolio Securitisation, 338  
Akkommodationsobligationer, 334  
– ejerpantebrev, 335  
– fiduciarisk pantsætning, 335  
– pro forma, 335  
Aktieselskab, 251  
Alter ego doktrinen, 192  
Alternative Risk Transfer, 364  
Analoge retsfigurer, Danmark, 247  
Anderkonten, 400  
Anton Piller orders, 73  
Anwartschaftsrecht, 282  
Apparent ownership, 264  
Arveret, 276  
– boslod, 276  
– tvangsarv, 276  
Asset Backed Securitisation, 349, 350  
– dansk ret, 355  
– juridisk konstruktion, 350  
Attorney-General, 141  
Automatic resulting trust, 125

## B

Back-Up Servicer, 354  
Bailment, ctr. trust, 84  
Balance sheet window dressing, 354  
Bankruptcy remote, 350, 353, 356, 366  
Bankruptcy Remote Entity, 339  
Bare trust, 114, 131  
Base fee, 47  
Begunstiget  
– aftaleerhverver, dansk ret, 274  
– byrderubrik, 261  
– equitable ownership, 153  
– following, 162  
– hæftelse, 146  
– kreditorer, dansk ret, 274

– retsmidler, 161  
– søgsmål, 160  
– tracing (sporing), 165  
Beneficial ownership, 59  
Beneficiary, 88  
Beneficiary rule, the, 406  
Beneficiary, se begunstiget, 99  
Besvigelse, 265  
Boafgift, 297, 298  
Bona fide purchaser, 158  
Bonds, definition, 324  
Boslod, 276  
Bowie Bonds™, 347  
Breach of trust, 147, 180  
– erstatning, 148  
– inconsistent dealing, 193  
– in personam krav, 148  
– kausalitet, 148  
– solidarisk hæftelse, 148  
Bridging loan, 354  
Bruxelleskonventionen, se Domskonventionen, 203  
Båndlæggelse, 264, 275

## C

Canada, 381  
Cat Bonds, 364, 366, 367  
– juridisk struktur, 365  
Cestui que use, 55  
Cestui que vie, 33  
Chancellor, 57  
Charitable trust  
– attorney-general 141  
– purpose trust variant, 140  
– tidsmæssig udstrækning, 141  
Claiming (erstatningskrav), 162  
Collateraldirektivet, 234  
Collateralized Bond Obligation  
– dansk ret, 361  
– juridisk struktur, dansk og uden trustee, 363  
– obligationsejers repræsentant i dansk ret  
– partialobligationer, 362  
Collateralized Debt Obligations, 349  
Collateralized Mortgage Obligations, 349, 357  
– dansk juridisk struktur, 360  
– juridisk konstruktion, 359

- dansk ret, 359
- Commercial trusts, 323
- Concurrent interests, 36
- Conditional interests, 139
- Condition precedent, 48
- Condition subsequent, 47, 48
- Consideration, 158, 159
- Constructive trust, 178
  - inconsistent dealing, 193
  - modregning, banker, 193
  - intermeddling with trust property, 185
  - knowing assistance, 186
  - knowing receipt, 189
  - svingagtig adfærd, 195
  - trustees de son tort, 194
- Contingencies, 43
- Contingent Remainders Act 1877, 44, 45
- Contract, ctr. trust, 83
- Conversion, duty, 144
- Co-ownership, 36
- Corporation sole, 91
- Court of Chancery, 58
- Covenants, 326
- Custodian Trustee, 92
  - managing trustee, 94
  - selskaber, 93

D

- Debenture, 324
- De ejectione firmæ, 31
- Definition, trust, 79
- Derivationsteorien, 248
- Derivat, skat, 372
- Determinable fee, 46
- Determinable interests, 139
- Directing mind and will, 192
- Direktivet om sanering og likvidation af kreditinstitutter, 239
- Discretionary trust, 133
  - begunstigedes kreditorer, 136
  - breach of trust, 135
  - exhaustive, 135
  - non-exhaustive, 135
  - Saunders v Vaultier princippet, 135, 136
- Dishonest assistance, se knowing assistance, 186
- Dobbeltbeskatning, 296, 307
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster
  - danske, 312
- Doctrine of estates, 24, 28, 34
  - equity follows the law, 75
- Domsforordningen, 206
- Domskonventionen, 203
  - enekompetence, 205
  - hjemsted, trust, 204

