

God fondsledelse

- fokus på effekten af lovforslag L154 om erhvervsdrivende fonde

Specialeafhandling, 10. semester

Titelblad

Uddannelse: Jura, Aalborg Universitet

Projektets titel: God fondsledelse - fokus på effekten af lovforslag L154 om erhvervsdrivende fonde

Fag: Selskabsret (fondsret)

Omfang: 70 normalsider (efter anslag)

Vejleder: Jesper Møller

Navn: David Kjølby Larsen - studie nr. 20092788
Lars Østerstrand Andersen Mikkelsen - studie nr. 20092805

Afleveringsdato: 14. maj 2014

Indhold

1 Indledning	4
1.1 Emne	5
1.2 Afgrænsning	5
1.3 Metodeovervejelser	6
1.3.1 Den retsdogmatiske og komparative metode	6
1.3.2 Retskilder	6
2 Hvad er en erhvervsdrivende fond?	8
2.1 Den skattemæssige successionsproblematik	10
2.2 Fondsmyndigheden	11
2.3 Lovforslag af d. 12. marts 2014 om erhvervsdrivende fonde	15
2.4 Sammensætning af ledelsen og uafhængighed	16
2.4.1 Uafhængighed	16
2.4.2 Udpegning af fondens bestyrelsen	18
2.4.3 Ansættelse af direktionen	20
3 God fondsledelse	21
3.1 Typer af pligter for fondsledelsen	21
3.2 Bestyrelsens opgaver	22
3.2.1 Bestyrelsens opgaver efter lovforslag nr. 154 om erhvervsdrivende fonde	25
3.2.1.1 Fondens formål og interesser	26
3.2.1.2 Bogføring og regnskabsaflæggelse	30
3.2.1.3 Risikostyring og interne kontroller	30
3.2.1.4 Løbende rapportering om fondens finansielle forhold	31
3.2.1.5 Kontrol med direktionen	33
3.2.1.6 Et forsvarligt kapitalberedskab	35
3.2.2 Vedtægtsmæssige pligter	39
3.2.3 Forretningsorden	40
3.3 Direktions opgaver	42
3.4 anbefalinger for god fondsledelse	46
3.4.1 Baggrunden for god skik-regler	47
3.4.2 Comply or explain	48
3.4.3 Indholdet af anbefalinger for god fondsledelse	49
3.4.4 Anbefalinger for god fondsledelse set i forhold til corporate governance	52
3.4.5 Anbefalinger for god fondsledelses betydning for ansvarsvurderingen	54
3.4.6 The Business judgement rule	56
3.4.7 Betragtninger om retssikkerhed	58
3.5 Ansvar og myndighedernes indgreb efter L154	60
3.5.1 Erstatningsansvar	60
3.5.2 Bødeansvar	61
3.5.3 Fondsmyndighedens indgrebsmuligheder	63
3.6 Præciserings betydning for ansvarsvurderingen	65
4 Konklusion	70
5 Executive summary	75
6 Litteraturliste	77

1 Indledning

Begrebet *fond* er ikke klart defineret i lovgivningen og dækker i dag over flere juridiske konstruktioner. Den traditionelle sproglige forståelse af ordet er, at en fond er en juridisk konstruktion, hvor en fysisk eller juridisk person udskiller sin formue med det formål løbende at uddele denne til velgørehed, f.eks. gennem legater til udsatte grupper, kunst og kultur eller som støtte til innovation og forskning. Ikke alle fonde har imidlertid sådanne filantropiske hensigter bag sig. Fonde har også været anvendt som et middel til at gennemføre et skatteretligt fordelagtigt generationsskifte - *familiefonden*.

Efter betænkning nr. 970/1982 om fonde, blev der i 1984 vedtaget to love om fonde; *lov om fonde og visse foreninger* og *lov om erhvervsdrivende fonde*, herefter 'LEF'. Herved blev der en klar sondring mellem særligt to typer af fonde, de erhvervsdrivende og de ikke-erhvervsdrivende fonde.

Adskillige store selskaber er i dag helt eller delvist ejet af erhvervsdrivende fonde, og de erhvervsdrivende fonde besidder aktiver for adskillige milliarder. De 45 danske fonde med størst almennyttig uddeling havde i regnskabsåret 2011 en samlet formue på DKK 256.573.296.036,00.¹ Alligevel er der kun forholdsvist få og simple regler for fondsledelsen.

Fondsretten er et retsområde, der har været diskuteret indgående de seneste år. Bl.a. den ringe gennemsigtighed med fondenes virke, behovet for øget tilsyn og kontrol samt skattemæssige aspekter har været debatteret. Erhvervsfondsudvalget har i forlængelse heraf i december 2012 fremlagt en rapport med forslag til fremtidens regulering af de erhvervsdrivende fonde. Med udgangspunkt i denne rapport fremsatte Erhvervs- og vækstministeren d. 12. marts 2014 lovforslag nr. L154, herefter 'L154', der formentligt med mindre ændringer, bliver den nye lov om erhvervsdrivende fonde.

¹ Kraft & Partners A/S, *Den Danske Fondsanalyse 2013*.

1.1 Emne

Denne afhandling tilsigter at sammenholde pligter og ansvar for ledelsen i erhvervsdrivende fonde efter gældende ret med det, der foreslåes indført med L154. Det vurderes herefter, hvilken betydning vedtagelsen af lovforslaget i sin nuværende form vil få for ledelsen.

1.2 Afgrænsning

Afhandlingen vil være målrettet bestyrelsen og direktion i *de erhvervsdrivende fondes ledelsesmæssige pligter og erstatnings- og bødeansvar*. Der vil være klart fokus på betydningen af de ændringer, som lovforslaget L154 og Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012 lægger op til. De almindelige fonde samt specialfonde stiftet ved lov vil ikke blive behandlet.

Lovforslaget L154 om erhvervsdrivende fonde medfører i høj grad en modernisering på linje med selskabsloven. Der vil blive trukket komparative linjer til selskabslovens regler, hvor dette er nødvendigt og meningsfyldt, dog under hensyn til de afgørende forskelle, der er på kapitalselskaber og fonde.

Afhandlingen tilsigter ikke at vurdere, hvornår en erhvervsdrivende fond opnår retssubjektivitet eller, hvornår en fond er reguleret af fondsloven eller LEF. Af afgrænsningsmæssige hensyn, vil disse forhold kun blive belyst i hovedtræk under afsnit 2 eller i det omfang, at betingelserne har betydning for fondens ledelsesmæssige forhold - f.eks. det lovmæssige krav om en uafhængig ledelse. Reglerne om permutation, konkurs og opløsning falder ligeledes uden for, hvad der behandles i nærværende fremstilling.

De bestemmelser, der i L154 videreføres i deres nuværende form, vil ikke blive behandlet, idet hovedsigtet med afhandlingen er en vurdering af effekten af lovforslaget.

Hovedvægten vel blive lagt på de bestemmelser, der vedrører fondsledelsens pligter og ansvar. Der vil blive lagt vægt på, hvornår og hvordan ledelsens svigt har repressalier.

Regler om ledelsens sammensætning behandles kun i mindre grad.

Indholdet af samtlige af de i lovforslaget foreslåede “*anbefalinger for god fondsledelse*” behandles ikke. I stedet fokuseres der på effekten af anbefalingerne som juridisk konstruktion, lige som udvalgte væsentlige anbefalinger behandles.

Af afgrænsningsmæssige hensyn vil der ikke blive inddraget skattemæssige problemstillinger samt forhold vedrørende revision.

Spørgsmål om ledelsesmedlemmernes eventuelle individuelle undskyldelsesgrunde, f.eks. nytiltrådt medlem, sygdomsperioder eller travlhed mv. behandles ikke. Betydning af sådanne faktorer ved ansvarsvurderingen er velbeskrevet i litteraturen om bestyrelsesansvar og berøres i øvrigt ikke af L154. Regler om lempelse af erstatningsansvar er ligeledes udeladt.

1.3 Metodeovervejelser

1.3.1 Den retsdogmatiske og komparative metode

Emnet vil i udgangspunktet blive behandlet ud fra den retsdogmatiske metode. Retsdogmatikken har til formål at “*beskrive, fortolke, analysere og systematisere gældende ret*”.² Hensigten med nærværende afhandling er at belyse *effekten* af lovforslaget L154 vedrørende ledelsens pligter og ansvar. For at kunne gøre dette, er det nødvendigt at analysere den gældende lovgivning dels at analysere indholdet af det foreliggende lovforslag. Resultatet af de to analyser sammenholdes med henblik på at fastlægge forskelle og dermed effekten.

Det haves for øje, at en analyse af et lovforslag ikke er en analyse af gældende ret, metoden er dog den samme med den modifikation, at der er færre anvendelige retskilder til rådighed.

1.3.2 Retskilder

Ved analysen af *gældende ret*, er den vigtigste retskilde *loven* med tilhørende *forarbejder*.³ Der tages udgangspunkt i erhvervsfondsloven, som gennem afhandlingen betegnes LEF, og betænkning nr. 970 af 1982 om fonde. Lovens indhold fastlægges ud fra en objektiv

² Jf. Munk-Hansen, *Rettens grund*, side 95, smh. Blume, *Juridiske metodelære*, side 150.

³ Jf. Blume, *Juridiske metodelære*, side 160.

ordlydsfortolkning. Ved fortolkningstvivil eller ved bestemmelser, som indeholder et skøn, inddrages lovforarbejderne til en subjektiv fortolkning af lovgivers hensigt.

Retspraksis er en betydningsfuld retskilde til fastlæggelse af rækkevidden af bestemmelserne i LEF. I denne henseende har retspraksis en præciserende funktion. Foruden loven gælder der en række fondsretlige grundsætninger for ledelsen. Idet sådanne retsgrundsætninger er uskrevne, fastlægges og udvikles de af retspraksis.⁴ Derved bliver retspraksis den primære retskilde i relation til retsgrundsætninger.

Traditionen tilsiger, at juridisk litteratur ikke i sig selv er en anerkendt retskilde. Ikke desto mindre antages det, at litteraturen er baseret på anerkendte retskilder, hvorfor det er acceptabelt at benytte litteraturen ved analysen af gældende ret.⁵ Juridisk litteratur vil i afhandlingen blive benyttet som fortolkningsbidrag, særligt ved gennemgangen af fondsretlige grundsætninger, hvor retspraksis er den primære retskilde.

Ved fastlæggelsen af indholdet af L154 lægges der vægt på lovforslagets ordlyd, lovforslagets bemærkninger og lovforarbejdet i Erhvervsfundsudvalgets rapport om fremtidens regulering af erhvervsdrivende fonde af december 2012. Det særegne ved analysen af lovforslaget er, at analysen ikke angår gældende ret, men den potentielt fremtidige gældende ret. I og med at L154 ikke er en egentlig retskilde *endnu*, er der kun fortolkningsbidrag at hente i retspraksis og juridisk litteratur i det omfang, at der er tale om fuldstændige videreførelser af gældende ret.

Det foreslås med L154, at der udarbejdes en række anbefalinger for god fondsledelse. Sådanne adfærdskodekser har ikke karakter af en egentlig retskilde og er ikke bindende for domstolene, men har alligevel en vis retskildemæssig betydning.⁶ Blume anfører, at adfærdskodeksers retskildemæssige betydning styrkes, hvis de er tilblevet under hensyn til alle de berørte interesser. De i L154 foreslåede anbefalinger har en direkte henvisning i lovforslaget og udarbejdes af en af lovgiver nedsat komité, hvorfor de må antages at have en ikke uvæsentlig retskildemæssig betydning.

⁴ Jf. Blume, *Juridiske metodelære*, side 144.

⁵ Jf. Blume, *Juridiske metodelære*, side 72.

⁶ Jf. Blume, *Juridiske metodelære*, side 145.

2 Hvad er en erhvervsdrivende fond?

Neden for opridses fondens særlige karakteristika og de juridiske rammer for fondens stiftelse og virke.

Fonden defineres selskabsretligt som en "selvejende juridisk person".⁷ Fonden er dermed et selvstændigt retssubjekt.

Der sondres mellem erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende fonde. For at en fond kan anses som erhvervsdrivende, kræver det i henhold til LEF § 1, stk. 2, nr. 1-4, at fonden:

- 1) Overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke den normalt modtager vederlag.
- 2) Udøver virksomhed med salg eller udløjning af fast ejendom.
- 3) Har den i selskabslovens §§ 3 og 4 anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med en anden virksomhed omfattet af nr. 1 og 2.
- 4) Udøver bestemmende indflydelse over en anden virksomhed i henhold til vedtægt eller aftale og har en betydelig andel i dens driftsresultat uden at have den i nr. 3 anførte forbindelse med virksomheden.

Desuden kræves det, at den erhvervsdrivende fond ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i LEF § 1, stk. 4 om en række fonde stiftet på et særligt grundlag.

Fonde stiftes ved en uigenkaldelig udskillelse af stifterens aktiver til fonden.⁸ Udskillelsen skal altså i retlig henseende (råden i form af eksempelvis pantsætning, salg mv.), men også i faktisk henseende (den faktiske brug af eksempelvis fondens aktiver) være sket til fonden.⁹ Konsekvensen af, at udskillelsen af stifterens aktiver ikke i tilstrækkelig grad har været uigenkaldelig, kan være vidtrækkende, f.eks. at stifteren bliver skattepligtig af fondens indtægter.

⁷ Jf. Werlauff, *Selskabsret*, side 117.

⁸ Jf. Lyng Andersen, *Fonde og foreninger I*, side 44 smh. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 50.

⁹ Jf. Werlauff, *Selskabsret*, side 118.

For at fonden kan stiftes, kræves der endvidere, at fonden har et særskilt *formål*. Dette kan både være almennyttigt, familiemæssigt, virksomhedsbevarende mv.¹⁰

Formålet indgår som en del af fondens vedtægter, som foruden formålsbestemmelsen består af navn, hjemsted, aktiver og egenkapital, eventuelle særlige rettigheder eller fordele for stiftere eller andre, antallet af bestyrelsesmedlemmer og hvorledes de udpeges, regnskabsaflæggelse, herunder regnskabsåret samt anvendelse af overskud, stifter(e), kapitalstørrelse og indbetalingsform (kontant- eller apportindskud), jf. LEF § 7, stk. 1, nr. 1-10.

For stiftelsen af erhvervsdrivende fonde gælder et kapitalkrav kr. 300.000, jf. LEF § 9, stk. 1. Endvidere gælder det, at fonden skal have aktiver i et tilstrækkeligt omfang til at varetage driften af fonden. I mange tilfælde vil det ikke være tilstrækkeligt med en kapital på kr. 300.000, hvis den fonden eksempelvis ejer eller skal etablere en produktionsvirksomhed.¹¹ Kapitalen kan indskydes med andre værdier end kontanter (apportindskud), jf. LEF § 9, stk. 2. Dette kan eksempelvis være i form af en bil, malerier, aktier, fordringer mv., men kan ikke ske ved indskud af en arbejdsforpligtelse, jf. LEF § 9, stk. 3. Ved indskud af aktiver skal en registreret eller statsautoriseret revisor afgive erklæring om aktivets værdi (vurderingsberetning), jf. LEF § 9, stk. 2, sidste pkt., med mindre der er tale om aktier og obligationer, hvor seneste køberkurs henholdsvis skattekurs kan anvendes til værdiansættelsen, jf. LEF § 9, stk. 4.

Erhvervsdrivende fonde opnår ikke retssubjektivitet før ved registrering hos Erhvervstyrelsen, som er tilsynsmyndigheden for de erhvervsdrivende fonde. Forinden denne registrering kan den erhvervsdrivende fond således ikke erhverve rettigheder eller indgå forpligtelser, og for forpligtelser, der indgås inden registreringen, hæfter de, som har indgået forpligtelsen eller som har ansvar herfor.¹²

Fonde kan i dag fortsat benyttes til at begunstige stifterens familie og fremtidige generationer heraf. Imidlertid skal det holdes for øje, at disse muligheder i henhold til LEF § 8, stk. 1 er blevet begrænsede i et vist omfang. Således er det i henhold til bestemmelsen ikke muligt i vedtægterne at bestemme, at medlemmer af en bestemt

¹⁰ Jf. Werlauff, *Selskabsret*, side 130.

¹¹ Jf. Werlauff, *Selskabsret*, side 127.

¹² Jf. Munck og Hedegaard Kristensen, *Selskabsformerne*, side 391.

familie eller visse familier skal have fortrinsret til uddelinger fra fonden, hvis denne fortrinsret rækker videre end til nulevende personer på stiftelsestidspunktet og én ufødt generation i forhold hertil.

Begunstigelsesmulighederne er imidlertid ikke helt afskaffede, idet der fortsat er mulighed for at indskrive i fondens formål, at en bestemt familie ønskes begunstiget af fonden. Så længe familiemedlemmerne ikke har et egentligt retskrav på uddelinger, vil en sådan formålsbestemmelse fortsat kunne indføres i vedtægterne.¹³

2.1 Den skattemæssige successionsproblematik

Tidligere kunne erhvervsdrivende fonde stiftes med indskud af stifterens virksomhed uden realisationsbeskatning. Dette gjorde fonden attraktiv ved generationsskifte. Herved sikredes der ro i selskabet/virksomheden, samtidig med at fremtidige generationer kunne tilgodeses.¹⁴ Betydningsfulde erhvervsdrivende fonde med ejerskab i eksempelvis A.P. Møller - Mærsk Group, Novo Nordisk A/S, Danfoss A/S m.fl. er således stiftet i en periode, hvor stiftelsen kunne ske med skattemæssig succession.¹⁵

Denne mulighed har været fjernet siden vedtagelsen af lov nr. 431 af 26. juni 1998, hvorved indskud af aktier ved arv realisationsbeskattes. Fonde er ikke omfattet af lov om skattefri virksomhedsomdannelse, hvorfor afståelse af aktier til fonde realisationsbeskattes, jf. aktieavancebeskatningslovens § 12. Dette medfører, at fondsmodellen på nuværende tidspunkt grundet de skattemæssige konsekvenser ofte fravælges. Det stiftende selskab må efter gældende ret anvende en betydelig del af virksomhedens midler til at betale denne beskatning.¹⁶

Der er dog øje for denne problemstilling. Erhvervsfondsudvalget har i Rapporten af december 2012 udtrykt, at fuldstændig skattemæssig succession bør genindføres.¹⁷ I aftalerne bag Vækstplan DK fremgår det, at alle partier i Folketinget (foruden SF og

¹³ Jf. Werlauff, *Selskabsret*, side 126.

¹⁴ Jf. <http://www.business.dk/oekonomi/skat-hindrer-nye-fonde>

¹⁵ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 16.

¹⁶ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 15 og 71.

¹⁷ Ibid.

Enhedslisten) er enige om, at det fra 2015 skal være muligt at indskyde virksomheder i fonde med skattemæssig succession.¹⁸ Dette ønskes for at fremtidssikre fondsmodellen.

2.2 Fondsmyndigheden

Den væsentligste forskel på kapitalselskaber og fonde er formentligt ejerskabet. Kapitalselskabet er ejet af en eller flere kapitalejere, der ved generalforsamlingen - selskabets absolut øverste ledelsesorgan - udøver sine forvaltningsmæssige beføjelser over selskabet.

Kapitalselskabet styres i øverste instans ved, at generalforsamlingen stemmer om forhold, der er henlagt til deres afgørelse i lov eller vedtægter. Generalforsamlingen vælger selskabets bestyrelsesmedlemmer. Ejerne har mulighed for at føre tilsyn og løbende evaluere selskabsledelsens arbejde og, hvis dette arbejde måtte være utilfredsstillende, skride til handling over for ledelsen. Desuden kan generalforsamlingen som udgangspunkt med dobbelt totredjedelsmajoritet, jf. selskabslovens § 106, ændre vedtægterne for selskabet, så ejerne løbende kan sikre, at vedtægterne er tidssvarende og tager stilling til alle for selskabet relevante forhold. Vedtægterne fungerer for fonde og selskaber ud over præceptiv lovgivning som ledelsens øverste regelsæt.

Som omtalt ovenfor er fonden karakteristisk derved, at den er selvejende. Der er således ingen kapitalejere og dermed ingen generalforsamling. Stifteren skal uigenkaldeligt afgive sin ejendomsret og kontrol med de aktiver, som han skyder ind i fonden. Derved giver stifteren også afkald på alle sine forvaltningsmæssige beføjelser over fondens ledelse, og kan som udgangspunkt ikke skride ind over for forhold, han finder utilfredsstillende. Derfor mangler fonden som retsform en ejerkreds, der kan føre kontrol med ledelsen af fonden.¹⁹

Som en form for substitut for en ejerkreds indeholder LEF § 57 regler om offentligt tilsyn med de erhvervsdrivende fonde.²⁰ Under betegnelsen *fondsmyndighed*, fastsætter fondslovene regler om, at visse ministerier har til opgave at føre tilsyn med de fonde, som har hjemsted inden for landets grænser. LEF fastsætter i § 57, at erhvervsministeren som udgangspunkt er fondsmyndighed over for de erhvervsdrivende fonde. I § 57, stk. 1, 2. og

¹⁸ Jf. Finansministeriet, *Vækstplan DK af februar 2013*, side 7, 38, 46 og 52.

