



LUND UNIVERSITY

Kommersiella trustar - ett ombärligt verktyg i affärlivet

Olsson, Katarina

Published in:
Modern Affärsrätt

2017

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Olsson, K. (2017). Kommersiella trustar - ett ombärligt verktyg i affärlivet. I B. Nyström, N. Arvidsson, & B. Flodgren (Red.), *Modern Affärsrätt : En antologi* (s. 229-250). Wolters Kluwer.

Total number of authors:
1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

SÄRTRYCK UR
MODERN AFFÄRSRÄTT

Kommersiella trustar – ett oumbärligt verktyg i affärlivet

Katarina Olsson

1 Bakgrund

Den här artikeln¹ handlar om kommersiella trustar, dvs. det som i den anglosachsiska världen kallas för *commercial trusts* eller *business trusts*.² Trustens flexibilitet tillsammans med det starka skyddet för förmånstagarernas rätt gör att den är ett mycket vanligt instrument inom den kommersiella världen. Trusten är elastisk, dynamisk och anpassningsbar vilket gör att den passar för transaktioner inom affärsjuridiken.³ En trust kan utformas för att göra ungefär det man kan göra i ett bolag och mycket mer, åtminstone i teorin. Den är helt enkelt mer användbar än bolag och andra strukturer i affärlivet.⁴

Trusten kan spåras tillbaka till 1500-talets England och uppkom som en form av egendomsförvaltning kopplad till en familj. Ännu i dag är trusten ett viktigt instrument för att organisera en generationsövergång av en förmögenhet, särskilt i de fall det handlar om stora värden eller komplexa familjeförhållanden.⁵ Under 1900-talet ökade användningen av trusten för

1. Denna artikel är författad med ekonomiskt stöd från Vetenskapsrådet och Torsten Söderbergs stiftelse inom ramen för mitt övergripande forskningsprojekt "Kan man lita på en trust?".

2. Jag använder en svensk terminologi enligt SAOB, dvs. trust, trusten, trustar. I många fall går det inte att hitta en passande översättning för en engelsk term och jag har då valt att behålla den engelska termen.

3. Rounds, Jr., C.E., Rounds, III, C.E., Loring and Rounds: A Trustee's Handbook, Wolters Kluwer, 2016, s. 1481 (cit. Loring & Rounds).

4. Loring & Rounds, s. 1331 ff. Se också Hansmann, H., Mattei, U., The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, 73 N.Y.U.L. Rev. 434 1998, s. 434–479.

5. Langbein, J.H., The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce, 107 Yale L.J. 165 1997–1998, s. 165–189.

förvaltning av egendom med kommersiella syften.⁶ I dag är den kommersiella trusten antagligen den dominerande trustformen, åtminstone i USA och i många skatteparadis.⁷ Enorma summor pengar ligger förvaltade i kommersiella trustar.⁸

Syftet med denna artikel är att skapa kunskap om trusten som rättsfigur och en förståelse för hur den används i common law-världen och då särskilt i affärlivet.⁹ Utgångspunkten är den angloamerikanska trusten, såsom den har utvecklats under århundraden i England och USA och där som en del av det rättsliga området *equity*. Men trustformen används även i många andra länder med common law-tradition och börjar nu också förekomma i länder med civil law-tradition.¹⁰

Någon kan nu få för sig att artikeln handlar om en motsvarighet till den svenska stiftelsen och särskilt den näringsdrivande stiftelsen. Så är det inte alls. Det finns mycket få likheter mellan en kommersiell trust och en näringsdrivande stiftelse.¹¹ Det handlar alltså om en utländsk rättsfigur

6. Hayton, D., *Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe*, A Report for The Association of Corporate Trustees, <http://www.tact.uk.net/wp-content/uploads/2015/02/The-Hayton-Report.doc> samt *Trusts & Trustees*, Vol. 8, Issue 5, April 2002, s. 22. Se även Langbein, J.H., *The Secret Life of the Trust*, Wood, P.R., *Commercial Trusts in an International Context*, *Trusts & Trustees*, Vol. 19, No. 3&4, April/May 2013, s. 267–274.

7. Det finns också många trustar med allmännyttiga ändamål, s.k. *charitable trusts*. Dessa trustar liknar våra svenska allmännyttiga stiftelser och från dessa bortses i denna artikel.

8. Wood. Det har visat sig mycket svårt att hitta aktuella statistiska uppgifter om antal trustar och förvaltad kapital.

9. Indelning av rättssystem i olika grupper är inte självklar, se Bogdan, M., *Komparativ rättskunskap*, Norstedts, 2003, s. 76 ff. Jag utgår från common law som är rättssystemet i bl.a. USA och England. Civil law är i detta sammanhang främst det område som kan kallas kontinentaleuropeisk rätt. Sverige är en del av civil law-familjen.

10. Se t.ex. de Waal, M.J., *In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context*, 12 *Stellenbosch L. Rev.* 63 2001, s. 63–85, Langbein, J.H., *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 1995 *Yale L.J.* 625, s. 669, s. 627–675, *The Worlds of the Trust*, Smith, L., (ed.) Cambridge University Press, 2013, Gretton, G.L., *Trusts Without Equity*, 49 *Int'l & Comp. L.Q.* 599 (2000), s. 599–620, Hayton, D.J., Kortmann, S.C.J.J., Verhagen, H.L.E. (red.), *Principles of European Trust Law*, Kluwer, 1999, Sheedy, J., *Civil Law Jurisdiction and the English Trust Idea: Lost in Translation?*, 20 *Denning L.J.* 173 2008, s. 173–184, Cantin Cumyn, M., *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re-imagining the Trust*, Smith, L., (ed.), Cambridge University Press, 2012, s. 6–28, Rounds, Jr., C.E., Illés, I., *Is a Hungarian Trust a Clone of the Anglo-American Trust or just a Type of Contract?: Parsing the Asset-Managing Provisions of the New Hungarian Civil Code*, 6 *Geo. Mason J. Int'l Com. L.* 153 (2015), s. 152–176.

11. Feldhusen menar att det är svårt att komma på en dansk rättsfigur som kan ersätta trusten, Feldhusen, R.K., *Trusts*, Thomson, 2002, s. 374. Aardal menar att trusten inte har någon motsvarighet i norsk rätt, Aardal, G., *Bør vi anerkjenne trustar i Norge?*, i Anderssen, H.B. & Bråthen,

som inte har någon motsvarighet i svensk rätt. Det finns helt enkelt ingen svensk trust.¹²

Beteckningen kommersiell visar på ett område där trusten används. En kommersiell trust används i en finansiell transaktion eller en affärsmässig relation. Det sker alltså som regel ingen kommersiell aktivitet i själva trusten i form av t.ex. drift av en näringsverksamhet utan benämningen hänvisar till att trusten används i en kommersiell omgivning. I stora delar av common law-världen, särskilt i England och USA, kan man inte tänka sig ett liv utan trust.

Lepaulle uttrycker trustens användbarhet på följande sätt.

”They are like those extraordinary drugs curing at the same time toothache, sprained ankles, and baldness sold by peddlers on the Paris boulevards; they solve equally well family troubles, business difficulties, religious and charitable problems. What amazes the sceptical civilian is that they do really solve them!”¹³

Ett exempel på en mer juridisk beskrivning av trusten är följande:

”A trust [...] is a fiduciary relationship with respect to property, arising from a manifestation of intention to create that relationship and subjecting the person who holds title to the property to duties to deal with it for the benefit of charity or for one or more persons, at least one of whom is not the sole trustee.”¹⁴

Enklare uttryckt är trusten ”a fiduciary relationship with respect to property to which the trustee has the title.”¹⁵ Om man frågar en engelsk jurist vad en

T. (red.), *Moderne Forretningsjus III*, Fagbokforlaget, 2016, s. 430. Aardal menar vidare, s. 435, att de flesta stora norska utlandsförmögenheter är organiserade i trust. Det finns såvitt jag vet ingen svensk statistik eller information om ”svenska” trust och många trust med svenska intressen är nog inte ens kända för svenska myndigheter eller andra intressenter.