- lovvalgsregler, danske, 204
- værneting, trust, 204
- Haager - enekompetence, 208
- Drittbegünstigter, begunstiget, 402
- Drittwiderspruchsklage, 266, 396
- Dual-residence, trustee, 308

E

- Egentlig tredjemandsaftale, se tredjemandsaftale, 248
- Ejendomsret - opdelt, 100
- Eksstinktion, 272, 273
- Election, 75
- Enforcer, 137, 410
- Equipment Trust Certificates, 337
  - dansk ret, 339
  - juridisk konstruktion, 338
  - leasing, 339
  - luftfartøjsregistreringsloven, 339
- Equitable owner, 59
- Equitable ownership, 149
- Equity, 58
  - acts in personam, 77
  - maksimer, 73
- Ermächtigungstreuhand, 401
- Escheat, 54
- Estate, 24
- Estate in fee simple, 32
- Estate in fee tail, 32, 39
- Estate pur autre vie, 33, 40
- Estates less than freehold, 29
- Estates of freehold, 29
- Etymologi, trust, 79
- Executor and Trustee Company, 96
- Executory interests, 45
- Express trust, 108
  - Formkrav, 109
- Express use, 61

F

- Familieformueret, 275
- Fannie Mae, 357
- Fee, 24
- Feeoffment to uses, 55
- Fee simple upon condition, 47
- Feoffees, 55
- Feoffor, 55
- Fideicommissum, 68
- Fideikommiss, 276
- Fiduciary duties, 197
- Fiducie, 389
- Finalitydirektivet, 232
  - relevant intermediary, 233
- Finansielle kontrakter, skat

## Stikordsregister

- enhedsprincip, 373
  - separationsprincip, 373
  - Fines and Recoveries Act 1833, 67
  - Floating charge, 325, 326, 355
    - dansk ret, forbud, 336
  - Following, 162
    - sammenblanding, 163
    - subordination of interest, 164
  - Fond, 250
  - Fondsaktiver, 262
  - Formuesfærer, separate, 264
  - Formålsbestemt trust (purpose trust)
    - offshore stater, 405
    - Uniform Trust Code, USA, 407
  - Forordning om konkurs, se Konkursforordningen, 228
  - Forstikkelse, 265
  - Four unities, 37
  - Franciskanske munkeorden, 54
  - Frankrig, 389
    - fiducie, 389
  - Freddie Mac, 357
  - Freehold estates, 32
  - Fristdag, 258
  - Fuldmagt, 272
  - Fuldmægtig, 248
  - Future interests, 41
  - Fælleseje, 275
- G
- Gaveafgift, 297, 304
  - Gave gennem mellemmand, 250
  - Gavemodtagere, 273
    - eksstinktion, 273
  - Generationsskifte, 277
  - Genforsikring, insuratzation, 364
  - Gensidigt testamente, 121
    - constructive trust, 122
    - fideikommissarisk substitution, 122
    - uigenkaldelighed, 122
  - Genus, 269
  - Ginnie Mae, 357
  - God tro, 159
  - Gyldighedsvirkning, tinglysning, 261
- H
- Haager domskonvention, se Domskonvention, Haager, 208
  - Haagerkonventionen om Indirect Holding, 236
    - PRIMA, 239
    - trusts, 238
  - Haagerkonventionen om trusts, se Trustkonventionen, 210
  - Habere, tenere, 24
- I
- Inconsistent dealing, 193
  - Informationsforpligtelse, 142
  - Injunctions, 72
  - Insuratzation, 364
    - juridisk struktur, 365
  - Intermeddling with trust property, 185
  - Israel, 378
  - ius accrescendi, 36, 104
- J
- Japan, 392
    - Secured Bonds Trust Act, 392
  - Joint tenancy, 36, 104
  - Joint tenants, 56
    - flere, joint tenants, 104
  - Joint will, 121
  - Judicial Trustee, 89
- K
- Kapitalkrav, 373
  - Kaution, 268
  - Knowing assistance, 186
  - Knowing receipt, 189
  - Knowledge, 188
  - kommanditselskab, 215, 251, 288
    - konkurs, 253
  - Konfusion, 88, 243
  - Konkurs, 258, 265
    - individualisering, 269
    - separatist, 270
    - simpel kreditor, 270
    - transactions at an undervalue, 258
  - Konkursforordningen, 228
    - trusts, 229, 231
  - Konkursværneting, 356
  - Korstog, 54, 56
  - Kreationsteorien, 248
  - Kreditkassen for Husejere i Kjøbenhavn, 348
  - Kvalifikation af trust, dansk skatteret, 285
- L
- Law Debenture Trust Corporation plc., 361
  - Leasehold estates, 33
  - Legal ownership, 149
  - Legitimationseksstinktion, 273
  - Len
    - ejendomsret, 245
    - fee, 246
  - Letter of wishes, 137, 411
  - Lex concursus, 356
  - LIBOR, 366
  - Liechtenstein, 377