¹⁹ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 987.

²⁰ Jf. Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, side 103.

3. pkt. er der gjort 2 undtagelser til dette udgangspunkt. Når enten 1) fondens hovedformål henhører under justitsministerens forretningsområde eller når 2) fonden har flere ligestillede formål, der ikke hører under samme minister. I disse tilfælde er justitsministeren fondsmyndighed. Erhvervsministeren har henlagt beføjelsen som fondsmyndighed til Erhvervsstyrelsen, og når LEF henviser til Justitsministeren, er beføjelserne henlagt til Civilstyrelsen. Er der tvivl om, under hvis resort en fond henlægges, afgøres spørgsmålet ved forhandling mellem Justitsministeren og Erhvervsministeren.²¹ Det i litteraturen blevet kritiseret, at der er to forskellige fondsmyndigheder alt efter fondens formål.²²

Fondsmyndigheden skal efter loven føre et vist tilsyn med, at de erhvervsdrivende fonde drives forsvarligt i overensstemmelse med LEF og vedtægterne og herved stifterens ønske.²³

Det kan altid diskuteres, om denne offentlige tilsynsførelse er af en tilsvarende kvalitet og grundighed som den, ejer kredsen foretager i sammenlignelige situationer over for kapital selskaberne. Ejerne har stor økonomisk interesse i, at selskaberne drives forsvarligt, og selskabsledelsen vil altid skulle stå til ansvar over for ejerkredsens forventninger. Det kan endvidere anføres, at det er en tung opgave for myndighederne, at føre lige grundigt tilsyn med alle de danske fonde. Omvendt kan det anføres, at fondsmyndigheden har stor ekspertise i opgaven med at føre tilsyn.

Kapitalejerne har en profitorienteret interesse i selskaberne, mens fondsmyndighedens opgave er at sikre, at fondsbestyrelsen overholder lov og vedtægter. I betænkningen af 1982 om fonde har udvalget angivet, at det *ikke er hensigten, at fondsmyndigheden skal foretage en gennemgang af alle årsregnskaber*, men at fondsmyndigheden vil have mulighed for at gennemgå regnskaber med henblik på at påse, at fondenes virksomhed udøves forsvarligt.²⁴

Fondsmyndigheden - uanset hvilken styrelse der er tale om - har i medfør af LEF § 57, stk. 2 mulighed for at *udstede påbud* over for fondsbestyrelsen, hvis det kommer for dagen, at fonden ikke ledes i overensstemmelse med vedtægter eller lovgivningen. Dette kunne

²¹ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 992.

²² Jf. Werlauff, ET 2012.221.

²³ Jf. Lyng Andersen, *Fonde og foreninger I*, side 457.

²⁴ Jf. Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, side 33.

eksempelvis være relevant, hvis fondensledelsen ikke foretager de uddelinger, som kræves efter vedtægterne. Fondsmyndigheden kan desuden kræve *nødvendige oplysninger* til varetagelse af hvervet som tilsynsmyndighed udleveret, jf. § 57, stk. 3.

Som tvangsmiddel kan fondsmyndigheden i medfør af § 64 pålægge daglige eller ugentlige *bøder* indtil fondsbestyrelsen bringer det pågældende forhold i overensstemmelse med fondsmyndighedens påbud. Tvangsbøderne er ikke en strafsanktion, men er et *tvangsmiddel*. Tvangsbøder bortfalder ved ledelsens berigtigelse af overtrædelserne, såfremt tvangsbøderne ikke forinden er betalt eller styrelsen forinden berigtigelsen har søgt udlæg.²⁵

Fondsmyndigheden kan endvidere med hjemmel i LEF § 15, 2. pkt., jf. § 14, stk. 3, *afsætte* direktionen eller bestyrelsesmedlemmer, der 1) har gjort sig *uværdige* til forsat at være en del af fondsledelsen, 2) har gennemgået længere tids sygemelding, eller 3) som har vist sig *klart* uegnede til hvervet, jf. § 15, 2. pkt., jf. § 14, stk. 4. Det fremgår af betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, at reglen om afsættelse af bestyrelsesmedlemmer fordi de er uegnede har karakter af en undtagelsesbestemmelse, der kun kan bringes i anvendelse under særlige omstændigheder.²⁶

Fondsmyndigheden har også beføjelser, når det kommer til *erstatningssøgsmål* mod ledelsen. Det følger således af LEF § 45, at beslutning om at anlægge søgsmål mod direktion, bestyrelsesmedlemmer, granskingsmænd eller revisorer træffes af enten bestyrelsen eller fondsmyndigheden. Fondsmyndigheden er altså beføjet til at anlægge en sag mod bestyrelsesmedlemmer eller direktionen, hvis der er mistanke om, at ledelsen har handlet ansvarspådragende med tab som følge for fonden. Denne regel er særlig nødvendig i de tilfælde, hvor det ikke er et enkelt bestyrelsesmedlem eller direktionen, der har handlet ansvarspådragende, men hvor eksempelvis flertallet af bestyrelsen sammen har handlet ansvarspådragende. Fondsmyndigheden vil under sådanne søgsmål være part i sagen, men erstatningen skal genoprette en skade på fonden, og betales derfor tilbage til fonden.

²⁵ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 1060.

²⁶ Jf. Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, side 62.

Det vederlag, som fondsbestyrelsen modtager, er også underlagt en rimelighedscensur fra fondsmyndigheden. Det følger af LEF § 19, stk. 1, at vederlaget ikke *må* overstige, hvad der er *sædvanligt* efter hvervets *art* og *arbejdets omfang*.

Visse beslutninger kan fondsbestyrelsen ikke træffe egenhændigt. Det fremgår LEF § 21, stk. 3, at *ekstraordinære dispositioner*, som kan medføre risiko for, at vedtægterne ikke kan overholdes, kræver samtykke fra fondsmyndigheden. Reglen griber også det tilfælde, at fondsbestyrelsen alene har medvirket til dispositionen, ved f.eks. ikke at gribe ind over for direktionen. Forholdet kan generelt sammenlignes med den situation, hvor en kapital-selskabsbestyrelse ønsker at gennemføre dispositioner, der *kan* være i strid med selskabets vedtægter. I denne situation bør bestyrelsen ligeledes indkalde til ekstraordinær generalforsamling, for at sikre sig mod et evt. erstatningsansvar for tab som følge af dispositioner i strid mod vedtægterne.

Fonde kan i princippet leve evigt, og da fondene er uden en ejerkreds til at ændre vedtægterne, kan disse med tiden blive utidssvarende eller meningsløse i takt med, at samfundet udvikler sig. Idet stifteren aldrig kan tage højde for alle fremtidige udfordringer indeholder LEF kapitel 9 en række regler, som giver fondsmyndigheden mulighed for ved *permutation* at ændre vedtægterne. Permutation ligger uden for denne afhandlings fokusområde, og vil ikke blive behandlet yderligere.

Ud over de oven for omtalte situationer, har fondsmyndigheden en række opgaver, der bl.a. relaterer sig til erhvervsdrivende fondes opløsning, fusion og dispensation for forbuddet mod medlemmer i bestyrelsen fra stifterens familie. I visse tilfælde står fondsmyndigheden endvidere for at udpege nye bestyrelsesmedlemmer, jf. § 16, stk. 2, f.eks. når de udvælgelsesbestemmelser som fremgår af vedtægterne ikke længere giver sikre holdepunkter. Et eksempel kunne være, at en bestemt forening skulle stå for at udpege et antal bestyrelsesmedlemmer og denne forening senere ophører eller sammenlægges med en anden. Disse sidstnævnte emner bliver ikke behandlet i nærværende fremstilling.

2.3 Lovforslag af d. 12. marts 2014 om erhvervsdrivende fonde

Den 18. december 2012 fremlagde Erhvervsfundsudvalget deres rapport om fremtidens regulering af erhvervsdrivende fonde. Den 12. marts 2014 fremsatte Erhvervs- og vækstministeren på baggrund af denne rapport lovforslaget L 154 om erhvervsdrivende fonde.

Formålet med lovforslaget er navnligt at modernisere lovgrundlaget for erhvervsdrivende fonde bl.a. under hensyn til det øgede fokus, der de seneste år har været på ansvarlighed, åbenhed og god virksomheds- og ledelseskultur.²⁷ Sammenfattende indebærer lovforslaget ifølge egen ordlyd:²⁸

- *“en modernisering af lovgrundlaget for erhvervsdrivende fonde på linje med selskabslovgivningen,*
- *en øget åbenhed om bestyrelsens aktiviteter og uddelinger samt*
- *en styrkelse af fondsmyndighedens muligheder i forhold til bestyrelsen.”*

Lovforslaget bygger hovedsageligt på de tanker, der er fremsat i Erhvervsfundsudvalgets rapport af 2012, og har hentet inspiration til en række af ændringsforslagene i arbejdet med moderniseringen af selskabsloven fra 2010.²⁹ Det er den overordnede hensigt med lovforslaget at skabe *“neutralitet mellem de regler, der gælder for de forskellige virksomhedsformer i Danmark.”*³⁰

Et af de punkter i lovforslaget, hvor regelgrundlaget står til helt og aldeles at skifte udseende - i hvert fald rent lovteknisk - er bestemmelserne i §§ 38 og 42 om bestyrelsens henholdsvis direktionens opgaver. De to bestemmelser, der foreslås indført, ligner i udpræget grad bestemmelserne i §§ 115 og 117 i selskabsloven om de samme emner. Lovforslaget indeholder dog ikke mulighed at udskifte bestyrelsen med et tilsynsråd i erhvervsdrivende fonde, som det kendes fra selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2.

Af andre lignende forhold kan nævnes ledelsens reaktionspligt ved kapitaltab på mere end halvdelen af grundkapitalen, pligt for bestyrelsen til at lave en forretningsorden og

²⁷ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 23.

²⁸ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 24.

²⁹ Ibid.

³⁰ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 23.

forskrifterne ved fusion. Mange andre aspekter af loven er inspireret direkte fra selskabsloven, men en udtømmende sammenligning af lovforslaget og selskabsloven falder uden for formålet med nærværende fremstilling.

2.4 Sammensætning af ledelsen og uafhængighed

Det er et krav, at fonden skal have en bestyrelse, der som udgangspunkt skal bestå af minimum 3 medlemmer, jf. LEF § 12, stk. 1. Alene fysiske enkeltpersoner kan være medlemmer af bestyrelsen.³¹ Der er endvidere mulighed for, at bestyrelsen kan ansætte en eller flere direktører, jf. § 12, stk. 2.

2.4.1 Uafhængighed

Fondens ledelse skal være uafhængig af stifteren, og som følge heraf er det bestemt i LEF § 17, stk. 1, at stifteren, dennes ægtefælle eller personer, der er knyttet til de nævnte personer ved slægt- eller svogerskab i ret op- eller nedstigende linje eller sidelinjen så nært som søskende, ikke uden fondsmyndighedens samtykke kan udgøre bestyrelsens flertal. Ovenstående skal ses i forhold til kravet om en uigenkaldelig udskillelse af stifterens aktiver. Aktiverne er ikke uigenkaldeligt udskilt, hvis stifteren eller dennes nærtstående egenhændigt kan råde over fondens dispositioner. Herudover følger det af § 17, stk. 2, at i tilfælde, hvor fonden stiftes af et selskab, kan en majoritetssejer samt dennes familie, jf. stk. 1, ikke uden samtykke fra fondsmyndigheden udgøre bestyrelsens flertal.

Foruden de lovbestemte krav om familiær uafhængighed i § 17, gælder endvidere efter uskrevne fondsretlige grundsætninger, at fonden skal have en selvstændig ledelse.³² Dette skal først og fremmest forstås som et krav om uafhængighed af stifteren.³³ Både de, som er væsentlige gavegivere til fonden og de, som modtager væsentlige legater fra fonden, anses som afhængige. Hvis ikke væsentlige gavegivere var omfattet af reglerne om afhængighed, ville det i praksis medføre, at kravet om uafhængighed af stifteren ville kunne omgås.³⁴ Eksempelvis kunne den "egentlige stifter" lade en anden stifte fonden med minimumskapital, hvorefter den "egentlige stifter" ville kunne give en betydelig gave til

³¹ Jf. Lynge Andersen, *Fonde og foreninger I*, side 373.

³² Jf. Munch og Hedegaard Kristensen, *Selskabsformerne*, side 399.

³³ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 97.

³⁴ Ibid.

fonden og dermed være den væsentligste bidragsyder i fonden, men uden at være omfattet af uafhængighedsreglerne. Dette forekommer ikke at være en hensigtsmæssig retstilstand.

Uafhængighed må vurderes ud fra ledelsens evne og vilje til "uhildet og upartisk" at varetage fondens formål.³⁵ Forskrifterne om uafhængighed fungerer præventivt mod ledelsens misbrug af sin position. Forskrifterne suppleres af reglerne om inhabilitet (LEF § 20 og L154 § 51), som sigter mod konkrete beslutninger, hvor ledelsen har været drevet af egeninteresser mv. Ledelsen må ikke disponere til fordel for medlemmer af ledelsen på fondens bekostning. Denne uskrevne regel forslås med L154 kodificeret i § 63 under betegnelsen: Utilbørlige dispositioner.³⁶ Reglen medfører, at sådanne beslutninger efter L154 vil være ugyldige.

Kravet om en selvstændig ledelse har traditionelt efter fondsretlige grundsætninger været anset for opfyldt, hvis blot mindst et medlem af fondens bestyrelse er uafhængigt og uvildigt i forhold til fondens stifter og dennes nærtstående.³⁷ Dette udgangspunkt skal dog ses i forhold til Erhvervsstyrelsens praksis vedrørende kravet om en selvstændig ledelse. Af denne praksis følger det, at hvis der har været indicier på, at et enkelt bestyrelsesmedlem ikke har været tilstrækkeligt til at sikre en selvstændig ledelse, så har Erhvervsstyrelsen krævet, at mellem en tredjedel og op til halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne er uafhængige.³⁸

I det nye lovforslag lægges der efter bemærkningerne op til en præcisering af, hvad der ligger i kravet om en selvstændig ledelse. Denne præcisering forudsættes at blive indsat i "anbefalinger for god fondsledelse", hvortil der indsættes en henvisning i lovforslagets § 60. Herefter lægges der op til, at antallet af uafhængige bestyrelsesmedlemmer skal stige i forhold til det vedtægtsbestemte antal af bestyrelsesmedlemmer.³⁹

³⁵ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 124.

³⁶ Jf. Lovforslag L154 af 12. marts 2014 om erhvervsdrivende fonde, side 99.

³⁷ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 98.

³⁸ Ibid.

³⁹ Jf. Lovforslag L154 af 12. marts 2014 om erhvervsdrivende fonde, side 39.

2.4.2 Udpegning af fondens bestyrelsen

Medlemmer af bestyrelsen i den erhvervsdrivende fond vælges i overensstemmelse med vedtægternes bestemmelser herom. Ved udpegningen af fondens første bestyrelsesmedlemmer, er disse ofte nævnt ved navn i vedtægterne.⁴⁰

Når vedtægterne ikke indeholder retningslinjer for udpegningen af bestyrelsesmedlemmer, iværksætter Erhvervsstyrelsen udpegningen. Det følger af Erhvervsstyrelsens administrative praksis, at medlemmer af fondens bestyrelse herefter udpeges af enten 1) organisationer, foreninger mv., som er uden for fonden, men med relation hertil eller 2) de resterende bestyrelsesmedlemmer, som ikke er på valg, forestår udpegningen af medlemmer af bestyrelsen (selvudpegning).⁴¹

Der gælder ikke et forbud mod, at bestyrelsesmedlemmer kan bestride dobbeltposter, således at de både er repræsenteret i moderfonden og i datterselskabet. Dette forekommer ofte.⁴²

Dobbeltposter kan både forekomme ved, at moderfonden udpeger medlemmer af datterselskabets bestyrelse, som i forvejen sidder i bestyrelsen i moderfonden, men også ved, at datterselskabet udpeger medlemmer af moderfondens bestyrelse, som i forvejen sidder i datterselskabets bestyrelse.

Førstnævnte udpegning (udpegning oppe fra og ned) kendes fra selskabsretten, hvor udpegningen fra moderselskabet til datterselskabet i en koncern er en sædvanlig praksis, som blandt andet kan anvendes til at sikre, at en vedtagen koncernpolitik føres ud i livet i datterselskabet.⁴³

Udpegning fra datterselskabet til moderfonden (nede fra og op) er derimod ikke sædvanligt i forhold til selskabsretten, hvor udpegninger går oppe fra og ned. Det kan synes problematisk, at disse udpegninger finder sted, idet disse udpegninger principielt kan sætte fondens og fondsbestyrelsens kontrolfunktion overfor datterselskabet ud af kraft.⁴⁴

⁴⁰ Jf. Heje Mikkelsen og Werlauff, *Den erhvervsdrivende fond*, side. 49.

⁴¹ Jf. Heje Mikkelsen og Werlauff, *Erhvervsdrivende fonde*, side 275.

⁴² Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 101.

⁴³ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, RR.2008.10.0036.

⁴⁴ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 129.

I L154 foreslås i § 37, stk. 4 indført et forbud mod udpegning fra den erhvervsdrivende fonds datterselskaber til bestyrelsen i den erhvervsdrivende fond (nede fra og op), idet erhvervsfundsudvalget har fundet, at denne udpegningsmodel er udtryk for en uhensigtsmæssig governance-struktur, hvor der kan stilles spørgsmål ved de sædvanlige kontrol- og tilsynsbeføjelser.⁴⁵ Dog er den foreslåede bestemmelse ikke til hinder for, at eksisterende vedtægtsbestemmelser med udpegning fra datterselskab til moderfond kan videreføres uændret, jf. den foreslåede § 133, stk. 8 i L154.

Der er efter gældende ret ikke noget til hinder for, at en direktør for en erhvervsdrivende fond samtidig sidder i bestyrelsen i fonden. Dog gælder det efter LEF § 12, stk. 3, 1. pkt., at flertallet af bestyrelsesmedlemmer i fonden ikke må være ansat som direktører i fonden. Der er mulighed for, at direktøren for en erhvervsdrivende fond med fondsmyndighedens samtykke samtidig kan være formand for fondens bestyrelse. Samme retsstilling antages at være gældende for udpegning af næstformand til bestyrelsen, om end dette ikke positivt er angivet i LEF § 12, stk. 3, 2. pkt.⁴⁶

I L154 foreslås i § 37, stk. 3 en bestemmelse der i visse situationer begrænser direktionens adgang til at sidde i bestyrelsen:

Stk. 3. Flertallet af bestyrelsens medlemmer må ikke være ansat som direktører i fonden. En direktør kan ikke være formand eller næstformand for bestyrelsen.

Bestemmelsen medfører en ændring af gældende ret, som indebærer, at fondsmyndigheden nu ikke længere har mulighed for at dispensere fra forbuddet mod, at en direktør i en erhvervsdrivende fond samtidig er formand eller næstformand for bestyrelsen. Baggrunden herfor er, at det er blevet fundet uhensigtsmæssigt med personsammenfald på posten som direktør og formand/næstformand, og at dette ville så tvivl om arbejdsdelingen og kontrollen med direktionen fra bestyrelsens side.⁴⁷

⁴⁵ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 76.

⁴⁶ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 388.

⁴⁷ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 76.

2.4.3 Ansættelse af direktionen

Efter gældende ret ledes erhvervsdrivende fonde som udgangspunkt af en bestyrelse, jf. LEF § 12, stk. 1, 1. pkt. Bestyrelsen har mulighed for - men ikke pligt til - at ansætte en direktion til at varetage den daglige ledelse i den erhvervsdrivende fond, jf. LEF § 12, stk. 2. Der er endvidere mulighed for, at bestyrelsen kan antage en administrator til varetagelse af de daglige opgaver i fonden. I dette tilfælde vil ansvaret for den daglige ledelse fortsat ligge hos bestyrelsen, ligesom dette også vil være tilfældet, hvis der ikke ansættes en direktion, jf. afsnit 3.2 om bestyrelsens pligter.

3 God fondsledelse

3.1 Typer af pligter for fondsledelsen

Bestyrelsen og direktionen i en erhvervsdrivende fond skal i sit daglige virke overholde en række regler, forskrifter og andre uskrevne adfærdsnormer. En del af disse pligter er direkte kodificeret i lov, mens andre følger af praksis, fondsretlige grundsætninger eller af 'forholdets natur'. Overholdelsen af sådanne pligter har en betydning ift. en erstatningsretlig vurdering, men forsømmelser er ligeledes sanktioneret ved bøde og ved, at fondsmyndigheden kan gribe ind over for ledelsen, som beskrevet oven for i afsnit 2.2. Markedets aktører kan ligeledes have en interesse i, at fonden ledes efter loven. Kreditorernes - eksempelvis kreditgiverens eller bankens - velvilje over for fonden kan påvirkes, hvis ledelsen ikke driver fonden i overensstemmelse med lov og forskrifter.