12. Däremot har vi rättsliga konstruktioner som till sin funktion kanske liknar trusten och trusten dyker allt oftare upp med kopplingar till Sverige. En utredning av detta faller utanför ramen för denna artikel. För den knapphändiga svenska litteraturen rörande trust hänvisas främst till området skatterätt, se Gunne, C., *Skattefrågor kring trust*, Svensk Skattetidning 2011, s. 129–140, Kleist, D., *En skatterättslig analys av trust-institutet*, Akademisk Årsskrift, Skattenytt 2014, s. 3–37, Kleist, D., *Trusts and Foreign Foundations in Swedish Law*, Trusts & Trustees, Vol. 17, Issue 6, July 2011, s. 622–629, Simon, K., *Några problem kring upprättande av trust*, Svensk Skattetidning 1998, s. 461–470, Simon, K., *Trust*, Skattenytt 1992, s. 408–419, Staberg, L., *Utländska motsvarigheter till svenska investeringsfonder*, Skattenytt 2008 s. 99, Hessler, H., *Om stiftelser*, Norstedts Juridik, 1952, berör kort trust i ett civilrättsligt perspektiv. Se även Olsson, K., *Can you Trust a Trust?*, i Lindskoug, P., Maunsbach, U., (red.), *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Juristförlaget i Lund, 2013, s. 433–445.

13. Lepaulle, P., *Civil Law Substitutes for Trusts*, 36 Yale L. J. 1126 1926–1927, s. 1126–1147.

14. American Law Institute Restatement (Third) of Trusts, Volume 1, Ch.1 § 2, Foundation Press, 2003. Samtliga restatements finns tillgängliga på heinonline.

15. Loring & Rounds, s. 1334.

trust är så kan man få de mest varierande svar, allt beroende på i vilket sammanhang trusten används. Helt klart är att vi har att göra med en rättsfigur som har anor från korsriddartidens England.¹⁶

Även om man traditionellt i common law-världen behandlar trusten som en form av benefikt arrangemang genom en gåva eller testamente, så är det inte inom detta område som trusten har sin stora expansion utan det handlar om affärsmässiga situationer där syftet är att förvalta och tjäna pengar. På många områden är trusten ett alternativ till ett bolag eller en annan associationsrättslig struktur.¹⁷ Schwarcz menar att denna utveckling har skett utan en systematisk förståelse för om trusten är en bättre organisationsform än ett bolag i motsvarande situation. Få författare har funderat över om gällande trusträtt är ändamålsenlig för att reglera kommersiella trustar.¹⁸

Trusten som organisationsform dominerar i dag vissa typer av affärstransaktioner och då särskilt transaktioner inom finanssektorn.¹⁹ En stor del av alla huslån, kreditkortslån, billån och studentlån finansieras genom en trust. Pensionsmedel för många miljarder förvaltas genom trustar.²⁰ Andelsägande till fastigheter och värdepapper organiseras genom en trust

16. Det finns de som menar att trusten har sitt ursprung i den islamiska kulturen i form av en wakf, där någon i en familj tog hand om egendom för att ge vidare till de i familjen som behövde. Det skulle sedan vara korsriddarna som tog detta institutet med hem till Europa. När korsriddaren skulle ut och strida behövde han någon som kunde ta hand om egendomen och ha den rättsliga befogenheten att fatta beslut för egendomens räkning. Korsriddaren överförde egendomen till någon han litade på, *someone he trusted*. När korsriddaren kom tillbaka hem fick han tillbaka egendomen. Ett annat spår i historien är att trusten kommer från franciskanermunkarna. De hade svurit att leva i fattigdom och fick inte äga något själva. För att ta hand om de gåvor som kom in till munkarna så uppstod trusten. Förvaltaren skulle se till att överföra trustmedel till munken så att denne kunde överleva. Se t.ex. Hudson, A., *Principles of Equity and Trusts*, Routledge, 2016, (cit.: Hudson, *Principles*).

17. Schwarcz, S.L., *Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery*, 58 *Bus. Law.* 559 2002–2003 s. 560, s. 559–585, (cit.: Schwarcz, *Unraveling the Mystery*), konstaterar att det finns relativt lite forskning kring kommersiella trustar och det finns inte något klart svar på frågan om när en trust lämpar sig bättre för ett affärsmässigt arrangemang än ett bolag. Se även Hansmann & Mattei, som behandlar frågan utan att komma fram till om det är någon större skillnad mellan trusten och bolaget i ett kommersiellt perspektiv. Schwarcz, *Unraveling the Mystery*, påpekar också, s. 564, att det som benämns en trust ibland inte är en trust och i andra fall att det verkligen är fråga om en trust även om konstruktionen inte benämns trust.

18. Schwarcz, *Unraveling the Mystery*, analyserar dessa frågor i artikeln och kommer fram till att kommersiella trustar och bolag är varandras spegelbilder som båda kan svara upp till de behov en investerare har. Se även Schwarcz, S.L., *Commercial Trusts as Business Organizations: An Invitation to Comparatists*, 13 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 321 2003, s. 321–336. (cit.: Schwarcz, *An Invitation to Comparatists*).

19. Schwarcz, *Unraveling the Mystery*, s. 559.

20. Langbein, *The Secret Life of the Trust*, s. 172.

och finansmarknadens aktörer uppfinner hela tiden nya konstruktioner där trusten utgör ett fantastiskt flexibelt och användbart verktyg för att skapa säkerhet och skydd mot insolvens, krav från borgenärer och andra intressenter. *Mutual funds* i USA och *unit trusts* i England förvaltar enorma summor för andelsägarnas räkning. Den viktigaste utvecklingen av trust-institutet under 1900-talet har handlat om hur man inom finansvärlden allt oftare använder truststrukturen. Det är också inom detta område som trusten har spridit sig över världen.²¹

Det är troligen en hel del svenskar och svenska företag som har intressen i en trust, i många fall utan att veta om det eftersom trusten ”förkläds” som t.ex. en värdepappersfond, ett försäkringsarrangemang eller en pensionsfond. I många fall upprättas trusters enligt standarddokument av svenska rådgivare som kanske inte alls känner trustens legala struktur.

I den här artikeln redogör jag för hur en trust kan fungera som ett instrument för att reglera rättigheter och skyldigheter i affärslivet, särskilt i samband med olika typer av investeringar. Det kan tyckas som en helt omöjlig uppgift eftersom såväl den faktiska som den rättsliga miljön är okänd eller åtminstone ovan för de flesta av oss i Sverige.

Vi rör oss inom *equity*, den del av rättssystemet inom common law som uteslutande reglerar trusten. Common law och *equity* är ett mysterium som kräver en intellektuell omställning för att bli åtminstone gripbar för oss svenska jurister. Den som verkligen vill bena ut de rättsliga banden i trusten och de juridiska grunderna i *equity* måste ta sats, ha ett öppet sinne och gilla att läsa gamla rättsfall. Eftersom vi svenska jurister inte riktigt förstår vad en trust är för något så känner vi också en naturlig skepsis mot denna främmande fågel. Många tror att trusten är en stiftelse.²² Det som komplicerar bilden ytterligare är att jurister i common law-världen respektive civil law-världen inte har en gemensam terminologi eller förståelse för de för trustvärlden centrala begreppen som t.ex. *tracing* och *fiduciary*.