Life estate, 33, 40  
 Lifting the corporate veil, 353  
 Lighedsprincippet, 143  
 Louisiana, 384  
 Lovvalg  
 – almindelige regler, 201  
 Lovvalsregler, danske, 207, 227  
 Luftfartøjer, 339  
 Luftfartøjsregistreringsloven, 339  
 Luganokonventionen, 206  
 Løsøre, 260

## M

Mareva injunctions, 72  
 Master Servicer, 361  
 Meeting of bondholders, 326  
 Modified fee simple, 46  
 Moodys, 351  
 Mortgage Backed Securitisation, 349  
 – Commercial Mortgage Backed Securities, 357  
 – Residential Mortgage Backed Securities, 357  
 – Collateralized Mortgage Obligations, 357  
 Multiple beskatning, 307  
 Mutual will, 121

## N

Negotiable papirer, 270  
 Nemo dat qui non habet, 266  
 No action clause, 326, 362  
 Nominee, 262  
 Normanniske invasion, 21  
 Note trustee, 355  
 Numerus clausus, 243

## O

Obligation (bonds), 324  
 OECD's modeloverenskomst, 307  
 – personer, begreb, 308  
 – hjemmehørende, 308  
 – retmæssig ejer, 310  
 – sammenslutning af personer, trustees, 309  
 – virkelige ledelse, stedet for, 309  
 Offshore stater, 404  
 – enforcer, 410  
 – kreditorbeskyttelse, 405  
 – letter of wishes, 411  
 – protector, 410  
 – STAR trusts, 407  
 – tvangsarvsbeskyttelse, 405  
 Omstrukturering, 358  
 Omsætningsbeskyttet ret, se  
 tredjemandsbeskyttet ret, 263  
 Ond tro, 160  
 – stifters aftaleerhververe, dansk ret, 259

Oprettelse af trust  
 – grundbetingelser, 86  
 Ordinary life estate, 33  
 Originator, 346  
 Ostensible ownership, 264  
 Ownerships  
 – apparent, 264  
 – ostensible, 264

## P

Panteret – en fordringsret, 377  
 Parallel covenant to pay, 326, 336  
 – dansk ret, 337  
 Parole evidence rule, 73  
 Partialobligationer, 327  
 – aftaleerhververe, 334  
 – kreditorbeskyttelse, 333  
 – repræsentant, 330  
 – sikringsakt, 328  
 – trust indenture, 331  
 Participation certificate, 357  
 Pass-through, 357  
 Paying Agent, 327, 359  
 Pengereglen, 270  
 Periodic tenancy, 33  
 Plain vanilla CMO, 358  
 Possession vaut titre, 266  
 Possibility of reverter, 46  
 Power  
 – of appointment, 133  
 PRIMA, 235  
 – forklaring af, 235  
 Primogenitur, 54  
 Prioritetsvirkning, tinglysning,  
 262  
 Privity of contract, 84, 249  
 Pro forma, 266  
 Protective trusts, 138  
 Protector, 137, 410  
 Provisions of Oxford 1258, 57  
 Public Trustee, 90  
 Puljepension, 215  
 Purpose trust, 140  
 – offshore stater, 405  
 – Uniform Trust Code, USA, 407

## Q

Quare ejecit infra terminum, 31  
 Quebec, 381  
 – fiducie, 381  
 Quistclose trust, 128