Ud fra et samfundsmæssigt og lovgivningsmæssigt perspektiv er der en række fordele ved at lade dele af adfærdsnormen for ledelsen være reguleret af uskrevne normer eller retsstandarder. Reguleringen af ledelsens pligter vil i disse situationer i højere grad være dynamisk og følge samfundets udvikling. Omvendt kan upræcise lovbestemmelser og mange uskrevne normer give en uklar retsstilling for bestyrelsesmedlemmerne og direktionen.

Med L154 er der lagt op til, at fremtidens regulering af ledelsens pligter i højere grad skal være kodificeret direkte i loven. En sådan ændring skaber øget klarhed om, hvilke forhold ledelsen skal overholde. En del af de pligter, som i forvejen gjaldt af praksis og normer, vil efter lovforslaget blive indført og præciseret i loven.⁴⁸ Umiddelbart er der derved lagt op til en øget lovregulering. Med § 60 i lovforslaget foreslås indførelsen af en ny retlig standard for *god fondsledelse*. Erhvervsfondsudvalget fik i sit kommissorium til opgave at lave et udkast til *anbefalinger for fondsledelse*.

Anbefalingerne er ikke fuldstændigt sammenlignelige med de handlenormer og god skiks regler, der gælder inden for andre lovområder, f.eks. god markedsføringssskik efter markedsføringslovens § 1, der modsat anbefalingerne har karakter af en bindende generalklausul. Erhvervsstyrelsen angiver i L154, at "*anbefalingerne er frivillige for de*

⁴⁸ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 135 smh. Høringsnotat af 12. marts 2014, side 14.

omfattede virksomheder og udtryk for såkaldt >>soft law<<. Mens regulering ved lov (>>hard law<<) typisk beskriver en minimumstandard, som sætter rammerne for selskabers handlemåde, afspejler soft law "best practice" for god virksomhedsledelse (...)."

49

Umiddelbart neden for i afsnit 3.2 behandles de af fondsledelsens pligter, der følger direkte af lovtæksten. Dette vil ske særligt med henblik på, hvilke ændringer der lægges op til i L154 sammenholdt med LEF. Det vurderes, hvad effekten er af de pågældende ændringsforslag. I afsnit 3.5 behandles den del af lovforslaget, der vedrører indførelsen af *anbefalinger for god fondsledelse*.

3.2 Bestyrelsens opgaver

En erhvervsdrivende fond ledes af en bestyrelse, jf. LEF § 12, stk. 1, 1. pkt. Grundet fondens karakter som en selvejende institution er bestyrelsen som udgangspunkt eneansvarlig for fondens virke, og har således større indflydelse end bestyrelsen i et kapitalselskab, der er underlagt generalforsamlingen.⁵⁰

Fondsbestyrelsen er det øverste ledelsesorgan og træffer således alle de væsentlige beslutninger for den erhvervsdrivende fond herunder beslutning om ansættelse af en direktion, hvis bestyrelsen finder dette fordelagtigt, jf. § 12, stk. 2. Det er altså ikke et krav efter loven, at erhvervsdrivende fonde har en direktion. Hvis en direktion ansættes, forestår denne den daglige ledelse. Direktionen behandles neden for i afsnit 3.3. Bestyrelsen kan som alternativ til en direktion antage en administrator til at forestå de daglige opgaver i fonden, men en sådan administrator er ikke at anse som en direktør i lovens forstand, hvorfor bestyrelsen i denne situation stadig selv vil have ansvaret for den daglige ledelse.⁵¹

Bestyrelsen skal lede fonden i overensstemmelse med loven og fondens vedtægter, hvilket er bestyrelsens ansvar, uanset om denne har ansat en direktion eller ej.⁵²

⁴⁹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 95.

⁵⁰ Jf. Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, side 34 smh. Lyngé Andersen, *En fondsbestyrelsés arbejde*, side 19 og Brink Lund m.fl., *Dansk fondsledelse*, side 35 ff.

⁵¹ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 111.

⁵² Ibid.

Bestemmelsen i LEF § 12, stk. 1 tildeler bestyrelsen ledelseskompetence, men derudover afskærer den også bestyrelsen fra at uddelegere kompetence til tredjemand. De reelle øverste ledelsesbeføjelser i fonden *skal* ligge hos bestyrelsen.⁵³ Bestyrelsen skal have en formand, der sørger for, at der i bestyrelsen afholdes det nødvendige antal møder, jf. § 21, stk. 1. Medmindre andet fremgår af vedtægterne, så er bestyrelsen beslutningsdygtig, når halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne er til stede og træffer som udgangspunkt sine beslutninger ved simpel stemmemajoritet, hvor formandens stemme er udslagsgivende ved stemmelighed, jf. § 21, stk. 2.

Den centrale bestemmelse om bestyrelsens opgaver er LEF § 25. Denne regel indeholder for det første en kompetencefordeling mellem bestyrelse og direktion, men oplister også nogle pligter for bestyrelsen. Efter ordlyden af § 25, stk. 1 er det *“Bestyrelsen [der] forestår ledelsen og organisationen af en erhvervsdrivende fonds virksomhed. Findes der en direktion, forestås ledelsen af bestyrelsen og direktionen.”* Bestyrelsen afgør altså, hvordan fonden rent strategisk skal organiseres, men fører også tilsyn med fondens ansatte, hvilket følger af det almindelige ledelsesansvar. Det er som udgangspunkt ikke hensigten, at bestyrelsen skal gå ned i alle de detaljerede forhold ved fondens organisation. Den skal i stedet give de overordnede retningslinjer.⁵⁴ Detaljeringsgraden af bestyrelsens arbejde afhænger naturligvis af fondens størrelse og, om der er ansat en direktion eller administrator.

Af § 25, stk. 2 følger det, at bestyrelsen skal opstille retningslinjer og give anvisninger til direktionen under dennes *daglige* ledelse. Bestyrelsen har i denne henseende en kontrolforpligtelse over for en eventuel direktion.⁵⁵

I bestemmelsens stk. 3 præciseres det, at en vigtig opgave for ledelsen er, at *“Bestyrelsen skal påse, at bogføringen og formueforvaltningen kontrolleres på en efter fondens forhold tilfredsstillende måde. Er der ansat en direktion, skal denne sørge for, at fondens bogføring sker under iagttagelse af lovgivningens regler herom, og at formueforvaltningen foregår på betryggende måde.”* Denne sidstnævnte bestemmelse indebærer indirekte, at hvis der *ikke* er ansat en direktion i fonden, så påhviler alle pligterne i § 25, stk. 3

⁵³ Jf. Brink Lund m.fl., *Dansk fondsledelse*, side 37 smh. Lyng Andersen, *En fondsbestyrelses arbejde*, side 19 og Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 557.

⁵⁴ Jf. Samuelsson og Søgaard, *Bestyrelsesansvaret*, side 373 smh. 274.

⁵⁵ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 562.

bestyrelsen, herunder de praktiske foranstaltninger med lovmæssig bogføring og betryggende formueforvaltning.⁵⁶ Bestyrelsen har en pligt til løbende at holde sig orienteret om kapitalsekskabets økonomiske situation. Ordlyden af § 25, stk. 3 indeholder i følge forarbejderne til loven endvidere en pligt til at sikre, at fondens aktiver anbringes forsvarligt.⁵⁷ Dette må forstås således, at fondens investeringer skal være forsvarlige henset til fondens konkrete situation og således, at de giver et rimeligt afkast, men ikke er udsat for en for høj risiko.

Sammenfattende skal en fondsbestyrelse i henhold til i § 25 forestå:

- Den overordnede ledelse af fonden.
- Organiseringen af fondens struktur og strategi.
- Udførelse af tilsyns- og instruktionsbeføjelser.
- Opstillingen af overordnede retningslinjer for direktionen.
- Kontrol med at bogføring og formueforvaltning er tilfredsstillende.
- Praktiske opgaver med bogføring og formueforvaltning samt den daglige ledelse i fonde uden en direktion.

LEF § 25 følger den nu historiske aktieselskabslovs § 54's forbillede, skønt en række små detaljer er udeladt i fondsversionen.⁵⁸ Af denne årsag har nogle forfattere inden for den fondsretlige litteratur fundet, at en række af de principper, der gælder for bestyrelsen i kapitalsekskaber efter den tidligere gældende § 54 i aktieselskabsloven, ligeledes kan overføres på de erhvervsdrivende fonde, dog med de modifikationer den manglende ejerkreds nødvendiggør.⁵⁹

§ 25, stk. 4-7 er indsat i 2012 ved lov nr. 1383 om ændring af selskabsloven, årsregnskabsloven og forskellige andre love. Disse tilføjelser pålægger visse erhvervsdrivende fonde at udarbejde måltal for at opnå ligevægt mellem kønnene i bestyrelsen og indeholder ikke yderligere regulering af bestyrelsens opgaver og pligter i relation til det faktiske bestyrelsesarbejde. Af sidstnævnte årsag er stk. 4-7 ikke behandlet.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Jf. Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, side 107.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 556, 562 ff og 566 ff smh. Samuelsson og Søgaard, *Bestyrelsesansvaret*, side 373.

Bestemmelsen i § 25 om bestyrelsens opgaver suppleres af en række øvrige regler, herunder § 20 om inhabilitet, § 25 a vedrørende bestyrelsens oplysningspligt over for revisor, § 21, stk. 3 om ekstraordinære dispositioner, § 21, stk. 4 om forhandlingsprotokol, § 23 om spekulationsforbud med hensyn til ejerandele i datterselskaber og § 27 om tegningsret. Overordnet set indeholder den gældende lov, LEF, imidlertid kun nogle meget løse og overordnede regler om, hvad bestyrelsen i en erhvervsdrivende fond skal udføre af opgaver i relation til fondens drift. Dette forhold er dog ikke nødvendigvis et udtryk for, at det er nemt at sidde i bestyrelse i de erhvervsdrivende fonde, der ofte er i besiddelse af betydelige aktiver.

3.2.1 Bestyrelsens opgaver efter lovforslag nr. 154 om erhvervsdrivende fonde

Et af formålene med lovforslag nr. 154 af d. 12. marts 2014 om erhvervsdrivende fonde er at modernisere lovgrundlaget bl.a. ift. ansvarlighed og god virksomheds- og ledelseskultur.⁶⁰ I relation til reguleringen af fondsbestyrelsen og dennes opgaver er der lagt op til indførelsen af en ny bestemmelse i § 38, der deler mange lighedstræk med § 115 i selskabsloven om kapitalbestyrelsens opgaver. Den ovenfor behandlede bestemmelse i LEF § 25 videreføres altså ikke i sin nuværende form og ordlyd. Den nye bestemmelse om bestyrelsens opgaver, der foreslås indført, lyder:

“§ 38. Bestyrelsen skal alene varetage fondens formål og interesser. Bestyrelsen skal ud over at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af fondens virksomhed påse, at

- 1) bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter fondens forhold er tilfredsstillende,
- 2) der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,
- 3) bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om fondens finansielle forhold,
- 4) direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer, og
- 5) kapitalberedskabet til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde fondens nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og bestyrelsen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske stilling og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

Stk. 2. I fonde, hvor bestyrelsen ikke har ansat en direktion, skal bestyrelsen ud over opgaverne i stk. 1, varetage den daglige ledelse.”

⁶⁰ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 24.

I skrivende stund har denne del af lovforslaget ikke været til forhandling eller foreslået ændret under behandlingen i Folketinget. Erhvervsfundsudvalget har i sit lovforberedende arbejde i rapporten af december 2012 angivet, at udvalget finder, at arbejdsopgaverne for bestyrelsen og direktionen i de erhvervsdrivende fonde skal præciseres, *således som det er sket i selskabsloven*.⁶¹ Overordnet set er tilføjelserne altså tiltænkt som præciseringer. Neden for behandles de enkelte dele af L154 § 38. Det vurderes, hvilke pligter lovforslaget indeholder, samt om lovforslaget kan medføre ændringer for bestyrelserne i de erhvervsdrivende fonde.

3.2.1.1 Fondens formål og interesser

Første del af § 38, stk. 1 i lovforslaget indeholder en regel om, at bestyrelsen *alene skal varetage fondens formål og interesser*. Der har næppe nogensinde været tvivl om, at bestyrelsen - der udvælges til at være øverste ledelsesorgan i en fond - skal varetage fondens interesser og de vedtægtsbestemte formål med fonden. Forfatterne Heje Mikkelsen og Bunch har beskrevet det således, at fondsbestyrelsen allerede efter de nugældende regler skal varetage fondens formål og interesser *bedst muligt*.⁶²

Erhvervsfundsudvalget lægger da heller ikke skjul på, at der ikke er tale om en ændring af gældende ret, men at de blot finder det hensigtsmæssigt at øge opmærksomheden omkring fondens formål og interesse.⁶³

I lovforslaget er det angivet, at § 38, stk. 1, 1. pkt. viderefører gældende ret i henhold til fondsretlig praksis.⁶⁴ Reglen indebærer en pligt for bestyrelsen til at sikre sig, at fondens *“aktivitets- og uddelingsformål fremmes bedst muligt”*, men medfører også en pligt til at sikre, at direktionen og øvrige ansatte i den daglige drift alene varetager fondens interesser.⁶⁵ Endvidere kan begrebet *fondens interesse* efter lovforarbejderne udstrækkes til koncernen, således at det også er fondens interesse at sikre sig aktivt ejerskab i datterselskaberne. Herudover giver forarbejderne ikke meget vejledning om, hvad begreberne nøjagtigt indeholder.

⁶¹ Jf. Erhvervsfundsudvalgets rapport af december 2012, side 134.

⁶² Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 559.

⁶³ Jf. Erhvervsfundsudvalgets rapport af december 2012, side 134.

⁶⁴ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 77.

⁶⁵ Ibid.

Hvad fondens formål indeholder, afgøres ud fra en fortolkning af fondens formålsbestemmelse samt ud fra en helhedsvurdering af fondens samlede vedtægter og baggrund. Fondens formål kan være bredt eller snævert formuleret og kan indeholde prioriteringer, som skal tages i betragtning. Hvis en bestyrelse har handlet i strid med fondens formål, vil den oftest have handlet direkte i strid med fondens vedtægter, hvilket behandles selvstændigt i afsnit 3.2.2. Hvad fondens formål er, er et fortolkningsspørgsmål, som ikke lader sig behandle generelt. Det må dog konstateres, at handlinger i strid med formålet ikke umiddelbart vil blive underlagt en skærpet vurdering ved vedtagelsen af L154.

Fondens *interesser* er et mere diffust begreb. Det kan overordnet tænkes, at en fond har en række *individuelle* og en række *generelle* interesser. Først og fremmest har fonden interesser, der har nær tilknytning til fondens formål. For at kunne udleve sit formål, har fonden en række interesser, der ikke direkte fremgår af formålsbestemmelsen, men som bestyrelsen alligevel skal iagttage for at kunne overholde fondens formål på tilfredsstillende vis. Dog er der formentlig også nogle interesser af mere universel karakter. Interesser som stort set alle fonde har til fælles, f.eks. en sund økonomi, fornuftige investeringer og en bestyrelse, der foretager lovlige og forskriftsmæssige dispositioner. At dette ikke er nogen nyskabelse i fonsretten, kan dommen om *Bergiafonden* illustrere.

FED1998.1977Ø I sagen sagsøgte Bergiafonden 3 medlemmer af den tidligere bestyrelse med påstand om betaling af ca. 38 mio. kr. i erstatning til fonden. Fonden havde en forholdsvist bredt formuleret formålsbestemmelse, der bl.a. indeholdt støtte til forsikringsvidenskab, støtte til afhandlinger og udgivelser om bygningskunst og kunsthåndværk, retablering af betydningsfulde bygningsdele, investering i selskaber af enhver art og støtte til velgørende formål efter bestyrelsens frie skøn. Foruden dette skulle bestyrelsen i henhold til vedtægternes § 6 sikre en betryggende anbringelse af kapitalen under hensyn til risiko og rimeligt afkast dog således, at bestyrelsen havde frit skøn til at vurdere, på hvilken måde og i hvilke genstande fondens kapital skulle anbringes. Sagen vedrørte særligt 5 påståede tabsposter, der faldt ud som følger:

- 1) De sagsøgte blev frifundet for, at have opført en tilbygning til Nivaagaards Malerisamling for 25 mio. kr. *i strid med vedtægterne*, idet tilbygningen samtidig skulle fungere som fondens domicil og, da bestyrelsen ikke herved havde handlet ansvarspådragende.
- 2) De sagsøgte blev ligeledes frifundet for årligt at have uddelt driftsstøtte til Nivaagaards Malerisamling *i strid med vedtægterne således at andre formål ikke kunne varetages*, idet landsretten fandt, at forholdet lå inden for vedtægternes grænser.

- 3) Bestyrelsen blev dømt erstatningsansvarlige for klart uforsvarligt, at have anskaffet en særdeles kostbar villa i Sydfrankrig med en tilhørende dyr personbil af mærket Mercedes. Tabet var ca. 5,9 mio. kr. og indeholdte mistet afkast.
- 4) Bestyrelsen blev ligeledes dømt for, *uhjemlet*, at have indkøbt kunstværker for omkring 1,2 mio. kr.
- 5) Bestyrelsen blev frifundet for udgifterne til granskningen, der måtte afholdes af fonden.

For så vidt angår første punkt vedrørende tilbygningen anfører landsretten, at Bergiafondens vedtægter ikke indeholdt udtrykkelig hjemmel til at opføre domicilet, der samtidig skulle lånes ud til Nivaagaard Malerisamling. Forholdet fandtes dog at være i fondens interesse, særligt under henvisning til de dokumenter, der var udarbejdet op til stiftelsen. Disse dokumenter, der bl.a. bestod i bestyrelsesreferater, gav udtryk for et ønske om opførelsen af et domicil. Byggeriet var dermed et udtryk for *stifterviljen*, der efter FED1998.1977Ø indgår i vurderingen af fondens formål og interesse. Fondens formål skal derfor ikke alene forstås som det, der fremgår direkte af formålsbestemmelsen. Stiftelsesdokumenter får dermed betydning som en form for præambel til formålsbestemmelsen og fungerer som fortolkningsbidrag.

Landsretten fandt, at den løbende driftsstøtte til Nivaagaard Malerisamling var hjemlet i den yderst brede formålsbestemmelse. Det var ikke umiddelbart en del af drøftelserne op til stiftelsen, at Nivaagaard Malerisamling skulle modtage årlig støtte. Alligevel blev denne støtte i flere år fondens absolut største udgift. Da fondens formålsbestemmelse i sidste led gav bestyrelsen mulighed for at støtte velgørende formål efter bestyrelsens fri skøn, fandtes driftsstøtten til Nivaagaard Malerisamling ikke at være i strid med fondens formål og interesse. Dommen fastslår derved, at hvis en prioritering af fondens formål ønskes, skal dette fremgå klart af vedtægterne. At et formål står sidst i en opstilling af flere formål medfører ikke, at dette automatisk bør nedprioriteres af bestyrelsen. At dele af en formålsbestemmelse er meget konkret formuleret, betyder efter dommen ej heller, at disse konkrete formål skal opprioriteres på bekostning af de dele af formålsbestemmelsen, der giver bestyrelsen frit skøn.

Bestyrelsen havde i vedtægterne mulighed for frit at skønne på hvilken måde og i hvilke genstande, fonden skulle investere. De sagsøgte gjorde i Bergiasagen gældende, at villaen i Sydfrankrig med tilhørende bil var en langtidsinvestering. Landsretten fandt dog, at bestyrelsen havde handlet *klart uforsvarligt* ved købet af huset. Dette var bl.a.

begrundet med, at bestyrelsen ikke på noget tidspunkt havde lavet økonomiske beregninger på det mulige afkast af investeringen. Desuden bar investeringen i sin helhed præg af et misbrug af fondens midler, bl.a. under hensyn til den yderst bekostelige og ekstravagante indretning af huset, som de sagsøgte havde tilladt. Huset var ligeledes blevet brugt som feriemål for de sagsøgte til en leje langt under markedslejen, hvilket vel nærmere var i de sagsøgtes interesse frem for fondens. Der var altså ikke handlet "uhildet og upartisk", som nævnt i afsnit 2.4.1 om uafhængighedskravet til bestyrelsen.⁶⁶ Dispositionen havde således delvist karakter af et frynsegode for bestyrelsen.

Kunstindkøbene under punkt 4 var klart i strid med vedtægterne, da disse ikke indeholdte hjemmel til at købe kunst til *udsmykning* af domicilet. Landsretten fandt ikke, at kunsten havde karakter af investeringer henset til den måde, hvorpå indkøbene havde foregået. Disse forhold var altså ikke i fondens interesse eller i overensstemmelse med formålet, hvorfor bestyrelsen blev dømt for denne post. Hvad angår granskningen i sidste punkt, fandt retten blot, at denne var blevet udført uanset de ovennævnte forhold, hvorfor de sagsøgte frifandtes.

