

7. december 2021
Sag X21-FK-00-TJ og X21-FK-00-TN

Uafhængighed i [Fond 1 og Fond 2]

Erhvervsstyrelsen har modtaget jeres redegørelse for bestyrelsessammensætningen i [Fond 1] og [Fond 2]. Redegørelsen giver styrelsen anledning til at fremkomme med følgende bemærkninger.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at bestyrelserne i de to fonde ikke har den fornødne uafhængighed i henhold de fondsretlige karakteristika i erhvervsfondslovens § 1, stk. 2, idet alle bestyrelsesmedlemmer i begge fonde også udgør bestyrelsen i fondenes eneste uddelingsmodtager [Uddelingsmodtager].

Styrelsen skal derfor påbyde, jf. erhvervsfondslovens § 24, stk. 2, at bestyrelserne i de to fonde tager initiativ til, at der for fremtiden ikke er et 100 pct. overlap mellem bestyrelsesmedlemmerne i de to fonde og [Uddelingsmodtager], som foreslået i jeres redegørelse. Bestyrelserne i de to fonde vil som udgangspunkt anses for at være uafhængige og uvildige, hvis mindst to bestyrelsesmedlemmer ikke også er medlemmer af bestyrelsen for [Uddelingsmodtageren].

For så vidt angår fondenes overvejelser om eventuel inhabilitet i forbindelse med fondenes uddelinger til [Uddelingsmodtager], skal styrelsen bemærke, at erhvervsfondslovens bestemmelse om inhabilitet også finder anvendelse i forbindelse med bestyrelsens beslutninger om uddelinger.

Erhvervsstyrelsen finder imidlertid ikke grundlag for at tilsidesætte vurderingen af, at der ikke konkret har foreligget inhabilitet i forbindelse med fondsbestyrelsernes beslutninger om uddelinger til [Uddelingsmodtageren], idet det ikke er muligt for styrelsen med den fornødne klarhed og sikkerhed at fastslå, at bestyrelsesmedlemmerne i de to fonde har haft interesser, der kan være stridende mod fondenes interesser henset til, at fondenes eneste formål er at understøtte [Uddelingsmodtageren] og fondene i øvrigt er velkonsoliderede.

Uanset at fondsbestyrelserne konkret har vurderet, at der ikke foreligger inhabilitet i forbindelse med bestyrelsernes beslutninger om uddelinger til [Uddelingsmodtageren], så kan det efter styrelsens vurdering ikke afvises, at der i fremtiden kan opstå situationer, hvor de enkelte bestyrelsesmedlemmer vil have en væsentlig interesse, der kan være stridende mod

ERHVERVSSTYRELSEN

Dahlerups Pakhus
Langelinie Allé 17
2100 København Ø

Tlf. 35 29 10 00
CVR-nr 10 15 08 17
E-post erst@erst.dk
www.erst.dk

ERHVERVS MINISTERIET

fondens, i forbindelse med beslutninger om at foretage uddelinger til [Uddelingsmodtageren]. Bestyrelserne skal derfor være særlig opmærksomme på dette, da inhabilitet – også efter en tilpasning af bestyrelses sammensætningen – kan medføre, at bestyrelserne ikke er beslutningsdygtige.

Klagevejledning

Styrelsens afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet pr. e-mail til adressen ean@naevneneshus.dk eller pr. post til Nævnenes Hus, Toldboden 2, 8800 Viborg, senest fire uger efter, at afgørelsen er meddelt fonden, jf. erhvervsfondslovens § 130, stk. 1. Styrelsen skal til orientering oplyse, at Erhvervsankenævnet i forbindelse med en eventuel klage opkræver et gebyr, der helt eller delvis kan tilbagebetales, såfremt der gives medhold i klagen.

Lovgrundlag

Uafhængighed

En erhvervsdrivende fond skal i henhold til erhvervsfondslovens § 1, stk. 2, opfylde de fondsretlige karakteristika, hvilket blandt andet indebærer, at rådighedsbeføjelserne over fonden skal tilkomme en, i forhold til stifter, selvstændig ledelse.

Erhvervsfondslovens § 1, stk. 2 er en kodificering af de fondskaraktistika, som kendetegner erhvervsdrivende fonde og som alle skal være opfyldt, for at en juridisk person kan kvalificeres som en erhvervsdrivende fond. Det er således et fondsretligt princip, at fonde skal ledes af en i forhold til stifter selvstændig ledelse, og lovgiver kodificerede med erhvervsfondsloven af 2014 dette allerede eksisterende princip som udspringer af de uskrevne fondsretlige grundsætninger¹.

Kravet om selvstændighed skal først og fremmest ses i forhold til stifteren eller det stiftende organ, men også i forhold til væsentlige legatmodtagere, væsentlige gavegivere og andre særinteresser, herunder eksempelvis fondens medarbejdere.² Har fonden i kraft af aktiebesiddelse en væsentlig indflydelse på et selskab, vil personer, der repræsenterer selskabet eller er i afhængighedsforhold til dette, ikke kunne anses for uvildige. Bestyrelsesmedlemmerne skal desuden handle uafhængig af særinteresser – for eksempel af væsentlige aftaleparter eller samarbejdsorganisationer.