## R

Race to the court, 326

## Stikordsregister

- Rating, 352, 354
- Realkredit, 347
- Rescission, 73
- Rectification, 73
- Registrering, dansk ret, 260
- Regnskaber, 142
- Remainder, 41
- Remedial constructive trusts, 194
- REMIC's, 357
- Renter, 310
- Reputed ownership, 156
- Restructuring, se omstrukturering, 358
- Resulting trust, 123
  - automatic, 124
  - presumed, 124
  - quistclose trust, 128
- Resulting use, 61, 123
- Reversion, 41
- Right of entry, 47
- Romkonventionen, 210
- Royalties, 310
- Rule against perpetuities, 96
  - contingent future interests, 97
  - lives in being, 97
  - 'wait and see' rule, 98
- Rule against remoteness, se rule against perpetuities, 96
- Rusland, 379
  
- S
- Saunders v Vautier, 132
- Secret trust, 117
  - fully, 118
  - half, 118
- Securitisation, 346
  - Asset Backed, 349
  - Assignment, 352
  - balance sheet window dressing, 354
  - bankruptcy remote, 353
  - Collateralized Debt Obligations, 349
  - Collateralized Mortgage Obligations, 349
  - Finland, 371
  - fordele, 348
  - fremtid, dansk ret, 367
  - Mortgage Backed, 349
  - Novation, 352
  - off-balance, 349
  - on-balance, 349
  - originator, 346
  - rating, 354
  - realkredit, 347
  - servicer, 354
  - sub-participation, 352
  - true sale, 353
  - Special purpose Vehicle, 353
- Security trustee, 355
- Seisin, 25, 383
- Selskabsmasken, 353
- Selvbåndlæggelse, 138, 249
- Separatist, 270
- Servicer, 354
- Settlement finality direktivet, se finalitydirektivet, 232
- Settlor, se stifter
- Severance, 37
- Shapeless trust, 213, 214, 223
- Shifting interests, 43
- Skat
  - finansielle kontrakter, 373
- Skatteret, 285
  - boafgift, 297
  - dobbeltbeskatning, 307
  - gaveafgift, 297
  - karantæneperiode, 301
  - kontrolbegrebet, 304
  - lav beskatning i stat, 300
  - multiple beskatning, 307
  - succession, 295
  - transparent, 295
  - tvungen sambeskatning, 304
- skat, trustens, 144
- Skotland, 380
- Sleeping partners, 255
- Solvenskrav, 373
- Special Purpose Vehicle, 352, 353
- Special trust, 114
- Species, 269
- Specific performance, 72
- Sporing, se tracing, 165
- Springing interest, 43
- Standard & Poors, 351
- STAR trusts, 407
  - enforcer, 408
  - rule of perpetuities, 409
  - Saunders v. Vautier, 410
- Statute De Donis Conditionalibus 1285, 39
- Statute of Uses 1535, 59
- Statute of Wills 1540, 61
- Statute Quia Emptores, 23
- Statutory trusts, 108
- Stiftelse
  - afgift, fondsbeskatning, 299
  - grundbetingelser, 86
- Stifter, 88, 103, 258
  - aftaleerhververe, dansk ret, 259
  - skattemæssige konsekvenser, dansk ret, 293
- Stille deltagere, 255
- Stille selskab, 255

- Strict settlement, 64
  - anvendelse, 66
- Subinfeudation, 22
- Subjektiv skattepligt, 308
  - trustee, OECD, 308
- Subordination of interest, 164, 171
- Sub-Participation, 353
- Substitution, 22
- Sub-trust, 115
- Successionsrækkefølge, 68, 262, 278
- Surrogat, 165
- Svigagtig adfærd, 195
- Sydafrika, 378
- Særeje, 276
  