Skønt flere af forholdene i Bergiadommen er klart vedtægtsstridige, illustrerer landsrettens begrundelser også, hvordan der generelt ved culpavurderingen lægges vægt på fondens overordnede interesser og formål. Retstilstanden vil her formentlig være den samme, hvis L154 vedtages i den form, som det har i skrivende stund.

Hvad der i lovforslaget nærmere skal forstås ved, at bestyrelsen '*alene*' må varetage fondens interesse, jf. § 38, stk. 1, 1. pkt., kan fremstå en anelse uklart. Som udgangspunkt er det naturligt, at bestyrelsen ikke bør varetage andre aktørers interesser uden, at dette samtidig er i fondens egen interesse. Et eksempel kan dog nævnes. Hvis en erhvervsdrivende fond er i økonomiske vanskeligheder, kan fonden have en interesse i, at bestyrelsen fortsætter driften i håb om, at vende heldet og derved sikre fondens overlevelse. I samme situation kan kreditorerne have en interesse i, at driften stoppes og risikoen for yderligere tab derved minimeres. Hvis bestemmelsen alene læses bogstaveligt, bør bestyrelsen i denne situation fortsætte driften. En sådan følge af loven har næppe været tiltænkt henset til, at lovforslaget netop henviser til gældende ret og, da det af § 38, stk. 1, nr. 5 samtidig er anført, at kapitalberedskabet skal være forsvarligt. At

⁶⁶ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 124.

bestyrelsen *alene* må varetage fondens interesser må i stedet forstås i overensstemmelse med inhabilitetsreglerne således, at bestyrelsen ikke kan varetage egne eller nærtstående interesser på bekostning af fonden, som man så det i Bergiasagen eksempelvis.

I § 38, stk. 1, nr. 1-5 oplystes, hvad lovforslaget i egne bemærkninger angiver som en præcisering af bestyrelsens opgaver i forhold til den overordnede og strategiske ledelse samt opgaven med at sikre en forsvarlig organisation. Ud over at reglen i § 38, stk. 1, nr. 5 omtaler fondens *stilling* i stedet for *situation*, er alle 5 punkter identiske med selskabslovens § 115, nr. 1-5. Dette er dog ikke ensbetydende med, at de to regelsæt skal forstås helt ens henset til de forskelle, der er mellem ledelsen i erhvervsdrivende fonde og kapitalsekskaber.

3.2.1.2 Bogføring og regnskabsaflæggelse

Reglen i § 38, stk. 1, nr. 1 om, at bestyrelsen skal se til, at bogføring og regnskabsaflæggelsen sker på tilfredsstillende vis, er i det store hele enslydende med LEF § 25, stk. 3, 1. pkt. Skønt den nugældende regel ikke nævner *regnskabsaflæggelse*, vil indførelse af L154 formentligt ikke betyde øgede krav til bogføringen. Forarbejderne giver ikke anledning til at forudsætte andet.

3.2.1.3 Risikostyring og interne kontroller

Pligten i L154 til at påse, at der er etableret *fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller*, jf. § 38, stk. 1, nr. 2, er lovteknisk en ny bestemmelse på fondsområdet. En sådan pligt har ikke tidligere været at læse ud af lovtæksten. Forarbejderne uddyber, at '*fornødne procedurer*' henviser til, at kravene til bestyrelsen naturligvis afhænger af fondens type og størrelse.⁶⁷ Herudover giver forarbejderne imidlertid ikke megen vejledning til, hvad denne pligt ift. risiko og kontrol medfører for bestyrelsen.

Med begrebet risikostyring er der formentligt lagt op til, at bestyrelsen om ikke andet skal gøre sig *bevidst* om, hvilken økonomisk risiko fonden udsættes for, samt hvordan forholdet er mellem denne risiko og udsigten til afkast. Risikovilligheden må være afhængig af fondens økonomiske situation, men også særligt fondens formål. Der er således forskel på den fond, der har til formål at investere i udlejningsejendomme og den fond, der investerer

⁶⁷ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

i nystartede IT-virksomheder, hvor risikoen - men formentligt også det potentielle afkast - generelt kan siges at være højere.

Pligten til at etablere procedurer til intern kontrol har tidligere fulgt af bestyrelsens generelle ledelsesansvar, hvorefter bestyrelsen skal udføre en vis form for tilsyn med de ansatte i den erhvervsdrivende fond. Med udtrykket '*intern*' må kontrolfunktionen kunne udstrækkes til fondens egne ansatte, men også til kontrol med datterselskaber i et koncernforhold, hvilket bl.a. er kendt fra LEF § 24, 2. pkt., hvorefter datterselskaber skal give bestyrelsen i moderfonden alle nødvendige oplysninger. Den foreslåede § 38, stk. 1, nr. 4 anfører direkte, at bestyrelsen skal føre kontrol med direktionen. Derfor er anvendelsesområdet for § 38, stk. 1, nr. 2 om intern kontrol formentligt i højere grad kontrol med de andre ansatte i fonden samt øvrige tilknyttede personer herunder konsulenter, revisorer og samarbejdspartnere.

At der skal *etableres en procedure*, må betyde, at bestyrelsen som minimum skal have overvejet en bestemt fremgangsmåde og strategi, som denne agter at følge i relation til risikobetonede dispositioner og sin løbende kontrolfunktion. Der er ifølge forarbejderne ikke tiltænkt en generel skærpelse af kravene til bestyrelsen, men derimod en *præcisering*. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at indførelsen af L154 kan få betydning for den bestyrelse, der ikke kan dokumentere overvejelser i relation til risikoen ved sine dispositioner, skønt denne pligt som udgangspunkt også følger af fondsretlige grundsætninger om, at bestyrelsen skal varetage fondens interesse. Det vurderes nedenfor i afsnit 3.6, hvorvidt præciseringerne i lovteksten kan få karakter af skærpelser.

3.2.1.4 Løbende rapportering om fondens finansielle forhold

Efter den foreslåede § 38, stk. 1, nr. 3, påhviler der bestyrelsen en pligt til at sikre sig løbende rapportering om fondens finansielle forhold. Reglen har en nær tilknytning til de øvrige pligter i den foreslåede § 38, idet bestyrelsen ikke kan sikre sig, at kapitalen *til enhver tid er forsvarlig* eller, at direktionens resultater er fornuftige uden at have en rimelig kontinuerlig oplysningsstrøm vedrørende selskabets økonomiske situation. Derfor kan det også anføres, at en sådan pligt til at sikre sig rapportering følger indirekte af de øvrige kontrolpligter for bestyrelsen, hvorfor pligten i nr. 3 ikke har en afgørende selvstændig betydning.

Forarbejderne giver ikke vejledning til, hvor ofte eller hvor fyldestgørende rapporteringerne skal være. Loven opstiller blot den juridiske ramme, og vurderingen af, hvorvidt rapporteringen har været tilstrækkelig, overlades til den almindelige culpavurdering, der behandles nedenfor i afsnit 3.5.1. Hvor ofte bestyrelsen skal sørge for at få oplysninger tilsendt, afhænger af fondens konkrete forhold, herunder størrelsen, forretningsgangen og den konkrete økonomiske situation, som fonden er i. Bestyrelsen i en økonomisk nødlidende fond må alt andet lige stille højere krav til, hvor ofte der rapporteres. Det samme må antages at gælde i en fond med meget betydelige aktiver. Bestyrelsen må endvidere stille indholdsmæssige krav til den rapportering de modtager. Er de fremsendte oplysninger mangelfulde, har bestyrelsen pligt til at sikre sig, at ny og tilstrækkelig rapportering fremsendes.⁶⁸

I lovforslaget foreslås det, at bestyrelsen mest hensigtsmæssigt kan opfylde sin kontrolforpligtigelse efter § 38, stk. 1, nr. 3 ved at give direktionen en instruks med en forretningsgang for direktionen til at indsende faste rapporter til bestyrelsen.⁶⁹ Hvis der ikke er udarbejdet en sådan instruks, vil dette forhold formentligt kunne tillægges betydning i en culpavurdering af bestyrelsen. Bestyrelsen bør efter lovforslaget have en fast aftale med direktionen om løbende indrapporteringer om økonomien. Det fremgår i øvrigt også af L154 § 50, stk. 2, at bestyrelsen *særligt* bør overveje at indføre en fast praksis vedrørende regnskabskontrol i forretningsordenen, hvilket er med til at understrege, at det er en vigtig overvejelse. Der er næppe gode argumenter for ikke at lave sådan en fast aftale med direktionen eller med bogholderiet i fonde uden en direktion. Der kan fastsættes længere eller kortere intervaller mellem rapportererne alt efter fondens størrelse og konkrete situation således, at udgifterne svarer til behovet.

Hvis der er fastsat krav om faste månedlige rapporteringer til bestyrelsen og sådanne udebliver uden, at bestyrelsen rykker efter dem, må bestyrelsen skulle sandsynliggøre, at de manglende rapporteringer ikke har haft betydning for tabet i en eventuel erstatningssag.⁷⁰

Hvorvidt der alene er tale om en kodificering af gældende ret eller om L154 på dette område kan indeholde en mindre skærpeelse er usikkert. Erhvervsfondsudvalget har som

⁶⁸ Jf. Samuelsson og Søgaard, *Bestyrelsesansvaret*, side 373 smh. 279.

⁶⁹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

⁷⁰ Jf. Samuelsson og Søgaard, *Bestyrelsesansvaret*, side 373 smh. 285.

omtalt tidligere anført, at der alene er *tilsigtet* en præcisering, hvilket uden tvivl har betydning for, hvordan bestemmelserne skal fortolkes.

Udvalget for modernisering af selskabsretten gjorde sig en række overvejelser, da de foreslog selskabslovens § 115, stk. 1, nr. 3 - den selskabsretlige udgave af pligten til at sikre sig en løbende rapportering. Udvalget for modernisering af selskabsretten anfører at § 115 i selskabsloven som udgangspunkt er tiltænkt som en præcisering, på samme måde som Erhvervsfondsudvalget anfører vedrørende L154 § 38.⁷¹ Udvalget for modernisering af selskabsretten bemærker: *“Bestemmelsen [§ 115] er i grundtræk en videreførelse af den tidligere gældende regel i aktieselskabslovens § 54, stk. 3, (...) Bestemmelsen indeholder en præcisering af, at bestyrelsen har en løbende pligt til at holde sig orienteret om kapitalsekskabets økonomiske stilling herunder at tage stilling til, om kapitalsekskabets situation er økonomisk forsvarlig (...) bestemmelsen kan ikke antages at føre til et generelt skærpet ansvar (...).”*⁷² Der henvises til, at en sådan pligt til at holde sig opdateret også følger af det *almindelige ledelsesansvar*. Heje Mikkelsen og Bunch har med henvisning til denne tankegang anført, at bestyrelsen i en erhvervsdrivende fond efter LEF ligeledes har en pligt til løbende at vurdere fondens økonomiske stilling uanset, at LEF ikke indeholder en udtrykkelig bestemmelse herom.⁷³ Dette synspunkt er utvivlsomt korrekt og må følge af det almindelige ledelsesansvar, som fondsbestyrelsen er underlagt. Det kan dog ikke med sikkerhed siges, at bestyrelsen også ud fra dette uskrevne retsprincip har en pligt til at aftale faste instrukser med direktionen (eller de ansatte i bogholderiet hvis der ikke er en direktion), som L154 lægger op til i sine bemærkninger.⁷⁴ Præciseringen kan i denne henseende indeholde en mindre tilføjelse, der kan indgå som et moment i en uagtsomhedsvurdering.

3.2.1.5 Kontrol med direktionen

I henhold til den foreslåede § 38, stk. 1, nr. 4, skal bestyrelsen påse, *at direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer*. Det er endvidere angivet i forarbejderne, at bestyrelsen har til opgave at tage stilling til, hvilke ledelses- og ansættelsespolitikker, der bør gælde i fonden eller koncernen, således at bestyrelsen kan føre tilsyn med direktionens arbejde.⁷⁵

⁷¹ Jf. Betænkning Nr. 1498 Af November 2008, side 894.

⁷² Jf. Betænkning Nr. 1498 Af November 2008, side 896 ff.

⁷³ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 566.

⁷⁴ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

⁷⁵ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 77.

Det er efter L154 § 37, stk. 2 bestyrelsen, der ansætter direktionen, hvis dette skønnes at være hensigtsmæssigt. Denne bestemmelse er lig LEF § 12, stk. 2 og § 25, stk. 1, 2. pkt. Efter den foreslåede § 38, stk. 1, er det bestyrelsen der har den organisatoriske og strategiske kompetence, og bestyrelsen kan således blive ansvarlig, hvis de ikke ansætter en direktion, hvor dette er nødvendigt for at sikre en tilstrækkelig kompetent daglig ledelse. I denne ansættelsespligt ligger endvidere, at bestyrelsen ikke kan ansætte hvem som helst til direktionen. Hvis det medfører tab for fonden, at bestyrelsen har ansat en direktion uden tilstrækkelige kvalifikationer, vil bestyrelsen kunne ifalde ansvar.⁷⁶ Det må være en betingelse for ansvar, at bestyrelsen har overset klare mangler ved den pågældende persons profil. Bestyrelsens første kontrol af direktionen ligger altså allerede ved ansættelsen. Dette krav kan dog kun udstrækkes til, at bestyrelsen skal følge sædvanlige forsvarlige ansættelsesprocedurer afpasset til fondens konkrete forhold.⁷⁷ Der ligger ingen realitetsændringer med L154 i dette ansættelsesansvar ift. nugældende ret.

Et eksempel på denne pligt for bestyrelsen efter LEF ses i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af d. 31. oktober 2002 om afsættelse af et bestyrelsesmedlem i en erhvervsdrivende fond. I det af styrelsen udarbejdede *'NOTAT om afsættelse af Klaus Berning som bestyrelsesmedlem i Fonden [Klaus Riskær fonden] af 1. december 1997'*, anføres det i punkt 4.4, at *"fondsbestyrelsen har handlet uforsvarligt ved at ville acceptere en ansættelse af [D] som direktør i [S]"*. Det fremgår endvidere, at styrelsen bl.a. har lagt vægt på, at direktøren tidligere har været straffet for økonomisk kriminalitet og har udført sådanne handlinger, at fondsbestyrelsen måtte have en begrundet tvivl om, hvorvidt D varetog egne økonomiske interesser. Afgørelsen blev indbragt for domstolene, og Højesteret anfører i sin begrundelse i U.2006.1261H *Riskærfonddommen*, at *"Af de grunde, der er anført under pkt. 4.4 i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens notat til afgørelsen af 31. oktober 2002, finder Højesteret, at Klaus Berning herudover har handlet klart uforsvarligt ved i december 2000 at ville acceptere ansættelse af [D] som direktør i [S]."*

I LEF § 25, stk. 2 er der som omtalt oven for en indirekte pligt for bestyrelsen til at udstede retningslinjer og anvisninger til direktionen. Det er antaget i den fondsretlige litteratur, at bestyrelsen efter gældende ret ligeledes har en pligt til at føre generel kontrol med

⁷⁶ Jf. Samuelsson og Søgaard, *Bestyrelsesansvaret*, side 373 smh. 275.

⁷⁷ Ibid.

bestyrelsen, hvilket følger af bestyrelsens position som direktionens *overordnede*.⁷⁸ En sådan kontrolforpligtelse er altså en del af det almindelige ledelsesansvar, hvorefter bestyrelsen kan blive medansvarlig for direktionens fejl, hvis bestyrelsen ved sin egen manglende kontrol har handlet ansvarspådragende. Det er derfor nærliggende for bestyrelsen at have en fast praksis med direktionen om, at der rapporteres løbende efter faste intervaller om alle for bestyrelsen væsentlige beslutninger truffet som led i direktionens daglige ledelse. En sådan praksis ville være i overensstemmelse med anbefalingen i lovforarbejdets bemærkninger til § 38, stk. 1, nr. 3 om de finansielle rapporter og i øvrigt et af de forhold, som bestyrelsen særligt bør overveje at indføre i sin forretningsorden, jf. § 50, stk. 2.⁷⁹ Bestyrelsen har naturligvis en pligt til at gribe ind over for direktionen, hvis dennes resultater er utilfredsstillende.

Heje Mikkelsen og Bunch anfører, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens (Nu: Erhvervsstyrelsens) opfattelse er, at bestyrelsen efter gældende ret er forpligtet til løbende at *foretage en effektiv kontrol med direktøren og dennes dispositioner*.⁸⁰ Tilføjelsen i § 38, stk. 1, nr. 4 synes ikke at indeholde elementer, der ikke allerede er en del af ledelsens pligter efter gældende ret. Det anføres også i lovforslaget, at § 38, stk. 1, nr. 4 er en kodificering af gældende retspraksis.⁸¹

5.2.1.6 Et forsvarligt kapitalberedskab

I den sidste af de oplyste pligter foreslås det indført, at bestyrelsen skal påse, at *kapitalberedskabet til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde fondens nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og bestyrelsen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske stilling og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt*, jf. L154 § 38, stk. 1, nr. 5. Ordlyden er som omtalt tidligere identisk med selskabslovens § 115, nr. 5. Den foreslåede bestemmelse er mere detaljeret og udførlig end den nugældende § 25, stk. 3.

Efter forarbejderne indeholder reglen en pligt til løbende at vurdere fondens finansielle forhold og bestemmelsen har dermed en vis sammenhæng med L154 § 38, stk. 1, nr. 3,

⁷⁸ Jf. Jf. Samuelsson og Søgaard, *Bestyrelsesansvaret*, side 373 smh. 279. smh. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 382.

⁷⁹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

⁸⁰ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 382.

⁸¹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

hvorefter bestyrelsen skal sikre sig løbende rapportering om fondens finansielle forhold.⁸² De løbende rapporter kan siges at være et nødvendigt redskab for overhovedet at kunne opfylde sin reaktionspligt efter den foreslåede § 38, stk. 1, nr. 5.

I bemærkningerne i L154 anføres det, at bestyrelsen skal sikre *en tilstrækkelig egenkapital og likviditet til at kunne modstå midlertidige fald i indtjeningen*.⁸³ En aldeles identisk bemærkning er at finde i betænkning nr. 1498 af november 2008 om moderniseringen af selskabsloven.⁸⁴ I sidstnævnte sammenhæng er det dog anført, at kapitalselskabsbestyrelsen på den anden side ikke skal opspare en unødvendig stor egenkapital, som står passivt hen. Denne del er ikke medtaget i L154, hvilket formentligt kan tages til indtægt for, at lovgiver generelt ønsker en større grad af tilbageholdenhed med at tillade fald i de likvide midler hos de erhvervsdrivende fonde, så længe der uddeles i henhold til vedtægterne.

Forfatterne Heje Mikkelsen og Bunch anfører, at det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at bestyrelsen i en erhvervsdrivende fond efter LEF bør anlægge en skærpet forsvarlighedsvurdering sammenlignet med bestyrelserne i kapitalselskaberne.⁸⁵ Dette begrundes med, at de erhvervsdrivende fonde er selvejende, og derfor ikke har en ejerkreds, der kan skyde penge i fonden for at genoprette likviditeten. Er en fond først kommet i likviditetsmæssige problemer, er den ofte dårligere stillet end det tilsvarende kapitalselskab. Den erhvervsdrivende fond vil i denne situation være afhængig af gaver og henlæggelser af overskuddet. Kapitalselskabet har en række muligheder for at lade ejerne tilføre ny kapital til selskabet.

Bestyrelsen har efter lovforarbejderne til L154 pligt til at standse fondens virksomhed herunder uddelinger, når fortsat drift ikke længere er forsvarligt.⁸⁶ Hvis bestyrelsen forsømmer denne pligt, kan medlemmerne blive ansvarlige over for den kreditor, der har lidt et tab. Omvendt har bestyrelsen også en ret og pligt til at forsætte driften, hvis dette skønnes at være forsvarligt. I bemærkningerne anføres det, at det er afgørende for forsvarlighedsvurderingen, at fondsbestyrelsen ser langsigtet på driften af fonden.⁸⁷

⁸² Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Jf. Betænkning Nr. 1498 Af November 2008, side 896.

⁸⁵ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 566 ff.

⁸⁶ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

⁸⁷ Ibid.

Fremtidsplaner og udfordringer skal derfor medtages i overvejelserne, hvilket også følger umiddelbart af ordlyden i den foreslåede bestemmelse: "*fondens fremtidige forpligtelser.*" At bestyrelsen skal tænke fremadrettet er indeholdt i en almindelige forsvarlighedsvurdering og følger i øvrigt af sund fornuft.

I LEF § 25, stk. 3 er det fastsat, at bestyrelsen skal påse, at *formueforvaltningen kontrolleres* tilfredsstillende. Hvis der ikke er en direktion, følger det indirekte af bestemmelsen, at bestyrelsen selv skal sørge for, at formueforvaltningen foregår på en betryggede måde.⁸⁸ Også efter gældende ret er der altså i en vis udstrækning krav til, at bestyrelsen sikrer en tilfredsstillende kapital. Ordlyden af den nugældende pligt har imidlertid i højere grad sit sigte på selve *forvaltningen* af formuen, herunder investeringer, uddelinger og, hvordan pengene "arbejder". Formueforvaltningen skal efter lovens ord forstås som en forsvarlig *anbringelse* af aktiverne.⁸⁹ Ordlyden af den foreslåede § 38, stk. 1, nr. 5 stiller i stedet krav til kapitalberedskabet i fonden - de passive likvide midler.