I henhold til styrelsens faste praksis kan bestyrelsesmedlemmer udpeget af stifter eller disses nærtstående, væsentlige legatmodtagere, væsentlige gavegivere, medarbejdere etc. ikke anses for uafhængige.

¹ Betænkning nr. 970/1982 om fonde s. 43

² *Erhvervsfundsudvalgets rapport om fremtidens regulering af erhvervsdrivende fonde*, 2012, s. 97 og *Erhvervsdrivende fonde i Corporate Governance sammenhæng*, 2003, s.

Selvstændighedskravet anses i almindelighed for opfyldt, hvis cirka 1/3 af bestyrelsesmedlemmerne indtager en i forhold til stifter mv. uvildig og uafhængig stilling. Dette vil i ofte være tilfældet, hvis de pågældende bestyrelsesmedlemmer udpeges af et uvildigt organ eller indtager en særlig stilling, der afgiver fornøden garanti for uvildighed.

I praksis sikres uafhængigheden oftest ved, at de uafhængige bestyrelsesmedlemmer vælges ved selvsupplering eller af en i forhold til fonden udenforstående forening, organisation m.v. eller en kombination heraf.

Kravet til antallet af uafhængige medlemmer af en fonds bestyrelse er ikke konkret reguleret i erhvervsfondsloven, men er udtryk for en retlig standard, som kan ændre sig i takt med udviklingen inden for fondsområdet og erhvervsreguleringen i øvrigt, hvilket er nærmere uddybet i lovbemærkningerne til erhvervsfondsloven fra 2014:

”Erhvervsstyrelsen har i praksis konkret stillet skærpede krav til antallet af uafhængige medlemmer, hvis der har været indicier på, at et enkelt uafhængigt medlem ikke ville være tilstrækkeligt til at sikre en selvstændig bestyrelse. Efter Erhvervsstyrelsens praksis indebærer det, at det altid er en konkret vurdering, og at bestyrelsens samlede størrelse og omstændighederne i øvrigt konkret kan bevirke, at ét uafhængigt medlem ikke er tilstrækkeligt. Konkret kan der i en fond således være behov for, at flere bestyrelsesmedlemmer er uafhængige af stifter, gavegivere og legatmodtagere.

...

De nævnte kriterier kan ikke betragtes som udtømmende, og uafhængighedsbegrebet skal derfor løbende fortolkes i overensstemmelse med samfundsudviklingen, herunder udviklingen indenfor god selskabs- og fondsledelse generelt. Det er bestyrelsens ansvar konkret at vurdere medlemmernes reelle uafhængighed. Bestyrelsen skal ved anvendelse af uafhængighedskriterierne lægge vægt på det materielle snarere end det formelle.”

Det vil derfor i sidste ende altid bero på en konkret vurdering, om en fondsbestyrelse lever op til uafhængighedskravet, og Erhvervsstyrelsen lægger i vores praksis vægt på det materielle snarere end det formelle.

Det er vigtigt at holde fast i, at kravet om uafhængighed ikke betyder, at der er et generelt forbud mod at have bestyrelsesmedlemmer, som står i et afhængighedsforhold til stifter mv., men kravet medfører alene, at der konkret skal være et passende antal medlemmer, der opfylder uafhængighedskravet.

Reglerne om bestyrelsens uafhængighed skal ses i lyset af, at det som udgangspunkt er bestyrelsen, der er eneansvarlig for fondens virksomhed,

og at bestyrelsen alene har til opgave at varetage fondens formål og interesser.

Til forskel fra eksempelvis et aktieselskab har en fond ikke en kreds af ejere og dermed en generalforsamling, som skal godkende og kontrollere bestyrelsens dispositioner og vælge nye medlemmer til bestyrelsen. Den manglende interne og eksterne kontrol med bestyrelsen bevirker, at det er væsentligt, at de grundlæggende betingelser om uafhængighed af stifter og en reel selvstændig ledelse til stadighed overholdes og respekteres af bestyrelsen.

Kravene til en aktiv og uafhængig bestyrelse, der loyalt arbejder for fondens formål, er derfor af afgørende betydning, da fondsbestyrelsen ikke har en kontrollerende generalforsamling over sig.

Inhabilitet

Det følger af 2. led af erhvervsfondslovens § 51, at et medlem af ledelsen i en erhvervsdrivende fond ikke må deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem den erhvervsdrivende fond og tredjemand, hvis det pågældende ledelsesmedlem deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod fondens. Bestemmelsen er sit indhold identisk med selskabslovens § 131.