Man kan fråga sig om en kommersiell trust också skulle vara en användbar konstruktion utanför common law länderna, t.ex. i Sverige. Svaret är ja

21. Loring & Rounds, s. 1332, redogör för den historiska utvecklingen.

22. Ett aktuellt exempel är diskussionen om hur Donald Trump ska hantera sina företag under tiden som president i USA. I svensk media uppges felaktigt planen vara att han kommer att flytta huvuddelen av sina företag till en stiftelse, <http://www.di.se/nyheter/trump-den-storsta-gud-har-skapat/>. Amerikansk media uppger att ”the Trump Organization will be placed into a blind trust to prevent a conflict of interest when Donald Trump becomes president”, <http://www.cnn.com/2016/11/10/the-future-of-donald-trumps-businesses.html>. En *blind* trust är en trust där förmånstagaren, här Donald Trump, inte har någon insyn i trusten och alltså inte kan påverka förvaltningen.

men vägen dit är komplicerad och jag kommer i slutet av denna artikel att kort beröra frågan. Jag kommer nu inledningsvis att ge en beskrivning av equitysystemet och rättsfiguren trust. Därefter fokuserar jag redogörelsen på den kommersiella trusten.

2 Common law och Equity

Rättssystemet i England, USA och stora delar av common law-världen består av två delar. En del är de rättsregler som utvecklas inom *common law*, den allmänna rätten. En annan del består av den del av rättssystemet som kallas *equity*. På vissa områden finns också *statute law*, dvs. skrivna lagar som reglerar trusten.²³ Rättvisa och ”det goda samvetet” (*good conscience*) är viktigt inom *equity*²⁴, som styrs av ett antal principer. Dessa principer har utvecklats under århundradena och talar om vad som är skäligt och rättvist. Equity ska rätta till ett oskäligt eller orättvist resultat som skapas genom tillämpning av *common law*.

Från början av 1500-talet användes *equity* helt enkelt för att mjuka upp *common law*, den allmänna rätten, för att nå ett skäligt eller rättvist resultat. Det var kungen själv som skapade regelverket inom *equity* genom sina beslut och när han så småningom fick för många ärenden på sitt bord överlät han rättsskipningen till sin närmaste man, Lord Chancellor. Frågor om trustar har hela tiden legat inom *equity*, vilket är viktigt att förstå för den som arbetar med trustar. Tillgängliga rättsmedel i form av t.ex. yrkanden och sanktioner följer reglerna inom *equity*. Rättsutvecklingen sker nästan uteslutande genom rättspraxis. Inom den värld där kommersiella trustar används är man mer benägen att lösa tvister genom förlikning och skiljedom än genom domstolsförhandlingar vilket gör att det inte finns särskilt mycket rättspraxis som rör just kommersiella trustar. Även här får vi då förlita oss till den mer generella rättspraxis som finns och den är ofta av äldre datum, kanske flera hundra år gammal.²⁵

23. Så är fallet i England med t.ex. Charities Act 2013, som reglerar bl.a. de trustar som har ett allmännyttigt ändamål.

24. Detta illustreras i *Earl of Oxford's case* (1615) 1 Ch Rep 1 där Lord Ellesmere säger att the Chancellor, som på den tiden hade att tillämpa equity, skulle ”correct men's consciences for fraud, breach of trusts, wrongs and oppressions... and to soften and modify the extremity of the law”. Rättsfallet gav också upphov till den viktiga principen att *equity* går före *common law*.

25. För en redogörelse av *equity* i förhållande till trustar, se hänvisningarna nedan i not 29.

3 Trustens grundstruktur

Med utgångspunkt i de beskrivningar av trusten som framgår ovan kan konstateras att trusten är en form av egendomsförvaltning. Genom trusten kan man rättsligt organisera rättigheter och skyldigheter till en viss egendom, där olika personer kan tilldelas olika äganderättsliga drag.

Det finns många skäl till att man skapar en trust men ofta handlar det om en planering inför ett generationsskifte antingen i levande livet eller genom ett testamente. Det finns en benefik avsikt men också ett intresse av att styra och kontrollera hur egendom ska flyttas från en hand till en annan kanske i flera led och flera generationer. Många bildar trusters av skatteskal och här har troligen de flesta kommersiella trusters sin grund. Trusten kan också vara ett sätt att skapa ordning och reda i en affärsrelation, genom att rättigheter och skyldigheter fördelas genom trusten. Kort sagt finns det inte någon typtrust, lika lite som det finns något typavtal.²⁶ Däremot förekommer en mängd standardiserade dokument för att upprätta och förvalta trusters. De är enkelt sökbara på internet men det är svårt att säga något om deras kvalitet och ändamålsenlighet.

Varje form av egendom kan utgöra en trustegendom. Vem som helst med rättslig handlingsförmåga kan bilda en trust. Vem som helst kan vara förmånstagare. Det är alltså en mycket flexibel rättsfigur vi talar om och just flexibiliteten anförs ofta som trustens styrka, till skillnad från t.ex. bolag som är betydligt mer statiska genom detaljreglering i lagstiftning.²⁷

För att upprätta en trust behövs tre parter eller aktörer – en upprättare (*settlor*), en förvaltare (*trustee*) och en förmånstagare (*beneficiary*).²⁸ Upprättaren avskiljer egendom från sin egen egendomssfär och överläter egendom till förvaltaren som har att ta hand om egendomen för en förmånstagares räkning. En trust är inte en juridisk person och därmed inte ett rättssubjekt. Det är förvaltaren som är den rättslige ägaren (*legal owner*) till egendomen. Man säger att förvaltaren har *legal title* till egendomen. Detta innebär t.ex. att förvaltaren är lagfaren ägare till en fast egendom i trusten. Gentemot hela världen är det förvaltaren som är ägare.²⁹ Det är alltså uteslutande förvaltaren som rättshandlar för trusten.

26. För en indelning av trustväsendet, se hänvisningarna nedan i not 29.

27. Se t.ex. Schwarcz, *Unraveling the Mystery*, s. 573 ff. och Loring & Rounds, s. 1331.

28. Beteckningarna är helt mina egna eftersom det inte finns någon vedertagen terminologi på svenska.

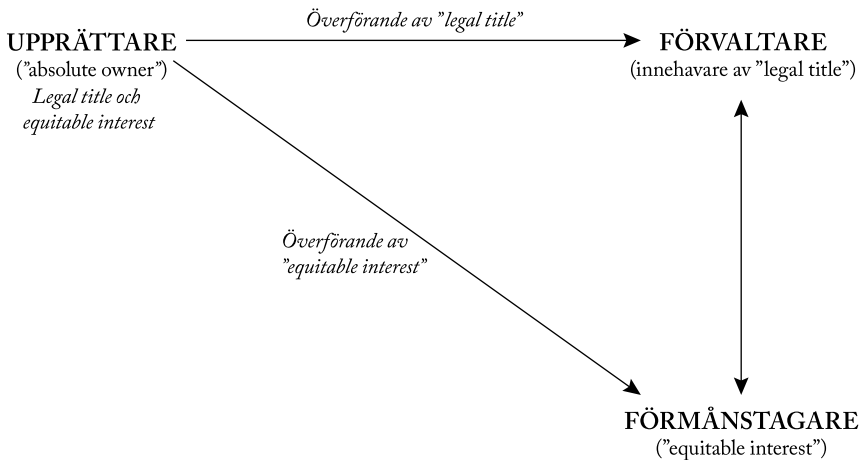
29. Det finns många tjocka böcker som behandlar trusten. Rörande England se t.ex. Pettit, P.H., *Equity and the Law of Trusts*, Oxford University Press, 2012, Hanbury & Martin, *Modern*

Förmånstagaren har *equitable interest* i egendomen och betecknas som *equitable owner*. Det är förmånstagaren som till slut ska få egendomen. Förvaltarens enda uppgift är att sköta egendomen för förmånstagarens räkning. Det är förvaltaren som har plikter och skyldigheter. I trusten finns det alltså två typer av "personer" som har parallella rättigheter i egendomen. Detta är förstås för oss svenskar väldigt märkligt, att två personer kan äga samma sak, och vår förvirring kan troligen falla tillbaka på vår syn på äganderätten som skiljer sig från den anglosachsiska synen.