I lov nr. 1060 af 23. december 1992 om ændring af lov om aktieselskaber blev der med § 1, punkt 64 tilføjet et nyt 1. pkt. i den historiske aktieselskabslovs § 54, stk. 3, som lød: "*Bestyrelsen skal tage stilling til, om selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt i forhold til selskabets drift.*" Dette var første gang, det fremgik direkte af loven, at kapitalberedskabet i aktieselskaber altid skal være forsvarligt. Denne ændring blev ikke indført i LEF, skønt aktieselskabslovens § 54, stk. 3 forinden ændringen var identisk med LEF § 25, stk. 3. Det er af Mikkelsen og Bunch anført, at tilføjelsen i aktieselskabsloven alene var en præcisering af det almindelige ledelsesansvar. Derfor anfører forfatterne, at bestyrelsen i en erhvervsdrivende fond ligeledes efter gældende ret har en pligt til løbende at vurdere fondens økonomiske stilling, uanset at LEF modsat selskabsloven ikke indeholder en udtrykkelig pligt hertil.⁹⁰

Da Udvalget for Modernisering af selskabsretten foreslog bestemmelsen til den nuværende selskabslovs § 115, bemærkede de, at skønt reglen om *forsvarligt kapitalberedskab* fandtes i aktieselskabsloven, men ikke fandtes i den nu historiske anpartsselskabslov, gjaldt en tilsvarende regel for anpartsselskabets bestyrelse ud fra

⁸⁸ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 562.

⁸⁹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 79.

⁹⁰ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 563 ff.

almindelige retsprincipper, der er en følge af den begrænsede hæftelse.⁹¹ Flere forhold taler altså for, at bestyrelserne i de erhvervsdrivende fonde allerede med hjemmel i almindelige retsprincipper og ledelsesansvaret har pligt til løbende at vurdere fondens kapitalberedskab på samme måde, som det foreslås i L154. Der er ikke særlige forhold for fonde ift. kapitalelskaber, der skulle begrunde andet.

Stubkjær Andersen anfører i relation til selskabsloven: *“Med den nye strengere beskrivelse i SL § 115, nr. 5) må man forvente flere sager, hvor indholdet af nuværende retspraksis om håbløshedstidspunktet og det forretningsmæssige skøn prøves og holdes op imod den nye beskrivelse af bestyrelsens (og tilsynsrådets, jf. SL § 116, nr. 5), og direktionens tilsyn med og kontrol af kapitalgrundlaget, jf. SL § 118, stk. 2.”*⁹² Forfatteren udtrykker herved den holdning, at indførelsen af den i selskabsloven identiske bestemmelse, udgjorde en skærpelse om ikke andet i relation til antallet af søgsmål.

I brev af d. 13. november 2008 til Finanstilsynet, anfører Jytte Heje Mikkelsen som kontorchef for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at *“fondens bestyrelse er ansvarlig for en forsvarlig drift, og for at fondens kapitalberedskab er tilstrækkeligt.”* Det har altså hele tiden været styrelsens opfattelse, at bestyrelsen i erhvervsdrivende fonde efter LEF har en pligt svarende til den, der følger af ordlyden i L154 § 38, stk. 1, nr. 5. I Mindshipdommen blev et bestyrelsesmedlem efter den nugældende lovgivning dømt erstatningsansvarlig for ikke at have indstillet driften efter, hvad der normalt betegnes som *håbløshedstidspunktet*:

U.2006.243H I sagen havde konkursboet efter Mindship Fonden sagsøgt 4 bestyrelsesmedlemmer og direktøren i fonden. I landsretten blev direktøren dømt, men bestyrelsesmedlemmerne frifundet. Boet ankede sagen for så vidt angik et af bestyrelsesmedlemmerne, som var advokat. I Højesteret blev det pågældende bestyrelsesmedlem dømt erstatningsansvarlig. Højesteret udtalte bl.a., at bestyrelsen i juni 1996 var blevet gjort bekendt med, at fonden uden om bestyrelsen havde startet en restaurant og herved havde påført fonden flere forpligtelser, end hvad der oprindeligt var budgetteret med. Da bestyrelsen havde undladt at træffe de fornødne foranstaltninger til at sikre en forsvarlig drift og da bestyrelsen havde konstateret, at fonden var stærkt illikvid (fonden havde aktiver for ca. 4 mio. kr. og passiver for ca. 20 mio. kr.) uden at sikre bl.a. kreditorer mod yderligere tab, var bestyrelsesmedlemmet erstatningsansvarlig.

⁹¹ Jf. Betænkning Nr. 1498 Af November 2008, side 895.

⁹² Jf. Stubkjær Andersen, *Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring*, side 42.

Dommen illustrerer, hvordan bestyrelsesmedlemmer også efter den nugældende LEF § 25, stk. 3 har pligt til at sikre en forsvarlig formueforvaltning. Det er vanskeligt at vurdere, om den retstilstand, som U.2006.243H skildrer, er anderledes end den, som foreslås indført med L154 § 38, stk. 1, nr. 5.

Hvor det efter gældende ret formentligt er en samlet bedømmelse af ledelsesansvaret, der afgør bestyrelsens pligt til at overvåge fondens likvide midler, vil der med vedtagelsen af L154 fremover være en præcis hjemmel med tilhørende forarbejder, der fastslår, hvordan bestyrelsen skal overvåge og gribe ind over for faldende likvide midler. Det er dog tvivlsomt, om der er tale om en realitetsændring af retstilstanden for det enkelte bestyrelsesmedlem. Det synes således at være den dominerende tankegang, at bestyrelsen allerede efter almindelige retsprincipper har pligt til at sikre *kapitalberedskabet* og ikke "kun" *formueforvaltningen* som angivet i lovteksten. I realiteten må de to begreber i øvrigt overlape hinanden, og sondringen har formentligt kun ringe praktisk betydning. Det diskuteres neden for i afsnit 3.6, hvorledes sådanne præciseringer kan indeholde en utilsigtet skærpelse.

I L154 deler bestyrelsen ansvaret for et forsvarligt kapitalberedskab med direktionen, jf. § 42, stk. 3. Det er dog bestyrelsen, der som fondens øverste ledelsesorgan har det overordnede ansvar.⁹³ Bestyrelsen kan derfor blive medansvarlig for direktionens fejl.

3.2.2 Vedtægtsmæssige pligter

Der skal efter gældende ret udarbejdes vedtægter for den erhvervsdrivende fond. Indholdet heraf er angivet i LEF § 7. De nærmere indholds krav er behandlet ovenfor under afsnit 2. I L154 § 27 foreslås indført en vedtægtsbestemmelse, der hovedsageligt er en videreførelse af gældende ret, men som medfører nogle få ændringer i forhold til nugældende LEF § 7. Det foreslås bl.a., at hvis stifteren har særlige rettigheder, skal disse fremgå af vedtægterne, samt hvis fonden stiftes med forskudt retsvirkning, skal retsvirkningstidspunktet fremgå.

Ud over de lovpligtige minimumskrav til vedtægternes indhold, vil vedtægterne ofte indeholde regler og retningslinjer for ledelsens virke. Ved uformningen af vedtægterne til

⁹³ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 78.

en erhvervsdrivende fond er der nogle modstridende hensyn, som stifterne skal overveje. På den ene side er det nemlig vigtigt, at udforme vedtægterne detaljerede og præcise, således stifteren kan sikre sig, at bestyrelserne langt ud i fremtiden vil tilgodese hensigten bag fonden. På den anden side er det vigtigt, at vedtægterne har en vis rummelighed henset til, at fonde i princippet lever evigt og, at fonden skal kunne udvikle sig i takt med samfundsudviklingen.⁹⁴

Der er ikke i L154 grundlag for, at vedtægtsstridige dispositioner i fremtiden skal underkastes en skærpet vurdering, lige som der ikke er væsentligt øgede krav til vedtægterne. Vedtægtsstridige dispositioner vurderes derfor efter den almindelige culpanorm, som behandles i afsnit 3.5.1.

I LEF § 21, stk. 3 findes en bestemmelse, der tilsiger, at bestyrelsen skal indhente fondsmyndighedens accept inden, at de udfører ekstraordinære dispositioner, som kan medføre risiko for, at vedtægten ikke kan overholdes. Bestemmelsen foreslås videreført i L154 § 61, dog med den tilføjelse, at bestyrelsen fremover ligeledes skal indhente samtykke for dispositioner, som medfører risiko for, at fonden ikke fortsat vil kunne eksistere. Det kan hertil anføres, at dispositioner, som medfører risiko for at fonden skal opløses eller likvideres for det meste vil være i strid med vedtægter eller kravet om et forsvarligt kapitalberedskab. Af lovforarbejderne fremgår det, at L154 § 61 indeholder en videreførelse og kodificering af allerede gældende ret.⁹⁵

3.2.3 Forretningsorden

Det er efter nugældende lovgivning om erhvervsdrivende fonde ikke en pligt for bestyrelsen at udarbejde en forretningsorden. Imidlertid har det også tidligere været Erhvervsstyrelsens opfattelse, at det ville være hensigtsmæssigt, hvis bestyrelsen i en erhvervsdrivende fond udarbejdede en sådan forretningsorden for bestyrelsen. Dette gælder særligt, når der er tale om store erhvervsdrivende fonde.⁹⁶

I L154 om erhvervsdrivende foreslås, at der i § 50 indføres følgende bestemmelse om forretningsorden for bestyrelsen:

⁹⁴ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 246.

⁹⁵ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 96.

⁹⁶ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende Fonde*, side 289.

§ 50. Bestyrelsen skal ved en forretningsorden træffe nærmere bestemmelse om udførelsen af bestyrelsens opgaver.

Stk. 2. Ved bestyrelsens udformning af forretningsordenen skal der tages udgangspunkt i fondens virksomhed og behov. I den forbindelse bør bestyrelsen særligt overveje, om forretningsordenen skal indeholde bestemmelser om konstitution, arbejdsdeling, tilsyn med direktionen, føring af bøger, protokoller m.v., skriftlige og elektroniske møder, tavshedspligt, suppleanter, regnskabskontrol, underskrivelse af revisionsprotokol og sikring af tilstedeværelsen af det nødvendige grundlag for revision.

Der foreslås altså nu indført en pligt for bestyrelsen til at udarbejde en forretningsorden. Bestemmelsen er i det væsentligste enslydende med selskabslovens § 130, stk. 1 og 2. Det angives i lovforslaget, at en stor andel af de erhvervsdrivende fonde ikke har udarbejdet en forretningsorden vedrørende deres arbejde, idet kun 51 % af de erhvervsdrivende fonde i 2012 havde udarbejdet en forretningsorden.⁹⁷

Det antages især at være hensigtsmæssigt med en forretningsorden i tilfælde, hvor der ikke er en direktion, og bestyrelsen således også skal varetage den daglige ledelse af den erhvervsdrivende fond, således at der kan blive taget stilling til opgavefordelingen mellem ledelsesmedlemmerne. Er der antaget en direktør eller administrator, vil der i forretningsordenen skulle tages stilling til samarbejdet med denne.⁹⁸

I selskabsretten er overtrædelse af forretningsordenen i sig selv ikke ansvarspådragende. Dette skyldes, at forretningsordenen primært er et arbejdsredskab for ledelsen. Så længe ledelsen må antages at have påset de forpligtelser, der hviler på den, vil det ikke være ansvarspådragende, at disse forpligtelser er blevet løst på anden vis, end det, som er forudsat i forretningsordenen.⁹⁹

Det må antages, at en tilsvarende retsstilling som udgangspunkt vil være gældende for ledelsen i erhvervsdrivende fonde. Det er bestyrelsens forsømmelse af sine pligter i henhold til loven, der er afgørende og ikke forsømmelsen af selve forretningsordenen. I bemærkningerne til § 50 fremgår det imidlertid, at *“Den foreslåede bestemmelse har til*

⁹⁷ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 86.

⁹⁸ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 87.

⁹⁹ Jf. Samuelsson og Søgaard, *Bestyrelsesansvaret*, d. 44 smh. Stubkjær Andersen, *Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring*, side 58.

*formål at sikre, at det enkelte medlem af bestyrelsen er opmærksomt på sine pligter med hensyn til de forhold, som er angivet i de foreslåede bestemmelser. Herved lettes muligheden for at gøre et ansvar gældende mod et medlem af bestyrelsen, hvor der er tale om forsømmelighed.”*¹⁰⁰ Bemærkningen giver umiddelbart udtryk for, at en forsømmelse af lovmæssige pligter, der ligeledes fremgår af forretningsordenen, er en mere graverende adfærd, end hvis pligten ikke fremgik. Dette resultat virker ejendommeligt under hensyn til princippet om, at ukendskab til loven ikke diskulperer. En sådan retstilstand risikerer at motivere ledelsen til at udarbejde sparsomme forretningsordener, hvilket er direkte i modstrid med formålet med § 50. En bestyrelse, der har ignoreret sin forretningsorden, vil naturligvis fremstå mere skødesløs end den, som følger forretningsordenen. Det kan ikke udelukkes, at grovere forsømmelser af forretningsordenen kan indgå som et moment i en samlet bedømmelse, men udgangspunktet må være, at overtrædelser af forretningsordenen ikke tillægges *selvstændig* betydning. Det forhold, at en bestyrelse ikke har udarbejdet en forretningsorden, kan formentligt ligeledes indgå i en samlet vurdering.

Der er altså en vis nyhedsværdi ved § 50 i L154 i forhold til, at ledelsen nu har en bødesanktioneret pligt til at udarbejde en forretningsorden.

3.3 Direktions opgaver

Det følger af LEF § 25, stk. 2, at såfremt der er ansat en direktion, så er det op til denne at varetage den *daglige ledelse* efter de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Bestemmelsen er en anelse ukonkret og bredt formuleret bl.a. sammenlignet med selskabslovgivningens tilsvarende bestemmelse. Det er ikke præcist defineret, hvad der ligger i begrebet “daglig ledelse”.¹⁰¹

Ved fastlæggelsen af begrebet “daglig ledelse” skal der lægges vægt på virksomhedens art og størrelse samt sædvane indenfor den enkelte branche. Begrebet daglig ledelse varierer altså fra fond til fond. Det antages, at der kan hentes inspiration i aktieselskabslovens § 54, stk. 2 (nuværende selskabslovs §§ 117 og 118).¹⁰²

¹⁰⁰ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 87.

¹⁰¹ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 561.

¹⁰² Ibid.

Selskabslovens § 117, stk. 1 afgrænser den daglige ledelse negativt, således at den daglige ledelse ikke omfatter dispositioner, der efter kapitalsselskabets forhold er af *usædvanlig art eller stor betydning*. Sådanne dispositioner kan direktionen kun foretage efter særlig bemyndigelse fra bestyrelsen, medmindre beslutningen ikke kan udskydes uden væsentlig ulempe (*negotiorum gestio*). I Mindshipsagen blev direktøren i fonden dømt erstatningsansvarlig i landsretten (FED2003.1519Ø) bl.a. for at have påbegyndt et byggeri af en restaurant til en sum på 890.000 kr. uanset, at bestyrelsen alene havde bemyndiget 225.000 kr. til byggeriet. Det var direktørens opfattelse på tidspunktet for byggeriet, at merudgiften kunne tjenes hjem på blot 3 måneder, hvilket viste sig at være yderst overoptimistisk. Direktøren havde handlet langt ud over sin bemyndigelse og den daglige ledelse ved at gennemføre dispositioner af usædvanlig art og stor betydning uden bestyrelsens bemyndigelse.

Efter LEF § 25, stk. 3, 2. pkt. fremgår det, at bestyrelsen skal påse at *bogføringen er lovlige* og, at *formueforvaltningen* foregår på *betryggende måde*. En tilsvarende pligt påhviler direktionen i kapitalsselskaber efter selskabslovens § 118, stk. 1.

I Mindshipsagen havde direktøren anskaffet et kostbart ventilationsanlæg på et tidspunkt, hvor han var bekendt med, at private sponsorpenge og offentlig støtte næsten var ophørt. Direktøren overskred herved fondens budgetter. Foruden dette forhold fortsatte direktøren driften af fondens restaurant på et stadie, hvor det måtte stå ham klart, at yderligere gældsforpligtelser ikke kunne finansieres. Direktøren havde bl.a. herved handlet ansvarspådragende ved sin formueforvaltning, der langt fra var betryggende.

Det er ganske vist angivet, at der ved fastlæggelsen af fondsdirektionens pligter kan hentes "inspiration" fra selskabslovens §§ 117 og 118, men i praksis må det antages, at direktionen i en erhvervsdrivende fond som udgangspunkt vil have tilsvarende pligter som direktionen i et kapitalsselskab. Direktion i en erhvervsdrivende fond såvel som kapitalsselskabsdirektionen forestår driften af en virksomhed og er underlagt bestyrelsen og dennes anvisninger.

At direktionen i en erhvervsdrivende fond også kan foretage uanmodet forretningsførelse (*negotiorum gestio*) ved presserende anliggender er direkte forudsat i bemærkningerne til den oprindelige lov om erhvervsdrivende fonde, og er i øvrigt udtryk for et almindeligt

dansk retsprincip.¹⁰³ Bestyrelsen kan overtage konkrete sager fra direktionen, men dette kan ikke ske generelt, således at den tilsigtede todeling mellem bestyrelse og direktion ophører.¹⁰⁴

I L154 foreslås en bestemmelse om direktionens pligter indført i § 42 med følgende ordlyd:

§ 42. I erhvervsdrivende fonde, hvor der er ansat en direktion, varetager direktionen den daglige ledelse og skal som led heri varetage fondens formål og interesser. Direktionen skal følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Den daglige ledelse omfatter ikke dispositioner, der efter fondens forhold er af usædvanlig art eller af stor betydning. Sådanne dispositioner kan direktionen kun foretage efter særlig bemyndigelse fra bestyrelsen, medmindre bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for fonden. Bestyrelsen skal i så fald snarest underrettes om den trufne disposition.

Stk. 2. Direktionen skal sikre, at bogføringen sker under iagttagelse af lovgivningens regler herom, og at formueforvaltningen foregår på betryggende måde.

Stk. 3. Direktionen skal herudover sikre, at kapitalberedskabet til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde fondens nuværende og fremtidige forpligtelser efterhånden som de forfalder, og direktionen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske stilling og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

Stk. 4. En direktør har ret til at være til stede og udtale sig ved bestyrelsens møder, medmindre bestyrelsen i de enkelte tilfælde træffer anden bestemmelse.

I bemærkningerne anføres det, at bestemmelsen *viderefører den gældende § 25, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde*.¹⁰⁵ Der er i udgangspunktet ikke tiltænkt en realitetsændring for direktionen.

Bestemmelsens stk. 1, 2 og 3 er enslydende med selskabslovens §§ 117 og 118. Heri ligger altså hovedsageligt en kodificering, idet det også tidligere var antaget, at direktionens pligter i en erhvervsdrivende fond var tilsvarende de, som gjaldt for direktionen i selskaber. Bestemmelsens stk. 2 er endvidere enslydende med den nugældende § 25, stk. 3, 2. pkt. I denne henseende indeholder lovforslaget intet nyt.

Det foreslås med L154 § 42 stk. 1, 1. pkt. præciseret, at direktionen skal varetage fondens *formål og interesser*. Varetagelsen af fondens formål og interesser er også indeholdt i den foreslåede § 38, stk. 1 om bestyrelsens pligter. Der henvises derfor til beskrivelsen af

¹⁰³ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 561.

¹⁰⁴ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 80.

¹⁰⁵ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 80.

fondens formål og interesser ovenfor. Direktionen har også efter LEF pligt til at varetage fondens formål og interesser. Det følger af *ansættelsesforholdets natur*, at direktionen ikke kan handle i strid med arbejdsgiverens interesser - herunder formål.

I L154 § 42, stk. 1, 2. pkt. foreslås indføjet en præcisering af begrebet 'daglig ledelse' enslydende med den, der findes i selskabslovens § 117. Som omtalt oven for, var fortolkningen af LEF § 25, stk. 2 i forvejen identisk med den præcisering, som fremgår af selskabslovens § 117, og som nu foreslås indføjet med L154. At dette er tilfældet er illustreret i Mindshipsagen ved direktørens anskaffelse af ventilationsanlægget som omtalt ovenfor.

Efter LEF § 25, stk. 3 har bestyrelsen ansvaret for, at formueforvaltningen og bogføringen kontrolleres tilfredsstillende. Det påhviler efter bestemmelsen direktionen at sikre, at bogføringen er lovlig og at formueforvaltningen er betryggende. Direktionens pligt i henhold til § 25, stk. 3 foreslås videreført uændret i L154 § 42, stk. 2. I L154 § 42, stk. 3 samt § 38, stk. 1, nr. 5 foreslås det, at *både* direktion og bestyrelse efter lovsteksten har pligt til at sikre et forsvarligt kapitalberedskab. I forarbejderne anføres det, at det "*fremover vil være både bestyrelsen og direktionen, der bærer ansvaret for de af bestemmelsen omfattede forhold.*"¹⁰⁶ Det er altså ifølge lovforslaget umiddelbart Erhvervs- og vækstministeriets opfattelse, at lovforslaget i denne henseende indeholder en ændring ift., hvad direktionen efter gældende ret har ansvaret for.