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at begrebet ”aftaler” skal forstås bredt og derfor omfatter behandling af spørgsmål om både enkeltstående aftaler, aftalekomplekser og løbende samhandelsforhold, ligesom det både omfatter indgåelse, forandring og ophævelse af aftaler samt dispositioner, som får umiddelbar betydning herfor.³

Det er samtidig styrelsens opfattelse, at begrebet ”aftaler” omfatter gensidigt bebyrdende aftaler såvel som ensidige løfter⁴, dvs. eksempelvis beslutninger om fondes uddelinger. I lovbemærkningerne til inhabilitetsbestemmelsen i den tidligere gældende erhvervsfondslov og i betænkning nr. 970/1982 om fonde er der således henvist til spørgsmål om netop bestyrelsens beslutning om uddelinger⁵, og Civilstyrelsen ses således også at have udtalt sig om inhabilitet i forbindelse med uddelinger⁶. Det må i

³ Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber*, 6. udgave, s. 487, og Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret*, 15. udgave, s. 377.

⁴ Torbjørn Sofsrud kommer frem til samme resultat i *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, 1. udgave, s. 361, men dog med følgende begrundelse: ”Foretagelse af dispositioner, der ikke vedrører et aftaleforhold eller søgsmål, f.eks. ydelse af gaver, må anses for undergivet en tilsvarende begrænsning på grundlag af almindelige retsgrundsætninger.”

⁵ I lovbemærkningerne til § 18 i den tidligere erhvervsfondslov fremgår følgende (vores fremhævning): ”Forslaget er i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 58 og § 17 i lov om fonde og visse foreninger. Som nævnt nedenfor i bemærkningerne til forslaget § 40 kan der ikke uden særlig hjemmel i vedtægten ydes legatportioner, lån og lignende til bestyrelsesmedlemmer. Det følger også af gældende ret, at vedkommende medlem ikke kan deltage i behandlingen af disse spørgsmål. Man har dog ikke fundet behov for i § 18 at optage en speciel regel herom.”

⁶ Lennart Lyngge Andersen, *Almindelige fonde og faglige foreninger*, 7. udgave, s. 233

øvrigt have formodningen imod sig, at inhabilitetsbestemmelsen ikke finder anvendelse på mange fondes primære virke, nemlig spørgsmålet om fondenes uddelinger.

Som det fremgår af 2. led af lovbestemmelsen, er det et krav, at et ledelsesmedlem har en væsentlig interesse i sagen – f.eks. på grund af slægtsforhold eller anden tilknytning til tredjemand – og at denne interesse kan være stridende mod fondens, før der foreligger inhabilitet. Tredjemand kan i bestemmelsen være enhver fysisk eller juridisk person.

Bestemmelsen angiver ikke, hvornår der foreligger en sådan væsentlig interesse, men det må antages, at der skal foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage fondens interesser. Dette skal ses i sammenhæng med, at bestemmelsen har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som er i modstrid med fondens. Bestemmelsen skal derfor forstås meget bredt og omfatter alle situationer, hvor der kan være tvivl om habiliteten.⁷

Inhabilitet er ikke betinget af, der konkret kan påvises en modstridende interesse. Bestemmelsen er i den forstand objektiv. Det er således tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen er stridende mod fondens interesser. Det vil derfor være uden betydning, om man kan have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledelseshverv.⁸

Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse vil der som udgangspunkt være en formodning for inhabilitet hos de medlemmer af en erhvervsdrivende fonds bestyrelse, der også er medlemmer af ledelsen i den virksomhed, som fondens bestyrelse skal behandle spørgsmål om indgåelse mv. af aftale med, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 11. februar 1997, sag 96-76.437.⁹

Denne formodning ændrer imidlertid ikke ved, at der rent faktisk skal bestå en mulighed for, at det potentielt inhabile bestyrelsesmedlems interesse kan være stridende mod fondens interesser. Hvis der således ikke kan ses at være mulighed for modstridende interesser, kan der ikke være tale om inhabilitet.

Det er det enkelte bestyrelsesmedlem og bestyrelsen som ledelsesorgan, som er ansvarlig for at vurdere, hvorvidt et eller flere bestyrelsesmedlemmer kan anses for inhabile i behandling af spørgsmål om aftaler eller søgsmål. Hvis et inhabilt bestyrelsesmedlem deltager i behandlingen af spørgsmål om aftaler vil det inhabile bestyrelsesmedlems stemme være ugyldig. I visse tilfælde kan det medføre, at bestyrelsens beslutning er

⁷ *Modernisering af selskabsretten*, betænkning 1498, november 2008, s. 321.

⁸ Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber*, 6. udgave, s. 487

⁹ Se også Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber*, 6. udgave, s. 489, og Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber*, 5. udgave s. 601

ugyldig, hvis det inhabile bestyrelsesmedlems stemme har været afgørende for, at forslaget blev vedtaget.

Hvis I har spørgsmål og bemærkninger, skal I være velkomne til at kontakte mig.