Trusten i sin enklaste form består alltså av tre personer, kanske tre individer. Men för att komplicera bilden ytterligare kan upprättaren också vara förvaltare och även vara förmånstagare, men får då inte vara ensam förvaltare eller ensam förmånstagare. Upprättaren kan alltså vara en av förvaltarna och en av förmånstagarna. Som upprättare kan man skapa många olika konstellationer i en trust med den begränsningen att en ensam upprättare inte kan vara ensam förvaltare och ensam förmånstagare. Då har det ju inte hänt något med ägandet till egendomen. Den är fortfarande i samma persons hand och det föreligger ingen giltigt bildad trust. Förmånstagare kan vara flera hundra personer, vilket är vanligt i många kommersiella trustar. Det är också vanligt att förmånstagarna har tillträde till egendom i en tidsmässig ordning. Så kan vara fallet om egendomen först ska gå till upprättarens maka vid upprättarens död och vid hennes död till två av de tre gemensamma barnen och därefter slutligen till äldsta dotterns äldsta son. I kommersiella trustar är detta inte särskilt vanligt eftersom förmånstagarens rätt i trustegendomen ofta styrs av de villkor förmånstagaren själv satt upp eller anslutit sig till. Om förmånstagaren har rättigheter i en *pension trust*, handlar det om pension som betalas ut till förmånstagaren. Om förmånstagaren har investerat kapital i en *investment fund* vill förmånstagaren få tillbaka detta kapital plus en förväntad avkastning vid en viss tidpunkt som förmånstagaren själv bestämmer.

Equity, Sweet & Maxwell, 2012, *Moffat's Trusts Law*, Cambridge University Press, 2015, Hudson, A., *Equity and Trusts*, Routledge, 9 uppl. 2017, (cit.: Hudson, Equity). Rörande USA se t.ex. Rounds, Jr, C.E., Rounds, III, C.E., *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, Wolters Kluwer, 2016, Loring & Rounds hänvisar frekvent till Bogert, G.G., Bogert, G.T., *The Law of Trusts and Trustees*, 1984, och till Scott, A.W., Fratcher, W.F., Ascher, M.L., *Scott and Ascher on Trusts*, 2006, vilka betraktas som standardverk i USA. Alla dessa generella trustböcker uppdateras kontinuerligt och innehåller alla ett avsnitt om *commercial trusts* eller *business trusts*. Därutöver finns en stor mängd artiklar i mer allmänna juridiska tidskrifter och också tidskrifter av mer specialiserad art, t.ex. *Trusts & Trustees*. För en grundläggande komparativ aspekt, se Fratcher, W.F., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VI Chapter 11 Trust, Lawson, F.H., (red.), J.C.B. Mohr, 1973.

Skissen nedan visar de rättsliga banden i en trust:



Upprättaren är från början *absolute owner*, dvs. har både *legal title* och *equitable title*. När trusten upprättas förs *legal title* till förvaltaren och *equitable title* till förmånstagaren. Mellan förvaltaren och förmånstagaren fördelas sedan enligt trusträtten rättigheter och skyldigheter till egendomen, där förvaltaren nästan enbart har skyldigheter (*fiduciary duties*) medan förmånstagaren i princip enbart har rättigheter. Förvaltaren är dessutom skyldig att följa de föreskrifter för trusten som upprättaren lämnat i ett trustdokument. När trusten är upprättad upphör upprättarens rätt till trustegendomen, då i sin egenskap av upprättare. Men upprättaren kan t.ex. vara förmånstagare. Om upprättaren är en av förvaltarna och en av förmånstagarna får denne individ agera som tre olika personer med olika kapacitet i olika situationer. Detta är onekligen något förvirrande för oss svenska jurister men fullständigt normalt och självklart för en engelsk trustjurist. I kommersiella truster torde det vanligaste vara att förvaltaren är en juridisk person, i form av t.ex. en enhet inom en bank.

För att det ska föreligga en giltigt bildad trust ska tre *certainities* – klarheter – vara uppfyllda. *Certainty of intention* innebär att det ska vara klart att syftet med arrangemanget är att upprätta en trust. *Certainty of subject matter* innebär att det ska vara klart vilka tillgångar eller rättigheter som täcks av trusten, dvs. ingår i trustegendomen. Slutligen, *certainty of objects*, innebär att det ska vara klart vem som har rätt till förmåner från trusten, dvs. kretsen av förmånstagare. Saknas någon av dessa tre klarheter är trusten ogiltig. Sett till en kommersiell trust är det sällan oklarheter i fråga om

syftet eller kretsen förmånstagare. I fråga om den andra punkten, *certainty of subject matter*, är det oftare frågetecken. I t.ex. en *investment fund* säljs och köps värdepapper kanske varje dag eller varje vecka. Det måste då gå att avgöra vilka tillgångar som hålls i trusten vid ett specifikt tillfälle och vilka rättigheter som förmånstagarna har i de olika delarna av trustegendomen. Till förvaltarens skyldigheter hör att se till att trustegendomen hålls skild från egendom som inte omfattas av trusten. Förvaltaren kan alltså inte på ett bankkonto blanda trustegendom och icke-trustegendom. Om förvaltaren förvaltar många trustar måste varje trusts egendom vara separerad från annan egendom.

De trustar som jag behandlar fortsättningsvis är sällan eller aldrig så enkla som har skisserats ovan. Ofta är förvaltaren en institution eller en bank eller en annan kommersiell aktör som kanske inte gör något annat än förvaltar flera hundra trustar. Förmånstagarna kan vara flera tusen och komma och gå ur systemet, som t.ex. i en *investment fund* eller en *pension trust*.³⁰ Men ser man till den rättsliga strukturen med det delade ägandet mellan förvaltare och förmånstagare och de rättigheter och skyldigheter som följer med respektive roll så finns själva grunden där i alla trustar. Det gäller bara att gräva tillräckligt djupt för att hitta kärnan.

Med trusten följer det regelverk som kallas *fiduciary duties* i den anglosachsiska världen.³¹ Detta regelverk syftar till att skydda de intressen och rättigheter som förmånstagaren har. En förvaltare av en trust är *fiduciary* och med detta följer vissa plikter som inte kan avtalas bort (s.k. *fiduciary duties*). De ligger helt enkelt i förvaltaruppdraget.³² Förvaltaren ska automatiskt agera enligt de principer som följer av detta regelverk, utan att det behöver regleras i ett trustdokument av upprättaren. Förvaltarens skyldigheter inom ramen för *fiduciary duties* är själva kärnan i trustkonstruktionen. Utan detta vore trusten inget annat än ett fullmaktsförhållande (*agency*).³³

30. För en beskrivning av strukturen av vissa kommersiella trustar se, Rounds, Jr., C.E., Dehio, A., Publicly-Traded Open End Mutual Funds in Common Law and Civil Law Jurisdictions: A Comparison of Legal Structures, N.Y.U.J.L. & Bus. 473 2006–2007, s. 474–518.

31. För en redogörelse av *fiduciary duties* i trustar, se något av de större verk som nämns i not 29.

32. Det finns en viss likhet mellan uppdraget för en trustförvaltare och en svensk syssloman, men det går inte att sätta likhetstecken mellan de båda.

33. Begreppet på engelska är *agency* och är mer vidsträckt än fullmaktsbegreppet på svenska. *Agency* omfattar även agentförhållanden och andra typer av konstruktioner med en mellanman, Se Adlercreutz, A., Gorton, L., Lindell-Frantz, E., Avtalsrätt I, Juristförlaget i Lund, 14 uppl. 2016, s. 368.

De två viktigaste principerna för en *fiduciary* är lojalitet och *prudence* (omsorg). Lojalitetsprincipen innebär att förvaltaren ska förvalta trusten enbart i förmånstagarnas intresse. Förvaltaren får alltså inte gynna sig själv och får inte gå in i en intressekonflikt som kan strida mot förmånstagarnas intresse. *Prudence* innebär att det finns en skälighetsnorm där förvaltaren har en skyldighet inför förmånstagaren att agera med aktsamhet, omsorg, försiktighet och klokhet. Det finns sedan inom truststrätten mer detaljerade regler om vad detta innebär.