Det bør overvejes, hvilken realitetsforskel der er mellem begreberne *forsvarlig kapitalberedskab* og *betryggende formueforvaltning*. Som omtalt tidligere, er formueforvaltningen den *aktive* anbringelse af kapital, mens kapitalberedskabet er den mængde likvide midler, som fonden løbende bør have til rådighed. De to begreber er ikke indbyrdes afhængige, men i praksis vil en særlig skødesløs formuevaltning ofte medføre et uforsvarligt kapitalberedskab, som det var tilfældet i Mindshipsagen. Kravet om et forsvarligt kapitalberedskab kan således siges at være en delmængde af kravet til en betryggende formueforvaltning.

Selvom det ikke fremgår eksplicit af LEF, at direktionen er medansvarlig for et forsvarligt kapitalberedskab, indgår det formentligt i en sædvanlig culpabedømmelse af direktionen. I

¹⁰⁶ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 81.

Mindshipsagen udtalte landsretten (side 244): *“Det må eller bude derfor tillige have stået [D] klart, at der var risiko for, at en yderligere udgift i denne størrelsesorden ikke kunne finansieres.”* Landsretten lægger tilsyneladende vægt på, at direktøren investerede uden de fornødne likvide midler.¹⁰⁷ Realitetsændringen ved den foreslåede § 42, stk. 3 er formentlig beskeden.

Efter gældende ret, kan bestyrelsen konkret give en direktør, som ikke er medlem af bestyrelsen tilladelse til at deltage på et bestyrelsesmøde, mens det forudsættes, at det vil være hensigtsmæssigt at lade en sådan generel adgang fremgå af vedtægterne, jf. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens brev af 21. november 1997.

I L154 § 42, stk. 4 foreslås en ret for direktøren til at være til stede og udtale sig på bestyrelsesmøder, med mindre bestyrelsen træffer anden bestemmelse. Bestemmelsen er enslydende med selskabslovens § 123 og er en ændring i forhold til gældende ret. L154 indeholder i denne henseende en ny mulighed for direktionen til at præge beslutningsprocessen ved det øverste ledelsesorgan i fonden.

Neden for under punkt 3.6 vurderes det, hvorvidt overtrædelser af pligter, som er eksplicit beskrevet i lovtekst, vurderes strengere, end overtrædelser af generelle culpanormer.

3.4 anbefalinger for god fondsledelse

Det er i L154 § 60 fastslået, at bestyrelsen skal redegøre for, hvorledes de forholder sig til de af Komitéen for god fondsledelse udarbejdede anbefalinger for god fondsledelse (herefter ‘anbefalinger for god fondsledelse’).

Erhvervsfondsudvalget har udarbejdet et udkast til anbefalinger for god fondsledelse. Der er endnu ikke nedsat en komité for god fondsledelse, men når dette sker, forventes det, at komitéen vil inddrage erhvervsfondsudvalgets forslag til anbefalinger, således at de endelige anbefalinger fra komitéen for god fondsledelse i omfang og karakter vil minde om det nuværende udkast fra Erhvervsfondsudvalget.¹⁰⁸ Det forudsættes i L154, at komitéen skal bestå af en række kyndige personer med tilknytning eller interesse for fondsverdenen.

¹⁰⁷ Jf. Lyng Andersen og Vistisen, ET 2006.231.

¹⁰⁸ Jf. Lyng Andersen og Vistisen, ET 2006.231.

I det følgende vil effekten af L154 § 60 blive gennemgået. Det vurderes, hvilken betydning anbefalingerne får for en ansvarsvurdering samt, hvilke indgrebsmuligheder fondsmyndigheden har ved manglende overholdelse.

3.4.1 Baggrunden for god skik-regler

Der findes på en række erhvervsområder regler om god skik. Således skal advokater f.eks. overholde “god advokatskik”, jf. retsplejelovens, jf. revisorlovens § 2, stk. 2. God skik-reglerne er karakteriseret ved, at *“lovgiver bestemmer, at dommeren skal lade afgørelsen bestemme af, hvad der er en alment accepteret god opførsel inden for et bestemt område”*.¹⁰⁹ Fordelen ved god skik-regler er, at der er en væsentlig grad af fleksibilitet og dynamik i forhold til mere konkrete lovbestemmelser. Omvendt medfører de uskrevne normsæt en uklar retsstilling, særligt når en god skik-bestemmelse er ny, og der således ikke har nået at udvikle sig en egentlig praksis på området.¹¹⁰

Der har i de senere år i dansk selskabsret været en tendens til at lade nogle ledelsesforhold være regulerede andetsteds end i lovgivningen. Således har der siden 2001 været anbefalinger for god selskabsledelse for børsnoterede selskaber.¹¹¹ Fælles for disse anbefalinger er, at de er væsentligt mere konkrete end de regelsæt, som kun stiller krav om overholdelse af “god skik” indenfor et konkret retsområde, f.eks. “god markedsføringssskik”.

Anbefalinger for god fondsledelse er et udtryk for såkaldt “soft law”. Det er ikke tidligere i den selskabsretlige regulering set, at lovgiver har indført en direkte henvisning i loven til et sæt af *anbefalinger for ledelsen*. Baggrunden for, at anbefalinger for god fondsledelse foreslås at have hjemmel i lov, skal formentlig findes i de særlige karakteristika, som gør sig gældende for fonde. Fonde har, i modsætning til børsnoterede selskaber, ikke et marked for sine kapitalandele. Kapital ejere kan “straffe” de børsnoterede selskaber for ikke at tage stilling til anbefalinger for god selskabsledelse, ved at sælge kapitalandele med kursfald til følge.¹¹² Nogle steder i den juridiske teori, har det tidligere været antaget,

¹⁰⁹ Jf. Bønsing, U.2004B.1, God skik-regler - hvem bestemmer indholdet.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Jf. Lovforslag L154 af 12. marts 2014 om erhvervsdrivende fonde, side 94.

¹¹² Jf. Erhvervsfundsudvalgets rapport af december 2012, side 561.

at den fremtidige regulering af fonde skulle ske via lovgivning.¹¹³ Den valgte fremgangsmåde synes at tage stilling både til fleksibilitet ved brugen af “anbefalinger” og til de særlige karakteristika, som gør sig gældende i erhvervsdrivende fonde ved at indføre en direkte lovhjemmel.

Hvor regulering ved lov som oftest er et udtryk for en minimumsstandard, der skal følges, så er soft law normalt udtryk for “best practice” på området. Soft law er i udgangspunktet relativt lettere at tilpasse, og bliver som følge heraf mere dynamisk og kan løbende opdateres med samfundsudviklingen.

3.4.2 Comply or explain

Det er ikke i sig selv et regelbrud, hvis ledelsen vælger ikke at følge anbefalingerne. Det skal blot forklares af ledelsen, hvorfor man har valgt at indrette sig anderledes, samt hvordan man i stedet har valgt at indrette sig. Dette princip benævnes “følg eller forklar” (comply or explain) og følger af § 60, stk. 1, 2. pkt.¹¹⁴

Forklaringen skal ifølge Rapporten være *konkret og velbegrundet*, således fondsmyndigheden kan afgøre, om de finder grunden *acceptabel*.¹¹⁵ Efter L154 anføres det, at forklaringen skal være *klar og konkret*, men at der som udgangspunkt ikke skelnes mellem “gode” og “dårlige” grunde.¹¹⁶ Dog kan fondsmyndigheden i henhold til bemærkningerne i L154 reagere på *åbenbart grund- eller meningsløse* forklaringer.¹¹⁷ Hvis anbefalingerne skal have en reel effekt, bør der stilles krav om en vis saglighed i begrundelsen. Hvis alene “åbenbart grundløse” forklaringer forkastes, kan der stilles spørgsmålstegn ved effekten af anbefalingerne.

Der kan være udmærkede begrundelser for, at ledelsen vælger at fravige anbefalingerne for god fondsledelse. Der kan således være forhold omkring den enkelte fond, som gør, at det ikke vil være hensigtsmæssigt for ledelsen at følge anbefalingerne.

¹¹³ Jf. Brink Lund m.fl., *Dansk Fondsledelse*, side 47.

¹¹⁴ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 95.

¹¹⁵ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 562.

¹¹⁶ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 95.

¹¹⁷ Ibid.

Fondsmyndigheden forudsættes at have den primære kontrol med fondenes stillingtagen til anbefalingerne, jf. L154 § 60, stk. 2. Det må formodes, at overholdelse af anbefalingerne i mange tilfælde er i fondenes egen interesse. Flere af de 16 anbefalinger er udtryk for god forretningsførelse og sund fornuft, men overholdelse kan også have en betydning for fondens image. Det foreslås således med L154 § 134, nr. 3, at fondsledelsen skal udarbejde en klar redegørelse for, hvordan de forholder sig til anbefalingerne, som skal *offentliggøres* sammen med fondens årsrapport enten som en del af årsrapporten eller på fondens hjemmeside. I Rapporten af december 2012 forudsættes det, at redegørelsen skal være *bagudrettet* mod det regnskabsår, som årsrapporten vedrører.¹¹⁸

3.4.3 Indholdet af anbefalinger for god fondsledelse

Der lægges fra erhvervsfondsudvalget op til at indføre 16 anbefalinger i 3 hovedgrupper, som forudsættes at være: 1) bestyrelsens opgaver og ansvar, 2) ledelsens ansvar og 3) åbenhed og kommunikation.¹¹⁹ Det overordnede formål med anbefalingerne er at udarbejde et supplement til lovgivningen med det formål at sikre en forsvarlig ledelse samt transparens og indsigt i bestyrelsens arbejde.¹²⁰ Det er ikke hensigten med nærværende fremstilling at beskrive hver enkelt anbefaling dybdegående. Af afgrænsningsmæssige hensyn vil kun udvalgte anbefalinger beskrives, hvorefter effekten af anbefalingerne som en juridisk konstruktion underkastes en kritisk vurdering.

Det anbefales i *punkt 1.1.1*, at bestyrelsen mindst en gang årligt forholder sig til den overordnede strategi og uddelingspolitik for den erhvervsdrivende fond. Formålet er at sikre, at ledelsen altid handler i overensstemmelse med fondens formål.

Det må antages, at anbefalingen i det væsentlige er nødvendig at overholde for at opfylde de fondsretlige krav til ledelsen. Fondsbestyrelsen har altid skullet varetage fondens formål og interesser bedst muligt.¹²¹ Hvis Ledelsen ikke mindst én gang årligt har forholdt sig til den overordnede strategi og uddelingspolitik, har ledelsen formentligt sjældent varetaget fondens formål og interesser *bedst muligt*. Hvad angår uddelinger følger det endvidere af LEF §§ 40 og 41 og af L154 §§ 77 og 78, at bestyrelsen er forpligtet til at

¹¹⁸ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 562.

¹¹⁹ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 563f.

¹²⁰ Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 561.

¹²¹ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 559.

uddele i overensstemmelse med vedtægterne. Uddeles der i strid med vedtægterne, er der en formodning for culpa.

Endeligt kan ledelsen næppe begrunde, at de vælger ikke at overveje den overordnede strategi og uddelingspolitik mindst én gang årligt, uden at denne begrundelse vil være åbenbart grundløs.

Det foreslås anbefalet i punkt 1.2.2, at hvis bestyrelsesformanden undtagelsesvist anmodes om at udføre særlige opgaver for fonden, bør der foreligge en bestyrelsesbeslutning herom. Bestyrelsen bør endvidere sikre sig forholdsregler for, at den overordnede ledelse bliver hos bestyrelsen, således at den i vedtægterne forudsatte arbejds- og ansvarsfordeling fastholdes.

At den legale arbejdsdeling mellem direktion og bestyrelse generelt skal fastholdes følger direkte af lovteksten og forarbejderne til L154. Det fremgår således af § 42, at hvis bestyrelsen ansætter en direktion *varetager denne* den daglige ledelse. Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår det, at bestyrelsen kan overtage konkrete sager fra direktionen, men at den ikke kan overtage arbejdsopgaver generelt.¹²²

Det er en hensigtsmæssig fremgangsmåde, at bestyrelsen sørger for at have konkrete bestyrelsesbeslutninger vedrørende de tilfælde, hvor formanden skal varetage særlige opgaver for fonden og, at grænserne for formandens beføjelser er fastsat i beslutningen. Det er vanskeligt at opstille gode grunde for, at en sådan praksis ikke skulle følges, medmindre der er tale presserende situationer.

Som et delelement til anbefalingen i punkt 1.3.4 anbefales det, at bestyrelsen foruden en lang række andre forhold skal offentliggøre i sin ledelsesberetning, hvilke medlemmer af bestyrelsen, der anses som uafhængige, og hvilke medlemmer der er afhængige af stiftere eller væsentlige gavegivere eller -modtagere.

Bestyrelsen er for at opfylde anbefalingen nødsaget til at tage stilling til, hvilke medlemmer der er afhængige og hvilke, som ikke er. Anbefalingen kan være med til at skabe fokus omkring afhængighedsspørgsmålet.

¹²² Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 80.

En af de anbefalinger, som formentligt vil påkalde sig en del opmærksomhed, er punkt 1.5.1, hvorefter det anbefales, at bestyrelsesmedlemmer udpeges for mindst 2 år og maksimalt 4 år ad gangen. Efter gældende ret og L154 stilles der ikke lovmæssige krav til udpegningsperioderne, der i princippet kan være tidsmæssigt ubegrænsede - *evighedsudpegning*. Det er dog visse steder i litteraturen antaget, at der af hensyn til det enkelte bestyrelsesmedlems uafhængighed, er en nedre grænse på minimum 1 års udpegning mens, at perioder på mindre end 3-4 år er uhensigtsmæssige.¹²³ Tanken er, at et bestyrelsesmedlem der er udpeget for en kort periode, men med udsigt til genudpegning, kan føle sig presset til at undlade at træffe upopulære men nødvendige beslutninger til skade for fonden.¹²⁴

Det er den øvre grænse på maksimalt 4 års udpegning i anbefalingen, som formentligt har størst betydning for ledelserne i de erhvervsdrivende fonde. Det må antages, at anbefalingen relativt uproblematisk kan fraviges med en ikke *åbenbart ubegrundet* forklaring. Der er således flere argumenter for, at en bestyrelse sidder længere end i 4 årige perioder, f.eks. hensynet til kontinuitet, stabilitet og erfaring i den konkrete fonds virke. Anbefalingen er desuden ikke udtryk for en fondsretlig grundsætning, hvilket flere af de øvrige anbefalinger er.

Det er i punkt 1.6.1 anbefalet, at der fastlægges en evalueringsprocedure, hvor bestyrelsen, formanden og de individuelle medlemmer bliver evalueret med henblik på at vurdere de enkeltes bidrag i fonden. Der er efter gældende ret ikke krav om sådan en evaluering. Der kan stilles spørgsmål ved, hvilke realitetsændringer en sådan evaluering medfører, idet det ikke er op til den øvrige bestyrelse at afsætte forsømmelige eller uegnede medlemmer. Anbefalingen kan dog antages at afføde yderligere fokus på egen og kollegers indsats i bestyrelsen. Hvis den øvrige bestyrelse efter evalueringer er utilfredse med et eller flere konkrete medlemmer, må de rette henvendelse til fondsmyndigheden, der har beføjelsen til at afsætte uegnede medlemmer.¹²⁵

Endeligt er det i punkt 1.6.2 anbefalet, at bestyrelsen ligeledes evaluerer direktionens arbejde og resultater efter forud fastsatte klare kriterier. Bestyrelsen har efter nugældende

¹²³ Jf. Lynge Andersen, *En fondsbestyrelses arbejde*, side 18.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 82.

fondsretlige principper og efter L154 § 38, stk. 1, nr. 4 en *kontrollforpligtelse* med direktionen.¹²⁶ Det skal overvejes, hvilke forskelle der er på 'evaluering' og 'kontrol'. Evaluering sigter til at forbedre resultater, uanset hvor godt udgangspunktet er. Kontrol sigter i stedet mod at sikre, at visse minimumskrav overholdes. Det må være i fondens interesse at iværksætte procedurer for at optimere direktionens arbejde. Anbefalingen kan desuden være medvirkende til at øge fokus på direktionens arbejde.

Overordnet har hensynet til, at de samme 16 anbefalinger skal være anvendelige på samtlige danske erhvervsdrivende fonde, medført, at de enkelte anbefalinger er blevet forholdsvis rummelige og til dels har karakter af programerklæringer. Flere anbefalinger udtrykker sund fornuft-betragtninger eller fondsretlige grundsætninger. Selve effekten af anbefalingerne i deres foreliggende form bliver formentlig af relativ beskeden *juridisk* betydning, bl.a. under hensyn til det forholdsvist tandløse saglighedskrav, der lægges op til i bemærkningerne til L154. Anbefalingerne kan dog være med til at øge fokus på transparens og god fondsledelse ledelsesmedlemmerne i mellem og ift. fondsmyndigheden.

3.4.4 Anbefalinger for god fondsledelse set i forhold til corporate governance

Ved sammenligningen af de kommende anbefalinger for god fondsledelse med anbefalinger for god selskabsledelse (corporate governance) er det for det første vigtigt at have for øje, at fonden er selvejende.

For selskaber er det til dels ejerne, som kan og bør vurdere, om selskabet på en tilfredsstillende måde lever op til corporate governance. For selskaber, hvor aktierne er optaget på et reguleret marked vil ejerne ofte være mangfoldige, og man kan således tale om en egentlig "markedsregulering". Markedets belønning for god corporate governance og modsvarende for dårlig corporate governance er således at anse som en væsentlig økonomisk faktor i motivationen for indførsel af corporate governance i selskaber.¹²⁷

¹²⁶ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 382.

¹²⁷ Jf. Schans Christensen, *God Selskabsledelse*, side 187 ff.

Omvendt findes der for erhvervsdrivende fonde ikke et marked, der kan tage stilling til, om ledelsen på en tilfredsstillende måde lever op til anbefalinger for god fondsledelse. Som følge heraf er der behov for en anden regulering, hvilket er søgt opfyldt med L154 § 60, stk. 2, hvorefter fondsmyndigheden er bemyndiget til at *påbyde* bestyrelsen at redegøre for, hvorledes den forholder sig til anbefalinger for god fondsledelse.

De forskellige måder at regulere på, er af Stubkjær Andersen opstillet således:¹²⁸

- 1) *Bindende, dvs. lovgivning*
- 2) *Ikke bindende (soft law), der opdeles i:*
 - a) *Uformelt: Markedskræfter, dvs. pres fra finansielle markeder*
 - b) *Formelt: Normer, dvs. pres fra virksomhedens interessenter*

For både selskaber og erhvervsdrivende fonde, er anbefalinger om god selskabs-/fondsledelse i kategorien "ikke bindende", idet er jo eksplicit gives mulighed for at "følge eller forklare" anbefalingerne.

Det må endvidere formodes, at den væsentligste faktor ved vurderingen af god/dårlig corporate governance for selskaber er uformel, dvs. ligger ved markedskræfter i form af pres fra finansielle markeder. Erhvervsdrivende fonde vurderes i sagens natur ikke på de finansielle markeder. Det må derfor vurderes, at der er tale om en ikke bindende, formel vurdering, da det er op til fondens interessenter, herunder navnlig fondsmyndigheden, men også pengeinstitutter og andre kreditorer, at vurdere den erhvervsdrivende fonds stillingtagen til anbefalinger for god fondsledelse.

Ved den formelle og uformelle vurdering af selskaber og erhvervsdrivende fondes stillingtagen til anbefalinger for god selskabs-/fondsledelse, synes der at være nogle forskellige karaktertræk. Således kan det tænkes, at der ved den uformelle vurdering af selskabets corporate governance vil blive vurderet på baggrund af mere irrationelle momenter. Det forekommer således ikke utænkeligt, at et selskab kan afgive en velunderbygget argumentation for, hvorfor man vælger at fravige en eller flere anbefalinger for god selskabsledelse, men hvor aktionærerne alligevel vælger at forkaste denne forklaring på baggrund af eksempelvis en generel forsigtighed i markedet.

¹²⁸ Jf. Stubkjær Andersen, RR.2.2004.6.

Fondsmyndighedens er på den anden side forpligtet til at foretage en objektiv vurdering, hvor forvaltningsretlige grundsætninger om bl.a. lighed bliver overholdt. Har den erhvervsdrivende fond således valgt at fravige anbefalinger for god fondsledelse med en velunderbygget argumentation, bør fondsmyndigheden ikke forkaste denne argumentation. Endvidere kan der argumenteres for, at fondsmyndighedens er mere specialiseret i at foretage en vurdering af den erhvervsdrivende fonds stillingtagen til anbefalinger for god fondsledelse, end markedet er for selskaber. Omvendt er der antageligvis større ressourcer i markedet til at overvåge selskabernes stillingtagen til corporate governance, end der er hos fondsmyndigheden til de erhvervsdrivende fondes ditto.