- T
- Tenancy at suffreance, 34
- Tenancy at will, 33
- Tenancy in common, 36
- Tenant, 24
- Tenures Abolition Act, 27
- Term of years, 33
- Testamente
  - gensidigt, 121
- Testamentsvollstreckung, 279
- Three certainties, 86
- Tidsmæssig udstrækning, dansk ret, 276
- Tinglig ret, se tredjemandsbeskyttet ret, 263
- Tinglig surrogation, 267, 271, 274
  - med subjektskifte, 268
  - Treuhand, 399
- Tinglysning, 261
- Tingsindbegreb, forbud mod pant i, 336
- Title, 215
- Tracing, 165
  - bankkonti, 176
  - fysisk sammenblanding, 171
  - identifikation af surrogat, 167
  - sammenblandet substitution, 169
  - subrogation, 175
  - værdi sammenblanding, 171
- Tranches, 357
- Transaktionsomkostninger, 373
- Tredjemandsaftale, 248
- Tredjemandsbeskyttet ret, 263
- Treuhand, 279
  - Anderkonten, 400
  - Aussonderungsrecht, 403
  - definition, 393
  - Drittbegünstiget, begunstiget, 402
  - Drittwiderspruchklage, 396, 400, 403
  - guten Treuen, 397, 398
  - informationspligt, 398
  - konkurs, 396, 403
  - tinglig surrogation, 399
  - Treugeber, 395
  - Treuhänder, 397
  - Unmittelbarkeitsprinzip, 399, 400
  - Widerspruchsklage, 403
- True sale, 352, 353
- Trust
  - bare, 114, 131
- Trust
  - bona fide purchaser, 158
  - charitable, 140
  - constructive, 178
  - declaration of trust, 108, 111
  - de son tort, 194
  - discretionary, 133
  - disposition of an equitable interest, 108
  - disposition of an equitable right, 113
  - formkrav, 111
  - grundtyper, 107
  - personkreds, 88
  - protective, 138
  - resulting, 123
  - secret, 117
  - special, 114
  - statutory, 108
- trust corporation, 91, 95
- Trustee, 88
  - adkomstrubrik, 261
  - aftaleerhververe, 157
  - – dansk ret, 271
  - antal, 89
  - breach of trust, 147
  - diskretionære beføjelser, 143
  - ej fuldt skattepligtig til Danmark, 297
  - express, 108
  - fuld skattepligt, 296
  - fysisk person, 89
  - hjemmehørende, OECD, 308
  - hæftelse, 144
    - – begrænsning i, 146
  - informationsforpligtelse, 142
  - juridisk person, 89
  - krav mod begunstiget, 146
  - kreditorer, 154
    - – dansk ret, 259
    - – personlige, 155
  - legal owner, 149
  - lighedsprincippet, 143
  - myndighed, 89
  - regnskab, 142
  - retmæssig ejer, OECD, 310
  - skat, 144
  - skadesløsholdelse, 144
  - skattemæssige konsekvenser, dansk ret, 294

## Stikordsregister

- statsborgerskab, 89
- subjektiv skattepligt, OECD, 308
- vederlag, 146

### Trust for Bond Holders

- juridisk konstruktion, 325
- sikringsakt, 326

### Trust for debenture holders, 324

### Trust Indenture, 327

### Trustkonventionen

- andre retsinstitutter, 213
- anerkendelse, 219
- diskretion, 221
- kommanditselskab, 215
- lovvalg, 217
- - flere, 218
- - ændre, 219
- nominee, dansk, 216
- ordre public, 225
- præceptive lovbestemmelser, 223
- puljepension, 215
- registrering af rettigheder, 220
- renvoi, 225
- shapeless trust, 213, 214, 223
- tredjemands retsstilling, 220

### trust-kreditor, begreb, 261

### Trust property, 87

### Tvangsarv, 276

### Tvangsauktion, 261

### Tvungen sambeskatning, 304

- trusts, 306

- udbytte, 305

### Tyskland, 379

- Treuhand, 393

## U

### Udbytte, 310

### Udgifter, 144

- rimelige, 145

### Undue influence, 194, 195

### Urimelig indflydelse, se undue influence, 194

### USA, 384

### Use, 55

- resulting, 123

### Use upon a use, 61

## V

### Vårdpapierisering, Sverige – SPV, 368, 369

### Verdipapierisering, Norge, 371

### Vested remainders, 44

### Vollrechtstreuhand, 396

### Volunteer, 159

### Vor- und Nacherbschaft, 279

## W

### Wardship, 54

### Webb v Webb, 203, 209

### World Trade Center, terrorangreb, 365

## Z

### Zero Coupon, 358