I en modern kommersiell trust som t.ex. en *investment fund* krävs att förvaltaren har vittgående möjligheter att handla med trustegendomen, t.ex. köpa och sälja värdepapper. Men tvingande *fiduciary law* omgärdar och kontrollerar denna möjlighet och grunden är att en förvaltare alltid ska agera med förmånstagarnas bästa intresse för ögonen.³⁴ Vissa av de regler som styr förvaltaren är dispositiva och upprättaren kan därför anpassa förvaltningen till de behov som finns genom föreskrifter i trustdokumentet vid trustens upprättande.³⁵ Alla förvaltare, alldeles oavsett trust, har en skyldighet att förvalta trustegendomen till förmånstagarens bästa. Ofta innebär det att egendomen ska ge så god avkastning som möjligt. I t.ex. en *investment fund* är förmånstagarens enda intresse troligen att tjäna pengar och därmed att förvaltaren investerar trustförmögenheten så att den ger så god avkastning som möjligt.

4 Den kommersiella trusten

Mot bakgrund av redogörelsen ovan kan konstateras att det inte finns en typisk trust och det finns många sätt att systematisera trustväsendet på. Inget sätt är mer rätt än något annat.³⁶ Den typ av trust som jag behandlar i artikeln är nästan alltid en s.k. *express trust*, dvs. upprättaren har uttryckligen velat upprätta en trust och det vanligaste är att det också finns ett skriftligt upprättelsedokument som lämnar föreskrifter om förvaltningen av trusten.

34. Langbein, *The Secret Life of the Trust*, s. 182.

35. Langbein, *The Contractarian Basis*, s. 655 f.

36. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 40, talar om fyra typer av trusters; *express trusts*, *resulting trusts*, *constructive trusts* och *implied trusts*. Indelningen bygger på det sätt på vilken trusten är upprättad eller har uppstått. Langbein, *The Secret Life of the Trust*, menar att det finns två typer av trusters, *personal* och *commercial*. Se också Carn, M. E., *Distinguishing Traditional from Commercial Trusts: a Dangerous Precedent or Necessary Complication?*, *Trusts & Trustees*, Vol. 21, No. 8, October 2015, s. 868–888 ff. Andra indelningsgrunder av trustväsendet framgår av litteraturen i not 29.

I en kommersiell trust har förmånstagaren som regel betalat för att få bli förmånstagare. I t.ex. en *investment fund* har förmånstagaren betalat in pengar med förhoppningen att de ska generera avkastning, på samma sätt som i en värdepappersfond i Sverige. I en *pension fund* har förmånstagaren avstått från lön för att i stället få ut pension som en uppskjuten lön. Upprättaren av en kommersiell trust är typiskt sett ett bolag eller en finansiell institution och där får upprättaren av trusten också som regel betalt för överlåtelsen av tillgångar till trusten. En kommersiell trust är alltså en ekonomisk affär där man har valt trustformen för att den har vissa fördelar.³⁷

Det som komplicerar bilden är att den kommersiella trusten ofta är en del i ett större nätverk av kontrakt, bolagskonstruktioner, mellanmansförhållanden och kanske samarbeten. Dagens komplicerade finansiella strukturer är sällan lätta att dissekera med den juridiska kniven. Affärlivets realitet ska översättas till juridiska termer och som jurist måste man hitta en rättslig anatomi för de rättigheter och skyldigheter som de olika parterna har i ett kommersiellt förhållande. Någonstans i detta nätverk finns ofta en trust.³⁸ När man sedan arbetar i en gränsöverskridande miljö så kan det vara mycket komplicerat att få common law- och civil law-traditioner att gå i takt.

I början av 1800-talet, men mer frekvent på 1900-talet, började man i USA och då särskilt i delstaten Massachusetts att använda den kommersiella trusten. På den tiden var dessa trustar skattebefriade till skillnad från bolagen. Förvaltaren i trusten ställde ut värdepapper i form av andelar eller aktier som då var bevis på förmånstagarens intresse i trustegendomen, vilket då oftast var fast egendom.³⁹ I dag används trusten inom flera områden inom det vi kan kalla affärsjuridiken eller i en kommersiell kontext och det finns många användningsområden. Nedan följer några exempel.⁴⁰

37. I en trust som ska gynna familjen eller ett allmännyttigt ändamål behöver förmånstagaren självfallet inte betala för att få förmåner från trusten. Det är en benefik tanke bakom dessa trustar. Upprättaren får inte heller betalt för att upprätta trusten utan avsätter egendom, ofta en summa pengar, till trusten.

38. Se Rounds & Dehio.

39. Weissman, M.L., *The Common Law of Business Trusts*. 38 Chi.-Kent. L. Rev. 11 (1961), s. 12–21. Denna trustkonstruktion kallas fortfarande ibland för Massachusetts trust men behöver inte längre ligga i delstaten Massachusetts.

40. Langbein, *The Secret Life of the Trust*, delar in commercial trusts i a. Pension Trusts, b. Investment Trusts med undergrupperna Mutual Funds, Real Estate Investment Trusts (REITs), Oil and Gas Royalty Trusts och Asset Securitization, c. Corporate Trust Functions under the Trust Indenture Act, d. Regulatory Compliance Trusts och slutligen e. Remedial Trusts.

Truster används ofta som ett led i en investeringsstrategi. Det vanligaste är kanske s.k. *mutual funds*.⁴¹ *Unit trusts* eller *investment trusts* finns i ett antal olika former. På detta sätt kan små investerare ta del av en diversifierad värdepappersportfölj som förvaltas professionellt. *Real Estate Investment Trusts (REITs)* är *mutual funds* som förvaltar fast egendom eller lån i fast egendom. Flera av dessa *investment funds* eller *investments trusts* är noterade på någon handelsplats.⁴² I vissa fall är dessa strukturer mycket lika våra svenska värdepappersfonder.⁴³ Generaliserande kan man säga att så snart man äger något tillsammans med andra och inte väljer en associationsrättslig struktur är trusten en vanlig form. I den här typen av truster kan det vara allt från två till flera tusen investerare.

Ett annat område där trusten är vanligt förekommande är när det gäller att tillgodose anställda i ett företag. Det kan vara incitamentsprogram för anställda inkluderande olika former av anställningsförmåner, t.ex. pensionsfonder, bonusarrangemang, vinstdelningsprogram eller medicinska förmåner till de anställda. I dessa fall handlar det ibland om alternativ till försäkringslösningar. Pensionstruster i USA är enormt stora och förvaltar medel som ska gå till arbetstagares pension. Dessa truster har sitt ursprung i anställningsavtal och följer i USA av lagstiftning.⁴⁴

En trust kan också användas som säkerhet i ett kontraktsförhållande. Det handlar ofta om långvariga projekt där en part behöver skydd mot den andre partens eventuella insolvens efter att den senare har tagit emot pengar men innan denne har betalat ut pengarna till den andre parten i kontraktet. Beloppet kan då "parkeras" i en trust under en tidsperiod. En annan situation är när det pågår en tvist. Tvistande parter kan komma överens om att sätta in det tvistiga beloppet i en trust i avvaktan på slutlig

41. Se Rounds & Dehio.

42. Beteckningen *fund* indikerar att det är fråga om en trust eller en associationsrättslig struktur (*incorporated*). Att en *fund* är *incorporated* innebär inte med nödvändighet att det är en struktur som motsvarar ett bolag. Ibland kan man se strukturer som mer liknar en svensk förening. För förhållandet trust – association se t.ex. Heath, P., *Bringing Trading Trusts into the Company Line, Trusts & Trustees*, Vol. 16, No. 9, October 2010, s. 690–704 ff. Man kan inte heller vara helt säker på att det som benämns trust verkligen är en trust. Man måste helt enkelt undersöka strukturen närmare.