Til trods for de forskelle, som gør sig gældende for vurderingen af henholdsvis anbefalinger for god fondsledelse og corporate governance, så må det som en helhed vurderes, at fællestrækkene er så store, at der meningsfuldt kan drages paralleller mellem de to regelsæts indflydelse på bestyrelsens pligter i selskaber og erhvervsdrivende fonde.

3.4.5 Anbefalinger for god fondsledelses betydning for ansvarsvurderingen

Henset til at anbefalingerne ikke er bindende, bør det vurderes hvilken betydning de kan få for en ansvarsvurdering. I de tilfælde, hvor ledelsen i den erhvervsdrivende fond vælger at fravige anbefalinger for god fondsledelse, er udgangspunktet efter L154 § 60, at domstolene ikke bør vægte den blotte fravigelse fra det anbefalede.

Ansvarsvurderingen er imidlertid baseret på en almindelig culpabedømmelse af det enkelte bestyrelsesmedlem, som sammenlignes med de almindelige, gode ledelsesmedlem. Det bør overvejes om det *“almindelige, gode ledelsesmedlem”* ikke overholder de fleste af anbefalingerne henset til, at der i flere tilfælde er tale om almindelige sund fornufts-betragtninger og almindelige fondsretlige principper. For så vidt angår corporate governance, er det holdningen i den juridiske teori, at manglende efterlevelse vil kunne sanktioneres indirekte ved anvendelse af almindelige regler for erstatningsansvar.¹²⁹ Friis Hansen og Krenchel anfører om emnet: *“Et af problemerne ved anvendelse af ikke retligt bindende “codes”* [corporate governance udstedt af private

¹²⁹ Jf. Stubkjær Andersen, RR.2.2004.6.

organisationer] som reguleringsmodel er, at disse må forventes at blive tillagt betydning ved en eventuel erstatningssag mod medlemmer af ledelsen, og således i realiteten kommer til at gælde over for de pågældende, som om de faktisk var retligt bindende på linje med traditionel lovgivning.”¹³⁰

Ved vurderingen af, hvorledes anbefalinger for god fondsledelse skal placeres i ansvarsvurderingen, vil der i et vist omfang blive draget paralleller til selskabsretlig teori om corporate governance. Dette skyldes, at anbefalinger for god fondsledelse er en nyhed, som der endnu ikke har nået at udvikle sig teori omkring. Der er væsentlige fællestræk mellem corporate governance og anbefalinger for god fondsledelse, hvorfor det må anses som nærliggende, med øje for de forskelle, der er mellem selskaber og erhvervsdrivende fonde, at drage paralleller til betydningen af corporate governance i selskabsretten. Desuden er der ved udvalgets arbejde med rapport om erhvervsdrivende fonde hentet inspiration fra arbejdet med moderniseringen af selskabsretten i 2009.¹³¹ Alt i alt må det derfor antages, at anbefalinger for god fondsledelse vil have en nogenlunde tilsvarende betydning i ansvarsvurderingen, som corporate governance har i selskabsretten.

Der ligger i L154 § 60 en klar og tydelig pligt for ledelsen i erhvervsdrivende fonde til som minimum at tage stilling til anbefalinger for god fondsledelse. I det omfang dette ikke sker, må det antages, at domstolene vil taksere undladelsen som værende culpøs, og ledelsen risikerer altså at ifalde erstatningsansvar, såfremt de øvrige erstatningsretlige betingelser er opfyldte herunder særligt kausalitet. En sådan retsstilling er af Stubkjær Andersen forudsat vedrørende corporate governance.¹³² Dette vil i øvrigt også forekomme fornuftigt. Den samme retsstilling må desuden formodes at være gældende i de tilfælde, hvor ledelsen tager stilling til anbefalingerne, men vælger at fravige med en *åbenbart grundløs forklaring*.

Derimod forekommer det uafklaret, hvorledes det skal behandles, når ledelsen på et forretningsmæssigt sagligt grundlag vælger at fravige anbefalinger for god fondsledelse, men dispositionen alligevel viser sig at medføre et tab for den erhvervsdrivende fond.

¹³⁰ Jf. Friis Hansen og Krenchel, *Dansk selskabsret 2*, side 65 og 538.

¹³¹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 24.

¹³² Jf. Stubkjær Andersen, RR.2.2004.6.

Udgangspunktet efter L154 § 60 er, at ledelsen skal "følge eller forklare", og i ovennævnte situation er en sådan forklaring sket, hvorfor ledelsen i udgangspunktet har levet op til sine forpligtelser. På den anden side har dispositionen vist sig at indebære et tab for den erhvervsdrivende fond. Dette stiller spørgsmålet om, hvor stor en margin for skøn, der bør overlades til ledelsen i den erhvervsdrivende fond. Dette spørgsmål vil blive behandlet i det følgende afsnit.

3.4.6 The Business judgement rule

Der har i selskabsretlig litteratur og praksis udviklet sig et princip til håndtering af ansvar i situationer, hvor ledelsen har foretaget et forretningsmæssigt skøn, men hvor dispositionen alligevel har været tabsgivende. Princippet er benævnt "The business judgement rule" og har baggrund i amerikansk ret.

The Business judgment rule blev introduceret i dommen Aronson vs. Lewis, hvor princippet blev udtrykt således:

"The business judgment rule is an acknowledgement of the managerial prerogatives of Delaware directors under Section 141 (a). It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in honest belief that the action taken was in the best interest of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts."

Princippet medfører, at et ledelsesmedlem, der på et *oplyst* og *rationelt grundlag* handler i *god tro*, med henblik på varetagelse af *selskabets interesser*, ikke kan drages til ansvar for sine handlinger eller undladelser, selv om disse viser sig at forårsage tab.¹³³

Princippet er eksempelvis anvendt i afgørelsen "Kamin vs. American Express", hvor ledelsen i et børsnoteret selskab ved udlodning af udbytte til aktionærene i et datterselskab kunne vælge mellem udlodning i form af kontanter eller aktier. Ved udlodning i kontanter, ville fordelene for selskabet være en besparelse af selskabsskat på 8 millioner dollars, men dette ville også formindske det bogførte overskud, hvilket ville kunne føre til lavere priser på selskabets aktier. Ledelsen valgte derfor at foretage udlodning i

¹³³ Jf. Langsted og Berg, U.1994B.183 smh. Gomard og Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber*, side 573.

aktier i stedet for kontanter. Ledelsen blev sagsøgt for denne undladelse. Hertil udtalte retten:

“The directors' room rather than the courtroom is the appropriate forum for thrashing out purely business questions which will have an impact on profits, market prices, competitive situations, or tax advantages.”

Skønt amerikansk retspraksis er uden præjudice i dansk ret, er det antaget, at et tilsvarende udgangspunkt er gældende ved ansvarsbedømmelser efter dansk ret.¹³⁴ Der er forskellige delelementer i vurderingen af, hvornår ledelsen skal være fri for ansvar begrundet i business judgement rule.

For det første skal beslutningen være sket på et oplyst og rationelt grundlag. Heri ligger, at ledelsen skal indhente samt forholde sig til de oplysninger, som er fornødne til at træffe den omhandlede beslutning.

Dernæst ligger et krav om god tro, forstået således, at ledelsen hverken vidste eller burde vide, at den truffe beslutning ville medføre et tab. Heri ligger, at ledelsen selv skal have en tro på, at den valgte beslutning er egnet til at opfylde et formål i den erhvervsdrivende fonds interesse. Dernæst stilles krav om, at denne overbevisning også ud fra en objektiveret bedømmelse er egnet til at opfylde den erhvervsdrivende fonds interesse.¹³⁵ I Bergiadommen havde bestyrelsen købt en ekstravagant indrettet villa i Sydfrankrig med tilhørende Mercedes som en “langtidsinvestering”. Dommen illustrerer, at ikke enhver forretningsmæssig begrundelse opfylder god tro-kravet.

For det tredje stilles der krav om, at beslutningen er truffet med henblik på varetagelse af selskabets interesse (selskabet som interessesubjekt). Dette medfører, at hvis ledelsen varetager irrelevante interesser, skal det sandsynliggøres, at ledelsen alligevel efter bedste skøn handlede i selskabets interesse.¹³⁶

Man kan dernæst stille sig selv spørgsmålet; hvornår er der tale om et “skøn”? Et skøn er i denne henseende en beslutning, der træffes uden at kende det nøjagtige resultatet. Jo

¹³⁴ Jf. Gomard og Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber*, side 573

¹³⁵ Jf. Sofsrud, *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, side 135.

¹³⁶ Jf. Werlauff, *Selskabsret*, side 596.

længere ud i fremtiden, resultatet ligger, desto højere grad af usikkerhed præger skønnet.¹³⁷

Ved et skøn er der en grad af minimumsusikkerhed forbundet, hvilket er den usikkerhed der vil bestå uanset hvor grundigt ledelsen undersøger en problemstilling. Jo højere minimumsusikkerhed, desto mere skønsmæssig er en disposition.¹³⁸

Domstolenes bedømmelse er begrænset til lovligheden af skøn. Domstolene vurderer ikke hensigtsmæssigheden af skøn.¹³⁹ Hvis et forretningsmæssigt skøn ikke er ulovligt, vil vurderingen af skønnet angå hensigtsmæssigheden, hvilket skal vurderes af kapitalejerne frem for domstolene. Idet der ikke er kapitalejere ved de erhvervsdrivende fonde, kan det overvejs, om domstolenes prøvelse går lidt videre for erhvervsdrivende fonde end hos kapital selskaber, idet kapitalejerne som kontrolorgan er fraværende for erhvervsdrivende fonde. Dette er dog usikkert.

I de tilfælde hvor fondsledelsen ud fra et forretningsmæssigt skøn - i god tro - vælger at fravige visse anbefalinger for god fondsledelse, og hvor fonden lider et tab, kan ledelsen ikke dømmes erstatningsansvarlig. Dette udgangspunkt modificeres i den udstrækning, at der er tale om anbefalinger som ligeledes er udtryk for almindelige fondsretlige grundsætninger. I disse tilfælde angår bedømmelsen *lovligheden* af skønnet.

3.4.7 Betragtninger om retssikkerhed

Anbefalingerne for god fondsledelse har karakter af "soft law" og er dermed ikke lovregler. Imidlertid er det for så vidt angår corporate governance anført i teorien, at disse næsten har en styrke svarende til lovregler, bl.a. da fondsbørser (eksempelvis Københavns fondsbørs) kræver, at reglerne følges eller forklares.¹⁴⁰ Dette synspunkt må i mindst lige så høj grad gælde for anbefalinger for god fondsledelse, da der i L154 § 60 findes en direkte henvisning til anbefalingerne.

¹³⁷ Jf. Sofsrud, *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, side 142.

¹³⁸ Jf. Sofsrud, *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, side 144.

¹³⁹ Jf. Sofsrud, *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, side 150.

¹⁴⁰ Jf. Werlauff, *Selskabsret*, side 34 smh. Gomard og Schaumburg-Müller, *Kapital selskaber*, side 573

Der kan være visse retssikkerhedsmæssige betænkeligheder i at indføre denne mellemform i dansk fondsret, hvor der på den ene side er tale om *soft law*, men på den anden side sker en direkte henvisning hertil i loven - *hard law*.

Det er anført i L154, at en af fordelene ved anbefalinger frem for direkte lovbestemmelser er, at disse er relativt lettere at tilpasse og dermed kan være mere dynamiske end lovgivning.¹⁴¹ Sådanne anbefalinger for god fondsledelse gør det alt andet lige lettere at sikre et kontinuerligt opdateret regelsæt for erhvervsdrivende fonde.

Det kan imidlertid befrygtes, at der går en del retssikkerhed tabt ved, at man på denne vis uddelegerer kompetencen til, om ikke at lovgive, så i hvert fald at fastsætte regler, som i en vis grad får indflydelse på ansvarsbedømmelsen. I denne betragtning ligger også, at anbefalingerne grundet sin karakter ikke undergår de formelle krav, som traditionel lovgivning er underlagt herunder 3 behandlinger samt kundgørelse.

Anbefalinger for god fondsledelse forudsættes som skrevet ovenfor udarbejdet af en komité, som hovedsageligt kommer fra fondenes kreds, og som følger udviklingen i "best practice" for ledelse og som på baggrund heraf udarbejder anbefalinger.¹⁴²

Den statsretlige teori udtrykker en vis betænkelighed omkring delegation af lovgivningsmagt til private.¹⁴³ L154 lægger imidlertid op til at komitéen kommer til at have Erhvervsstyrelsen som sekretariat.¹⁴⁴

Fremgangsmåden, hvor det i et vist omfang overlades til sagkyndige at vurdere, hvorledes privatpersoner bør agere, er ikke ukendt i dansk ret. Således er det eksempelvis indenfor enterprisesager sædvanligt at lade god byggeskik indgå som en del af ansvarsnormen, selvom disse også er udarbejdet af forskellige institutioner indenfor byggeriet.

Også for advokater kendes en tilsvarende fremgangsmåde, hvor advokatrådet fastsætter regler for god advokatskik, som bl.a. anvendes ved frakendelse af advokater ret til at udøve advokatvirksomhed. Fremgangsmåden er godkendt i U2007.1015Ø, hvorefter det

¹⁴¹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 95.

¹⁴² Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport af december 2012, side 562.

¹⁴³ Jf. Germer, *Statsforfatningsret*, side 110.

¹⁴⁴ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 96.

ikke fandtes betænkeligt at overlade det til en privat forening at fastsætte strafsanktionerede regler.

Anbefalinger for god fondsledelse udstedes med hjemmel i lov, efter en høring.¹⁴⁵ Endvidere skal komiteen ikke fastslå bindende regler for de erhvervsdrivende fonde, men som skrevet blot et krav om stillingtagen til anbefalinger for god fondsledelse. Disse betragtninger gør det mindre betænkeligt, at komitéens anbefalinger indtager den mellemform, som er tiltænkt.

3.5 Ansvar og myndighedernes indgreb efter L154

I afsnittene 3.2-3.4 er ledelsens pligter før og efter L154 fremstillet. En stor del af ledelsens pligter er udtryk for sund fornuft og er i fondens og såvel ledelsens egen interesse. Andre har karakter af præventive regler, der skal sikre mod misbrug. For at sikre alle pligternes overholdelse, skal der være konsekvenser ved eventuelle forsømmelser.

Ledelsen kan blive ramt af særligt 3 typer af konsekvenser for sine forsømmelser. Neden for under punkt 3.5.1 behandles ledelsens erstatningsansvar. Et erstatningssøgsmål har en genoprettende karakter og kan påberåbes af private såvel som af fonden via fondsmyndigheden eller en nytiltrådt ledelse. Under punkt 3.5.2 behandles bødestrafen, der har en pønalt karakter. Sidst behandles under punkt 3.5.3 fondsmyndighedens præventive indgrebsmuligheder mod en uegnet ledelse.

3.5.1 Erstatningsansvar

LEF fastslår i §§ 44 og 46, at ledelsen i erhvervsdrivende fonde vurderes ud fra dansk rets almindelige erstatningsregel - culpa. I L154 er der med § 126, stk. 1, sket en sammenskrivning af LEF §§ 44, stk. 1 og § 46, stk. 1. Der er i L154 § 126, stk. 1 tilføjet, at stiftere også kan ifalde ansvar ved uagtsom adfærd. Foruden denne ændring af bestemmelserne enslydende på alle væsentlige punkter.¹⁴⁶ I forarbejderne anføres det, at *“Den i stk. 1 [§ 126, stk. 1] foreslåede bestemmelse medfører ikke en særlig ansvarsregel*

¹⁴⁵ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 95.

¹⁴⁶ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 148.

på det fondsretlige område, men indeholder en gengivelse af dansk rets almindelige erstatningsregler.”¹⁴⁷

Indførelsen af “stiftere” i bestemmelsen er en kodificering af gældende ret.¹⁴⁸ Stifteransvaret forudsættes hovedsageligt at være aktuelt i forbindelse med værdiansættelse af indskudte aktiver.

Det kan konkluderes, at der ikke med L154 er tilsigtet en generel skærpelse af ansvarsvurderingen af ledelsen i erhvervsdrivende fonde, jf. Rapporten af december 2012 og bemærkningerne i L154. Tvært imod henvises både LEF og L154 til dansk rets almindelige erstatningsregler. Selve ansvarsvurderingen er således den samme. Derfor er vurderingen ledelsens erstatningsansvar for overtrædelser af anden særlovgivning og fondens vedtægter som udgangspunkt den samme efter L154.

Neden for i punkt 3.6 vurderes det, om der med L154 er en skærpelse ift. de pligter og forskrifter, som er vægtige momenter i ansvarsvurderingen.

3.5.2 Bødeansvar

I LEF findes ledelsens strafansvar for forsømmelse af pligter i § 63. Af ordlyden i § 63, stk. 2 og 3 fremgår det, at det kun er nogle ganske få bestemmelser i LEF, der er bødesanktioneret.¹⁴⁹ Udvalget for betænkning nr. 970 af 1982 om den nye fondslovgivning har om bødesanktioneringen anført: *“Når lovudkastet undlader at strafsanktionere bestemmelser, som er strafsanktioneret i aktieselskabsloven skyldes det, at udvalget har fundet, at andre sanktionsformer end straf vil være mere velegnet, f.eks. fondsmyndighedens afsættelse af bestyrelsesmedlemmer.”*¹⁵⁰ Bødestraffen pålægges de pågældende ledelsesmedlemmer, der har overtrådt lovgivningen og altså ikke fonden.¹⁵¹

Det er kun et fåtal af ledelsens pligter og forbud, som er bødesanktioneret efter gældende ret. Eksempelvis er § 25 om ledelsens pligter ikke i sin helhed bødesanktioneret. Alene §

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 1054.

¹⁵⁰ Jf. Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, side 126.

¹⁵¹ Jf. Lynge Andersen, *Lærebog i fondsret*, side 90.

25, stk. 3 der foreskriver, at bestyrelsen og evt. direktionen, skal påse en tilfredsstillende formueforvaltning og bogføring, er sanktioneret med bødestraf. Foruden denne pligt bør det i denne sammenhæng nævnes, at § 19, stk. 1 om vederlag til bestyrelsesmedlemmer og § 21, stk. 3 om ekstraordinære dispositioner ligeledes er bødesanktioneret i LEF.

Det er ifølge ordlyden af § 63 alene *forsætlige* eller *groft uagtsomme* overtrædelser, der straffes med bøde. Heje Mikkelsen og Bunch anfører, at ordlyden af § 63 i praksis medfører, at myndighederne alene vil rejse tiltale, hvis overtrædelserne er så grove, at der er en *formodning* for forsæt.¹⁵² Uagtsomhedsbedømmelsen foretages for hvert enkelt ledelsesmedlem.¹⁵³ Efter § 63, stk. 7, er forældelsesfristen for overtrædelse af lovens bestemmelser 5 år.

Antallet af bødesanktioneret forsømmelser foreslås med L154 forøget betragteligt. I lovforarbejderne anføres det, at de *konkrete handlepligter* for ledelsen fremover som udgangspunkt skal være strafbelagte.¹⁵⁴ Eksempelvis foreslås forsømmelser af § 37 vedrørende udpegning af bestyrelsesmedlemmer, § 38 om bestyrelsens pligter, § 42 om direktionens pligter, § 50 om forretningsordenen, § 51 om inhabilitet og § 63 om utilbørlige dispositioner bødesanktioneret. Som udgangspunkt vil alle bødesanktioneret forsømmelser efter LEF ligeledes være bødesanktioneret efter L154.¹⁵⁵

Det skal fremhæves, at overtrædelse af § 38 og 42 i deres helhed nu bødesanktioneres. Samtlige ledelsens pligter, vil efter L154 derfor være bødesanktioneret. Efter LEF, er det alene § 25, stk. 3 om tilfredsstillende kontrol med formueforvaltning samt lovlig bogføring, der er bødesanktioneret. Der er altså klart flere *pligter*, som - ud over deres betydning for en ansvarsvurdering - med L154 *sanktioneres* med bøde.

Betingelsen i den nugældende LEF om grov uagtsom eller forsæt for bødestraf, foreslås afskaffet med L154. I stedet vil det være en *tilstrækkelig betingelse* for bødestraf, at en af de nævnte bestemmelser i § 132 overtrædes. L154 medfører derfor en skærpelse i *vurderingen* af det enkelte ledelsesmedlems strafansvar. Bødeansvarets 5-årige forældelsesfrist foreslås videreført med L154, § 132, stk. 7.

¹⁵² Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 1055.

¹⁵³ Jf. Ryberg Hofmann, RR.2011.12.0068, Ekstraordinære dispositioner i fonde.

¹⁵⁴ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 151.

¹⁵⁵ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 151.

Heje Mikkelsen og Bunch anfører, at det nugældende kapitel 11 om straf i LEF har en *relativ stor psykologisk effekt* for ledelsen.¹⁵⁶ Det må antages, at de foreslåede ændringer i hvert fald ikke gør denne effekt mindre.