43. För en skatterättslig bedömning av en utländsk värdepappersfond, se Skatteverkets Rättslig vägledning: Vad är värdepappersfonder och specialfonder? Se också Skatteverkets Rättslig vägledning: Truster. Båda vägledningarna är tillgängliga på Skatteverkets hemsida.

44. Enligt The Employee Retirement Income Security Act, ERISA, 29 U.S.C.A. § 1103 gäller att "... all assets of an employee benefit plan shall be held in trust by one or more trustees". Det finns ett undantag för pensionsrätter som skyddas genom försäkringsarrangemang.

dom. Villkoren i trusten kommer då att reglera vem som har rätt till avkastning av egendomen och vem som slutligen har rätt till egendomen beroende på utgång i processen. Ytterligare ett exempel på en kommersiell trust är att bolaget Z kan ta emot pengar från kunder och förklara att man håller pengarna ”*in trust*” till förmån för dessa personer, fram tills det att de får leverans av varor de beställt. I en kommersiell trust är det inte ovanligt att förvaltaren och en av förmånstagarna är samma person. Bolaget A kan i egenskap av trustförvaltare förvalta egendom till förmån för bolaget B i vissa situationer och till förmån för bolaget A självt i andra situationer.

Den kommersiella trusten används ofta som ett *Special Purpose Vehicle*, SPV, dvs. som instrument för ett särskilt ändamål.⁴⁵ Ett bolag överför vissa tillgångar till ett SPV i form av en trust. Det särskilda ändamålet är då som regel kopplat till ett kommersiellt intresse av något slag. Genom trusten blir tillgångarna skyddade från de risker som det upprättande bolaget har, t.ex. insolvensrisken.

Ett exempel på ett SPV är *asset securization*, dvs. värdepapperisering, som innebär att ett bolag överför tillgångar till ett SPV som finansierar köpet genom att ge ut obligationer på marknaden. *Asset securization* har blivit den kanske vanligaste formen av kommersiella trustar i USA.⁴⁶ Dessa trustar spelade en nyckelroll vid finanskrisen i början av 2000-talet. Vid en värdepapperisering kan man omvandla illikvida bolånefordringar till obligationer.⁴⁷ De fordringar som banken har med anledning av bolånen säljs då av en bank till ett SPV, oftast en trust, som ger ut obligationer för att finansiera köpet. Banken säljer vanligen en hel portfölj, en pool, av sådana fordringar. För den som köper en obligation, investeraren, ligger säkerheten i de underliggande tillgångarna, dvs. de bolånefordringar som finns i trusten. Det är alltså investeraren som tar över kreditrisken, dvs. risken för att hushållet inte kan betala räntor och amorteringar på sina bostadslån. Bolånefordringar har förvandlats till värdepapper som kan säljas. Eftersom investeraren köper in sig i en pool behövs inte kunskap om de enskilda fordringarna utan om en genomsnittlig kvalitet på alla

45. Schwarcz, *Unraveling the Mystery*, s. 564. För SPV se också t.ex. Gorton, G.B., Souleles, N.S., *Special Purpose Vehicles and Securitization*, i *The Risks of Financial Institutions*, Carey, M., Schulz, R.M., (ed.) 2007. Artikeln är tillgänglig på <http://www.nber.org/chapters/c9619>.

46. Schwarcz, *Unraveling the Mystery*, s. 562 f.

47. För en beskrivning, se Eliasson, E., Rydén, A., *Värdepapperisering – bakgrund, nya initiativ och möjliga fördelar*, Ekonomisk kommentar Nr 10, 2014 Riksbanken.

ingående lånefordringar.⁴⁸ I slutändan handlar värdepapperisering om att sprida risker och här fungerar trusten som en struktur för att organisera affären.

Ovanstående situationer är enbart några exempel på användning och funktion av trusten. Det finns en uppsjö av varianter på samma tema.⁴⁹

5 Trustens attraktivitet i en kommersiell miljö

Varför är då trusten attraktiv som ett led eller instrument i en affärstransaktion?⁵⁰ Av exemplen i föregående avsnitt framgår flera av de fördelar som trustinstitutet uppvisar. En viktig drivkraft när det gäller regleringar i näringslivet är reglerna om insolvens och konkurs. Hur skyddar man sina fordringar i olika situationer?⁵¹ Det kan gälla allt från att investera och köpa aktier eller andra värdepapper till att man lånar ut pengar. Trusten ger möjlighet att isolera egendom från såväl förvaltarens som förmånstagarens borgenärer och därmed från en hotande insolvens eller konkurs. Det är alltså denna funktion som är intressant, dvs. att egendomen inte kan tas i anspråk av borgenärerna vid förvaltarens eller förmånstagarens konkurs. I den finansiella och kommersiella världen är det därför av helt avgörande betydelse var fordringar ligger. I grunden handlar det om att identifiera risk och att isolera risken. Egendomen i trusten är skyddad mot förvaltarens insolvens så länge den ligger i trusten. Förvaltaren är skyldig att separera den egendom som ligger i trusten från sin egen egendom och också från annan egendom som kan förvaltas i andra trustar. Trusten är också skyddad mot förmånstagarens insolvens eftersom förvaltaren äger trustegendomen.

48. I början av 2000-talet lånade de statligt anknutna bolåneinstituten i USA, Fannie Mae och Freddie Mac, ut pengar till hushåll med en sämre återbetalningsförmåga. Dessa lån kallades *subprime*-lån. Lånen såldes vidare till investmentbanker som värdepapperiserade lånen i en trust- eller bolagsstruktur. Obligationerna såldes sedan vidare till investerare. Obligationerna ansågs säkra trots att de underliggande lånen ofta hade en låg kreditkvalitet. På grund av bristande transparens och troligen även kunskap om värdepappersstrukturen var det svårt att avgöra risken i placeringen. Köparna förlitade sig på kreditbetyg som ofta var alldeles för höga i förhållande till den risk placeringen innebar sett till det faktum att de underliggande lånen inte skulle kunna betalas tillbaka av hushållet. Eliasson & Rydén anger bristande transparens, komplexitet och avsaknad av standardisering som anledningar till det stora prisfall som inträffade på dessa obligationer och som utlöste finanskrisen.

49. Se t.ex. Langbein, *The Secret Life of the Trust*, Graziadei, M., Mattei, U., Smith, L., *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, 2005, (cit.: Graziadei m.fl.) och Loring & Rounds, s. 1331 ff.

50. Langbein, *The Secret Life of the Trust*, ställer samma fråga, s. 179.

51. Se Wood.

En annan anledning till att trustar är vanligt förekommande är att trusten anses vara en enkel och tydlig struktur när flera tillsammans äger en tillgång. Som framgått ovan är trusten en otroligt flexibel konstruktion som ger en stor frihet och möjlighet att designa hela konstruktionen från förvaltarens uppdrag till förmånstagarnas rätt. Dessutom är förvaltarens skyldigheter och skyddet för förmånstagarna omfattade av *fiduciary rules*, vilket skapar en tydlighet och säkerhet. Förvaltarens ansvar behöver inte regleras i ett särskilt trustdokument för den enskilda trusten, även om det är vanligast att man gör så i en kommersiell trust.

Flexibiliteten i trusträtten handlar om allt från upprättandet till möjligheten att genom trustdokumentet reglera interna förhållanden i trusten och kanske så småningom låta trusten upphöra. Det handlar såväl om den interna styrningen som om hur förmånstagarnas intressen ska tillgodoses. En anledning till att man väljer trustformen i stället för en bolagsform är att bolagsformen ofta omgärdas av ett större regelverk än vad trusten gör.⁵² I jämförelse med bolagsrätten och andra former av samägande finns det få tvingande regler inom trusträtten. I trusten behöver man t.ex. inte hålla några bolagsstämmor. Det innebär att man slipper stora kostnader. I olika värdepapperstruster, t.ex. *investment funds*, är det också relativt lätt att skapa andelar i trustförmögenheten och att sedan köpa och sälja dessa andelar. I bolagsrätten finns ett regelverk kring själva aktierna, t.ex. antal aktier samt vilka rättigheter och skyldigheter som följer med aktierna.⁵³

I trusten talar man om det delade ägandet men i realiteten är det förmånstagaren som är den slutlige ägaren till egendomen och som därför har ett stort intresse av att kontrollera förvaltaren. På liknande sätt är det i ett aktiebolag, där aktieägarna utövar kontroll över styrelsens förvaltning av bolaget. Trusten liknar alltså på många sätt ett bolag.⁵⁴ Trustförvaltarens *fiduciary duties* skapar dock ett skyddsnet för förmånstagarnas intresse. I ett aktiebolag med flera ägare finns det ibland spänningar mellan olika intressen som kan skapa friktion i förvaltningen.

Genom trusten kan man också skraddarsy de intressen för förmånstagarna som förvaltaren ska arbeta för. Om man ser trusten som resultatet av en benefik rättshandling så står det klart att en givare kan göra i princip vad hon vill med sin gåva och ställa vilka villkor hon vill. Den grundläggande synen på trusten som rättslig struktur har inte ändrats trots att många

52. Langbein, *The Secret life of the Trust*, s. 184.

53. Detta följer av lagstiftning men också av bolagsordning och i vissa fall aktieägaravtal.

54. Se Schwarcz, *An Invitation to Comparatists*.

truster inte är bildade med en benefik avsikt. Friheten för upprättaren att i trustdokumentet reglera förhållandena i trusten är fortfarande omfattande i de flesta situationer. I ett bolag finns tydliga restriktioner för vad ett ägande innebär, t.ex. rätten att rösta på stämman och att bara riskera insatt kapital.⁵⁵ En fördel med trusten är alltså att upprättaren av trusten har en mycket stor frihet att lämna föreskrifter om förvaltningen av trusten. Visserligen har förvaltaren att följa de skyldigheter som följer av hans position som *fiduciary*, men i övrigt lämnar trusträtten till upprättaren att reglera förvaltningen. Få andra former för samägande kan mäta sig med trusten.

Affärslivet har dragit stor nytta av trusträtten för att sy ihop olika typer av kommersiella relationer.⁵⁶ Det problem man då ställs inför är att många affärsjurister inte är bekanta med trusträtten. En affärsjurist är mer specialiserad på avtalsrätt, obligationsrätt och annan förmögenhetsrätt. Trusträtten är ett stort eget rättsområde med sina specialister. En affärsjurist vill kanske hålla *equity* utanför förhandlingarna, just därför att *equity* vädjar till ens samvete och vad som är skäligt. Affärslivet kräver förutsebarhet och klarhet så att parterna i affärslivet kan agera i vetskap om hur deras transaktioner kommer att behandlas i ett rättsligt perspektiv och särskilt inför en domstol. Affärslivet gillar inte de diskretionära sanktionerna och principerna inom *equity* som kan störa den kommersiella säkerheten.⁵⁷

Många områden inom affärslivet har sin egen jargong och sitt eget sätt att arrangera avtal. Standardavtal och standardvillkor är en del av detta. Man kan alltså få en konflikt mellan rättsliga och kommersiella normer. Mycket av diskussionen om varför man använder trusten och inte en bolagskonstruktion i kommersiella relationer handlar om trustens flexibilitet och kostnadseffektivitet. Men ibland känns en association med dess tydligare regelverk kanske säkrare. En utomstående som betraktar t.ex. en *mutual fund* eller en *investment fund* kan oftast inte se om det är en trust eller en bolagsstruktur i botten.

En annan vinkel av frågan om affärsjuridiska strukturer och truster har blivit aktuell de senaste åren. I trusträtten förs en diskussion om trusten egentligen är den del av avtalsrätten eller av förmögenhetsrätten i en vidare mening.⁵⁸ En affärsjurist vill ofta skriva bort den osäkerhet som följer av

55. Langbein, *The Secret Life of the Trust*, s. 184 f.

56. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 905 f.

57. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 907.

58. Gretton, s. 603–608, Langbein, *The Contractarian Basis* och Hansmann, H., Mattei, U. Enligt Rounds & Dehio s. 476, är det vanligt att man klassificerar en *mutual fund* antingen som associationsrättslig eller kontraktuell, där trusten räknas till den kontraktuella formen.

equity och dess möjlighet till skälighetsbedömningar. Det är lättare att hålla sig till avtalsrätten och de principer som utvecklats där.⁵⁹ Langbein, som varit en av de tongivande i diskussionen, argumenterar för att trusten egentligen är en del i ett kontraktuellt förhållande, där det avgörande kontraktet är det mellan upprättaren och förvaltaren. I de flesta kommersiella situationer är förvaltaren en professionell part som vill veta gränserna för sitt uppdrag i ett avtal. Men det finns de som menar att Langbein har fel. De flesta trustar är inte upprättade genom ett kontrakt.⁶⁰ Det finns visserligen ett kontrakt som innebär att man använder trusten som ett verktyg, t.ex. som säkerhet för en betalning eller ett åtagande. Men många trustar har inget med ett avtal att göra. Parterna kanske inte ens var medvetna om att det förelåg en trust utan det är först genom domstolens dom som man får veta att parterna har skapat en trustliknande konstruktion.⁶¹ Man ska alltså vara försiktig med de argument som innebär att trusträtten skulle övertrumfas av avtalsrätt eller annan förmögenhetsrätt.⁶²

Icke desto mindre är det inte ovanligt att en trust och ett avtal interagerar och är delar i ett investeringspaket. För den som hävdar att trusten inte bygger på kontraktet är det centrala i trusträtten förvaltarens *fiduciary duties*. Ett avtal leder aldrig till *fiduciary duties* i själva konstruktionen. En trustförvaltare kan inte avtala bort sitt förvaltningsansvar. Det ligger i uppdraget. Men Hudson menar också att kontraktuellt tänkande på olika sätt kryper in i trusträtten och särskilt påtagligt är det när trusten används som ett investeringsverktyg i t.ex. *pension funds* eller *investment funds*.⁶³ I många kommersiella trustar är själva trustkonstruktionen underordnad syftet med hela det kommersiella arrangemanget, dvs. det avtal som sker mellan investeraren och den som sköter investeringsfonden.⁶⁴ Samma sak gäller en *pension fund* där det måste finnas någon form av anställningsavtal i grunden. I båda dessa exempel används trusten för att förvalta ett kapital men hela arrangemanget är beroende av ett underliggande avtalsmässigt syfte.

Sammanfattningsvis kan vi alltså se ett kommersiellt syfte och intresse i grunden för dessa arrangemang men tittar man på dem med juridiska ögon

59. John Langbein, *The Contractarian Basis*.

60. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 913.

61. Detta visas t.ex. i de klassiska fallen *Paul v. Constance* (1977) 1 WLR 527 och *Re Kayford*, (1975) 1 WLR 279.

62. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 913 f.

63. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 914 f.

64. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 915.

är det särskilda regler – trustnormer – som styr.⁶⁵ Dessa regler innebär en mekanism enligt vilken de som förvaltar egendom till förmån för andra kan hållas ansvariga.⁶⁶ När affärsvärlden drar iväg ska man återgå till grunderna i trusträtten och inte irra in i avtalsrätten eller andra rättsområden. En trust är en trust oberoende av i vilket sammanhang den används. Ytterligare ett stöd för trusten ligger i dess historia. Vi har framför oss en rättslig struktur som funnits i mer än 500 år och behållit sin grundform sedan dess. Det talar väl för stabilitet.

Att jämföra funktion framför form är ett ofta återkommande mantra inom rättslig komparation. Men här stöter vi på problem med trusten därför att det ofta är som att jämföra äpplen och päron. Gretton menar att det inte går att identifiera trustens funktion därför att det inte finns någon typisk funktion. All diskussion slutar på något sätt i att trusten är en rättslig form *sui generis*⁶⁷ med inslag av kontraktuella rättigheter, agent- och fullmaktsförhållanden, rättigheter och skyldigheter kopplade till egendom men även vissa associationsrättsliga drag.⁶⁸ I slutändan handlar det om att välja en organisationsform som skapar så mycket säkerhet som möjligt i en ofta rätt turbulent kommersiell miljö. En kommersiell aktör eller investerare är intresserad av två frågor: Hur skyddar jag mina pengar och mina intressen? Hur skapar jag avkastning?

6 Är den kommersiella trusten på väg till Sverige?

I flera europeiska länder används trusten allt oftare som ett led i en affärs- transaktion.⁶⁹ Inom EU-rätten har man också sedan början av 2000-talet ”erkänt” trusten som en rättsfigur i olika sammanhang genom att hänvisa till en trust eller genom att reglera transaktioner där en trust är involverad.⁷⁰ I bakgrunden inom EU-rätten finns också ett arbete som resulterade

65. Hudson, *Equity and Trusts*, s. 915.

66. Samma synsätt ger Hayton uttryck för i *Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe*.

67. Gretton.

68. Loring & Rounds, s. 1336 f.

69. Graziadei m.fl. s. 3.

70. Se t.ex. direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism och förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II).

i ett förslag till principer om europeisk trusträtt.⁷¹ Arbetet utfördes av en grupp akademiker och även om det inte gav alldeles avgörande genomslag kan principerna användas som vägledning för utvecklandet av trusträtten i länderna i Europa.⁷²

Det är utan tvekan så att trusten har sin hemmabas i den anglosachsiska världen.⁷³ Men det är fel att i dag tala om trusten som en rättsfigur som bara hör hemma inom common law.⁷⁴ Frågan är hur vi i Sverige ska närma oss trusten.⁷⁵ Ett sätt är ett funktionellt närmande. Vilken funktion är det vi söker när vi vill reglera frågor om ägande och förvaltning av egendom.⁷⁶ Eller för att vända på frågan, vilka rättsfigurer eller strukturer har vi i Sverige och andra länder med civil law-tradition som vi kan använda oss av för att nå det resultat som man gör med en trust i engelsk rätt.⁷⁷

I ett svenskt perspektiv måste diskussionen om trustar röra sig inom det som vi kallar förmögenhetsrätt. Vi ska inte in i associationsrätt eller stiftelserätt. Den dagen vi introducerar trusten i svensk rätt kommer det att leda till diskussioner om kärnfrågor inom förmögenhetsrätten. Men vi har inte ens kommit till frågor som: vad är en trust?, vem äger trustegendomen?, vad innebär förmånstagarens rätt till egendomen? Vi kan ju inte ens diskutera den kommersiella trusten ännu. Först när vi har svaret på frågorna ovan kan vi gå vidare och diskutera funktioner och mekanismer.⁷⁸

71. Hayton, D.J., Kortmann, S.C.J.J., Verhagen, H.L.E., (red.), *Principles of European Trust Law*, 1999.

72. På en internationell nivå arbetade man redan 1985 fram en Haagkonvention, *Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*. Konventionen syftar till att lösa jurisdiktionskonflikter inom trusträtten. Konventionen har ratificerats av mycket få länder. Sverige har inte ratificerat konventionen.

73. "One can hardly imagine how to deal with, for example, English law, without running sooner or later into an issue of trust law", Graziadei m.fl., s. 4.

74. Som Graziadei m.fl. påpekar, s. 4, finns i dag trustar i s.k. blandade jurisdiktioner men också i länder med en civil law-tradition. Se vidare not 10.

75. En annan sak är att många svenskar troligen har egendom placerad i utländska trustar.

76. Min större studie utgår från ett försök att förstå trusten som en rättslig struktur. Jag menar att det är själva grunden till att kunna arbeta med trusten i ett funktionellt perspektiv. En komparatist skulle antagligen vilja göra en jämförelse mellan trusten i sin originalform från England och arvet från romersk rätt och de germanska rötterna i det kontinentaleuropeiska systemet. Så djupt har inte jag gått i frågeställningarna.

77. Man ska då veta att frågan om trustar är gigantisk stor i hela common världen. Som Graziadei m.fl. uttrycker det, s. 7, är mängden rättspraxis en formidabel utmaning även för många hängivna forskare. Språket i domarna och relevant lagstiftning är inte välbekant för de flesta forskare som arbetar med rätten i kontinentaleuropeiska rättssystem.

78. Jfr Graziadei m.fl., s. 8.

Problemen att förstå och analysera bottnar ofta i rena begreppsmässiga förvirringar. Ett exempel är det konkurrerande intresset till trustegendomen, med förvaltaren som äger och förmånstagaren som äger. Ett annat exempel är frågor om förvaltningen och det sakrättsliga skyddet av en egendom som ägs av en förvaltare och inte av en trust. Vi har helt enkelt för dåliga verktyg för att nå klarhet i trustens underbara värld. Sådana begrepp som ägande (*ownership*) och skyldigheter (*obligations*) kan ha en innebörd i truststrätten som vi svenska jurister inte förväntar oss.⁷⁹

Truster och trustliknande konstruktioner kan ha sin motsvarighet i olika typer av fullmakts- och ombudförhållanden där vi i Sverige skulle använda kommissionslagen eller kanske rent av avtalslagens fullmaktsregler.⁸⁰ I centrum av de frågeställningar som måste diskuteras är själva förvaltningsuppdraget, hur det uppstår, hur det avslutas, vilka rättigheter och skyldigheter som ingår i uppdraget, sanktioner om förvaltaren inte sköter sitt uppdrag, frågor om insolvens m.fl. frågor.⁸¹ Eftersom det ofta handlar om förfogande över finansiella instrument av olika slag kommer den reglering som gäller för finansiella marknader in. Denna reglering är ofta av offentlighetskaraktär och medger inte en avtalsfrihet mellan parterna.⁸²

Vi har ännu inte trusters i Sverige. Hur gör vi då om vi har en utländsk trust framför oss? Börja med lagvalet. Ta reda på enligt vilket lands lag trusten är upprättad och vilka regler som styr trustens liv och död. Om trusten är upprättad i England eller USA kan man räkna med att traditionell trusträtt gäller. Men om trusten är upprättad i ett skatteparadis är det inte lika klart. I flera av dessa jurisdiktioner finns fantasifulla, ljusskygga och komplicerade upplägg som i slutändan handlar om att hitta ett skattegynnade koncept som dessutom är utanför offentlighetens ljus. Många kommersiella trusters är upprättade enligt ett standardformat och de är ofta del i en större transaktion med avtal och bolagsstrukturer. Ingen kan begära att en svensk jurist ska sätta sig in i allt detta. Men vill man verkligen förstå

79. Graziadei m.fl., s. 8.

80. Den svenska lag som bäst lämpar sig för tillämpning på en trust är troligen lagen (1944:181) om redovisningsmedel.

81. De avsnitt i Graziadei m.fl. som rör svensk rätt är förtjänstfull författade av Torgny Hästad. Hästad nämner också stiftelse som motsvarighet till trusten. Det kan vara korrekt i fallet med ett allmännyttigt ändamål men jag tror att det är ovanligt i fråga om kommersiella relationer.

82. Se t.ex. lag (2004:46) om värdepappersfonder och lag (1991:980) om handel med finansiella instrument.

trusten och kunna argumentera med stöd av trusträtten måste man sätta sig på skolbänken, ställa om hjärnan till att använda en verktygslåda där äganderätten inte ser ut som hos oss, där processandet inte ser ut som hos oss, där en mycket omfattande rättspraxis utgör grunden för trusträtten och där terminologin inte ser ut som hos oss. Med detta sagt är det bara att kavla upp ärmarna och på allvar introducera trusten som en del av affärlivets juridik även i Sverige.