Det bemærkes, at både strafbemmelserne i L154 og i den nugældende LEF er og vil blive suppleret af straffelovens regler.¹⁵⁷

3.5.3 Fondsmyndighedens indgrebsmuligheder

Fondsmyndighedens indgrebsmuligheder over for ledelsen efter gældende ret er beskrevet oven for under punkt 2.2. Der er navnlig tale om fondsmyndighedens mulighed for at udstede påbud og pålægge tvangsbøder, samt fondsmyndighedens beføjelse til at afsætte bestyrelsesmedlemmer i særlige situationer.

For så vidt angår fondsmyndighedens beføjelse til at udstede tvangsbøder foreslås indholdet af den nugældende § 64 videreført i L154 § 131, stk. 2.¹⁵⁸ Det kan bemærkes, at den foreslåede bestemmelse fremover ligeledes vil omfatte likvidator. Foruden dette forhold er der ikke lagt op til realitetsændringer med L154.

Fondsmyndigheden kan, som det er beskrevet under punkt 2.2, afsætte bestyrelsesmedlemmer grundet uværdige handlinger, længere tids sygdom, svækkelse, samt uegnethed, jf. § 15, jf. § 14. Foruden et forhold foreslås afsættelsesbeføjelserne videreført ordret i L154 § 45, 2.pkt., jf. § 44. Ændringen vedrører fondsmyndighedens mulighed for at afsætte *klart uegnede* bestyrelsesmedlemmer, jf. § 14, stk. 4. Formuleringen foreslås ændret til, at fondsmyndigheden kan afsætte *uegnede* medlemmer af bestyrelsen. Ændringen af ordlyden lægger umiddelbart op til, at fondsmyndigheden kan skride ind over for medlemmer af bestyrelsen tidligere og for mindre graverende forhold.

Fremgår af lovforarbejderne, at lovgiver har til hensigt at skærpe kravet til ledelsens *egnethed*. Lovgiver begrundes skærpelsen med, at "*Det er vigtigt, at*

¹⁵⁶ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 1045.

¹⁵⁷ Jf. Heje Mikkelsen og Bunch, *Erhvervsdrivende fonde*, side 1047.

¹⁵⁸ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 150.

bestyrelsesmedlemmerne reelt påtager sig ansvaret for fonden. En fondssituation kan således blive forværret af bestyrelsesmedlemmer, som ikke i tilstrækkelig grad varetager fondens formål, opgaver og interesser. Dette er baggrunden for, at kriteriet for pligt til at udtræde af en bestyrelse ændres fra >>klart uegnet<< til >>uegnet<<.”¹⁵⁹

I betænkningen til de nugældende fondslove bemærkes det, at der ved “klart-uegnehedsvurderingen” skal lægges vægt om ledelsen har *misrøgtet sit hverv*, om der er *grove eller oftere gentagne tilsidesættelser af væsentlige bestemmelser i lovgivning eller fundats*, ignorering af *pålæg var fondsmyndigheden, uforsvarlig kapitalforvaltning* eller generelt *forsømmelse over længere periode*.¹⁶⁰ Der skal altså forholdsvist grove forhold til, førend den nugældende bestemmelsen kan bringes i anvendelse.

Det fremgår af bemærkningerne til den i L154 foreslåede § 44, stk. 4, at f.eks.: *“gentagne overtrædelser af loven og vedtægten, uvilje eller manglende engagement til at afgive redegørelser og oplysninger, som fondsmyndigheden anmoder om, uvilje eller manglende engagement til at efterkomme påbud, afgivelse af forkerte eller misvisende oplysninger, manglende eller for sen indsendelse af årsrapport”* kan være indicier for, at bestemmelsen kan bringes til anvendelse.¹⁶¹

Når de eksempler på afsættelsesgrunde, der opremses i lovforarbejderne til den nugældende lov, sammenholdes med bemærkningerne til L154, kan det konstateres, at ord som *‘grove’* tilsidesættelser og *‘væsentlige’* bestemmelser er udeladt, mens der efter det foreslåede bl.a. kan lægges vægt på *uvilje* og *engagement*. Det er en meget konkret vurdering, men grænserne for, hvad der er en afsættelsesgrund er utvivlsomt skærpet. Bemærkningerne til L154 anfører, at fælles for afsættelsesgrundene er, at det pågældende bestyrelsesmedlem ikke har *vist evne og vilje til at overholde rammerne for fondens virke*.¹⁶²

Hvis de øvrige bestyrelsesmedlemmer er utilfredse med en eller flere kolleger i bestyrelsen, er eneste reaktionsmulighed at rette henvendelse til fondsmyndigheden, som så vil vurdere, hvorvidt den er enig i, at de pågældende personer kan afsættes.

¹⁵⁹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 82.

¹⁶⁰ Jf. Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde, side 62.

¹⁶¹ Jf. L 154 om erhvervsdrivende fonde, side 82.

¹⁶² Ibid.

3.6 Præciseringers betydning for ansvarsvurderingen

I det foregående er vurderet, hvorvidt de enkelte elementer i L154 indeholder nye tiltag ift. gældende ret. For en stor dels vedkommende er der tale om kodificeringer og præciseringer af gældende ret, jf. bl.a. rapport om fremtidens regulering af erhvervsdrivende fonde, hvori det anføres, at *“Udvalget finder, at arbejdsopgaverne for bestyrelsen og direktionen i en erhvervsdrivende fond, herunder arbejdende bestyrelsesformand, skal præciseres i LEF, således som det er sket i SEL”* [LEF: Lov om erhvervsdrivende fonde, SEL: Selskabsloven].¹⁶³ Efter det lovforberedende arbejde er der ikke tiltænkt en generel skærpelse. Udvalget anfører: *“Der er efter udvalgets opfattelse ikke tale om en ændring i forhold til, hvad der gælder i dag. Udvalget finder imidlertid, at det vil være hensigtsmæssigt, hvis opmærksomheden herpå [ledelsens arbejdsopgaver] skærpes, hvilket kan ske ved indførelse af en udtrykkelig bestemmelse herom i LEF.”*¹⁶⁴

Inden det vurderes nærmere, hvorvidt de foreliggende præciseringer uanset deres tiltænkte formål, kan indeholde en betydning for bestyrelsen, skal det fastslås, hvad der forstås ved ordet *en skærpelse*. I Den Danske Ordbog er begrebet “at skærpe” defineret som at gøre noget *hårdere, tungere eller strengere*.¹⁶⁵ I forhold til skærper af gældende ret, kan man overordnet tænke sig, særligt 5 forskellige typer af skærper:

- En *materiel skærpelse*. Herved skal forstås en ændring af loven, der medfører, at samme handling anses for at være mere uagtsom efter nye regler end efter de hidtil gældende.
- En *sanktionsskærpelse*, hvor ændringen af retstilstanden medfører, at samme ansvar medfører en hårdere “straf”. Dette kan være en større bøde, bøde for et forhold der ikke tidligere var bødesanktioneret, indførelse af godtgørelser eller ny praksis, der fastslår, at flere tabsposter kan kræves erstattet, f.eks. mistet afkast som i Bergiadommen.
- En *pligtskærpelse*. Selve ansvarsvurderingen af forsømmelse af pligter forbliver den samme, men der tilføjes flere handlepligter/forskrifter, som indgår i vurderingen.
- En *bevisskærpelse*, hvor der opstilles en formodningsregel. F.eks. ved indførelse af et præsumptionsansvar eller en delt bevisbyrde.
- En *praktisk skærpelse*. Herved overvejes det, om øget fokus på et område kan aflede større bevågenhed fra aktører og interessenter, som kan medføre flere søgsmål og en

¹⁶³ Jf. Erhvervsfundsudvalgets rapport af december 2012, side 134.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Jf. Det Danske Sprog og Litteraturselskabs danske ordbog: <http://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=skærpe>

deraf større risiko for at blive domfældet. F.eks. en øget bevågenhed fra kreditorer, herunder SKAT og pengeinstitutter, som kan anlægge erstatningssøgsmål, eller Erhvervsstyrelsen, der kan afsætte bestyrelsesmedlemmer eller pålægge bøder. Juridisk set bliver ledelsen altså ikke vurderet strengere, men risikoen for at blive erstatningsansvarlig øges som følge af tydeliggørelsen af overtrædelser.

Udgangspunktet er formentligt, at der ikke er en generel skærpelse af fondsledelsens arbejde. Som omtalt oven for, er det for størstedelen af L154 ikke lovgivers hensigt at lave en materiel skærpelse. Lovgivers hensigt får en betydning, når domstolene i deres lovfortolkning foretager en subjektiv fortolkning af loven, hvor det tiltænkte formål med loven tillægges betydning for forståelsen af ordlyden.

I forbindelse med de hidtige præciseringer og kodificeringer af gældende ret i selskabslovgivningen, har det været indgående diskuteret i den juridiske teori, hvorvidt disse kunne få karakter af skærper - lovgivers hensigt til trods.

Der er bl.a. to forhold i L154, hvor det er tydeligt, at der indføres en materiel skærpelse, hvis lovforslaget indføres i den form, som det har i skrivende stund. I L154 § 132 foreslås det indført, at overtrædelse af en lang række regler straffes med bøde. Bl.a. ulovlig udpegelse af ledelsen efter § 37, stk. 4, forsømmelse af bestyrelsens opgaver efter § 38 og forsømmelse af direktionens pligt til at sikre et forsvarligt kapitalberedskab efter § 42, stk. 3 er efter L154 direkte bødesanktioneret. I LEF fremgår det af § 63, stk. 2, at bestyrelsen og direktionen straffes ved forsømmelse af sin pligt til at sikre forsvarlig formueforvaltning, hvis overtrædelserne er foretaget forsætlig eller groft uagtsomt. Kravet om mindst grov uagtsomhed er altså ikke medtaget i L154. Herved er der tale om en skærpelse af selve vurderingen af overtrædelser. Desuden bliver flere pligter for ledelsen nu bødesanktioneret, hvilket har karakter af en *sanktionsskærpelse*.

Ud over dette forhold foreslås det med L154, at fondsmyndigheden i medfør af § 45, 2. pkt., jf. § 44, stk. 4, kan afsætte et bestyrelsesmedlem, som har vist sig *uegnet*. I LEF kan fondsmyndigheden i medfør af § 15, 2. pkt., jf. § 14, stk. 4 afsætte et bestyrelsesmedlem, som har vist sig *klart uegnet*. At lovgiver i L154 udelader '*klart*' er udtryk for en materiel skærpelse af vurderingen af, hvornår et bestyrelsesmedlem kan afsættes som følge af uegnethed. Ved vedtagelsen af L154 vil der fremadrettet skulle mindre graverende forhold til end hidtil, før fondsmyndigheden griber ind og afsætter bestyrelsesmedlemmer.

Hvad angår ledelsens opgaver er det flere steder i lovforslagets bemærkninger anført, at der alene tilsigtes en kodificering af gældende ret. Der er altså ikke tilsigtet en materiel skærpeelse. Som udgangspunkt er der ej heller tale om en pligtskærpeelse. Som anført i afsnit 3.2.1 eksisterede langt de fleste pligter, der fremgår af L154 § 38, allerede efter gældende fondsretlige grundsætninger. Det kan dog ikke aldeles udelukkes, at en sådan kodificering alligevel kan have en betydning for ledelsen. Nogle forfattere har i den juridiske litteratur argumenteret for, at præciseringer til trods for formålet kan få en skærpende effekt.

Stubkjær Andersen mener, at de øgede præciseringer i selskabslovgivningen kan medføre en skærpeelse for bestyrelsesmedlemmerne i kapitalsekskaber. Han anfører: *“Det er min opfattelse, at ledelsesansvaret gradvist er, og vil blive yderligere, skærpet pga. tiltagende hard- og soft law manifesteret i de seneste revideringer af henholdsvis børs- og selskabsretlige regler samt corporate governance rapporter. Klarere regulering skaber klarere pligter, hvilket afføder klarere ansvar, til gavn for samfundet og interessenter.”*¹⁶⁶ Lignende betragtninger kan overføres på fondsledelsen i henhold til L154. Samme forfatter anfører om den nye selskabslov, at *“De nye ledelsesstrukturer og ledelsesorganer i SL gør ikke, at ansvarsgrundlaget eller ansvarsnormen ændres, men øver indflydelse på bedømmelsen og placeringen af ledelsesansvaret. (...) Den specialisering, der ligger i opdelingen af opgaverne og de mere eksplicite beskrivelser af opgaverne må også medføre en mere stringent bedømmelse af ansvaret, idet der formodentligt vil stilles større krav til efterlevelse/overholdelse/iagttagelse, når opgaverne fordeles og præciseres.”*¹⁶⁷

Bernhard Gomard og Schaumburg-Müller har anført om lovfæstede bestemte pligter, at *“Bestyrelsen ifalder i videre omfang ansvar, dersom den har forsømt at opfylde bestemte pligter, som lovgivningen har pålagt bestyrelsen (...) end i tilfælde hvor der som grundlag for ansvar alene kan henvises til den almindelige forsvarlighedsnorm i culpareglen, som er lovfæstet i ASL § 140 eller 54, men i generel form uden nogen væsentlig præcisering (...).”*

¹⁶⁸ Gomard er altså af den opfattelse, at der lettere ifaldes ansvar for pligter nedskrevet direkte i loven, end f.eks. uskrevne principper og normer. Sofsrud anfører om dette

¹⁶⁶ Jf. Stubkjær Andersen, RR.2004.02.0006.

¹⁶⁷ Jf. Stubkjær Andersen, *Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring*, side 117.

¹⁶⁸ Jf. Gomard og Schaumburg-Müller, *Kapitalsekskaber*, side 578.

synspunkt: "At der kan være en tendens i denne retning er måske nok rigtigt, omend dette er vanskeligt at dokumentere."¹⁶⁹

Der kan altså flere steder i den juridiske litteratur spores en holdning om, at øget lovgivning frem for uskrevne retsprincipper kan udgøre en form for skærpeelse. Om ikke andet medfører kodificeringen en tydeliggørelse af ledelsens pligter og dermed også eventuelle forsømmelser heraf. Pligternes nedfældelse direkte i loven gør dem mere tilgængelige for retsanvenderen.

Under et erstatningssøgsmål, hvor sagsøgeren skal forsøge at påvise en ansvarspådragende adfærd fra ledelsen, kan loven nærmest anvendes som en form for tjekliste. Det må antages, at det almindeligt gode ledelsesmedlem har opfyldt alle lovens krav. Jo flere pligter der er forsømt, desto mere nærliggende er det, at ledelsen har handlet ansvarspådragende. Herved kan pligterne kumuleres i *helhedsvurderingen* af, hvorvidt ledelsen har handlet forsvarligt og i fondens interesse. Har ledelsen efter vedtagelsen af L154 i en periode ikke fået løbende rapporter efter § 38, stk. 1, nr. 3 og har ledelsen ikke overvejet en procedure, som fonden skal følge i relation til risikobetonede dispositioner, jf. § 38, stk. 1, nr. 2, og hvis ledelsen eksempelvis ikke har taget stilling til alle anbefalingerne for god fondsledning, kan det ikke udelukkes, at ansvar vil være mere nærliggende med vedtagelsen af L154 end efter den nugældende LEF. Der er om ikke andet flere forhold, som ledelsen efter L154 skal tage klart stilling til.

I hvert fald § 60 om kravet til ledelsens stillingtagen til anbefalingerne for god fondsledning, samt kravet om udfærdigelse af en forretningsorden, jf. § 50, er eksempler på *pligtskærpeelser* for ledelsen. Hvad angår de arbejdsopgaver, der er kodificeringer af gældende ret, er det mere tvivlsomt, hvorvidt forholdet har karakter af en skærpeelse.

Det kan konstateres, at L154 indeholder en lang række præciseringer og derved en tydeliggørelse af ledelsens samlede pligter. Dermed bliver det også lettere for interessenter at vurdere, hvorvidt ledelsen har handlet i overensstemmelse med gældende ret og anlægge sag, hvis dette vurderes ikke at være tilfældet.

¹⁶⁹ Jf. Sofsrud, *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, side 142.

Det har i den fondsretlige debat været anført, at de erhvervsdrivende fonde efter nugældende ret lever efter devisen: “*den, der lever skjult, lever godt.*”¹⁷⁰ Særligt forslaget om indførelse af pligten til at tage stilling til Anbefalingerne for god fondsledelse, kan være med til at bringe fondene ud af denne skjulte tilværelse. Det kan ikke udelukkes, at der heri ligger en form for praktisk skærpelse af ledelsens pligter.

En eventuel vedtagelse af L154 kan sammenlignes med vedtagelsen af den nye selskabslov af 2010. Debatten om, hvorvidt præciseringer kan udgøre skærper for ledelsen, vil være ubesvaret, i hvert fald til der kommer ny praksis. Hvis fremtidig retspraksis synes at indeholde en skærpelse, er dette ikke ensbetydende med, at dette alene skyldes den eventuelle vedtagelse af lovforslaget. Der er den fejlkilde og skjulte faktor, at finanskrisen fra 2008 kan medføre en samfundsudvikling henimod øgede krav til ledelsesmedlemmer. Denne faktor kan vanskeligt måles. Idet culpavurderingen er en retlig standard, der udvikler sig med samfundet, skal ovenstående om ikke andet tages i betragtning.

Til trods for ovenstående synes der at være en vis tyngde bag Stubkjær Andersens argumentation, når det anføres, at de mere *eksplicite* pligter medfører en *mere stringent bedømmelse* af ansvaret.¹⁷¹ Bedømmelsen kan anses som mere stringent, fordi samtlige pligter er overskueliggjorte og tydeliggjorte direkte i loven. Konsekvensen heraf vil formentligt være større krav til bestyrelsens iagttagelse af sine pligter.

¹⁷⁰ Jf. Brink Lund m.fl., *Dansk fondsledelse*, side 10.

¹⁷¹ Jf. Stubkjær Andersen, *Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring*, side 117.

4 Konklusion

Med L154 har lovgiver forsøgt at skabe neutralitet mellem de regler, der gælder for de forskellige virksomhedsformer i Danmark. Hensigten har således været en modernisering af lovgrundlaget for erhvervsdrivende fonde på linje med selskabslovgivningen. Heri ligger, at retsanvenderen nemt ud fra lovgrundlaget skal kunne danne sig overblik over sine rettigheder og pligter. I L154 foreslås det, at en lang række uskrevne fondsretlige grundsætninger kodificeres og nedfældes i konkrete retsregler. Antallet af ord stiger således fra ca. 7.000 ord i LEF til ca. 16.000 ord i L154 fordelt på henholdsvis 68 og 136 bestemmelser.

Hovedsigtet med ovenstående fremstilling har været at fastlægge den potentielle effekt af vedtagelsen af L154 for ledelsen i de erhvervsdrivende fonde. Fokus er lagt på de ledelsesmæssige pligter, og den indvirkning pligterne har på erstatnings- og bødeansvaret. Neden for fremhæves de forhold ved L154, som ifølge fremstillingens analyse kan udgøre en realitetsændring for ledelsen:

Vedrørende den potentielle effekt af L154 for bestyrelsen:

Bestyrelsens pligter foreslås nedfældet i L154 § 38. Det er i bemærkningerne anført, at bestemmelsen tilsigter en kodificering af gældende ret. Det vurderes, at bestemmelsen på nogle enkelte områder kan indeholde nogle mindre tilføjelser, som ikke nødvendigvis gjaldt efter LEF og uskrevne fondsprincipper:

Efter L154 § 38, stk. 1, nr. 2 skal bestyrelsen fastsætte en procedure for risikostyring og interne kontroller. Efter gældende fondsretlige grundsætninger skal bestyrelsen også sikre risikostyring og interne kontroller. Den potentielle tilføjelse, der formentligt ligger i bestemmelsen, er, at bestyrelsen fremover *skal udarbejde en handlingsplan* for, hvordan de agter at håndtere tilsynet med fondens ansatte og fondens overordnede risikohåndtering. Det vurderes, at den blotte undladelse af at overveje en sådan handlingsplan, kan komme bestyrelsen til skade ved en ansvarsvurdering. Bestyrelsen bør derfor som minimum sikre sig dokumentation for, at de har gjort sig sådanne overvejelser.

Efter L154 § 38, stk. 1, nr. 3 skal bestyrelsen sikre sig løbende rapportering om fondens finansielle forhold. En sådan rapportering er nødvendig for, at bestyrelsen kan sikre

fondens kapitalberedskab og kontrollere formueforvaltningen, og er derfor også en nødvendig pligt efter gældende ret. Den potentielle tilføjelse ligger i, at bestyrelsen har pligt til at fastsætte en *instruks* for direktionen eller bogholderiet om at indsende *faste* rapporter. Det er formentligt ikke tilstrækkeligt efter L154, at bestyrelsen anmoder om en rapportering, når dette findes nødvendigt. Rapporteringsene bør komme efter faste intervaller, som fastsættes efter den konkrete fond og dennes situation. Bestyrelsen bør endvidere sikre sig, at denne instruks overholdes. Hvis rapporter udebliver uden, at bestyrelsen rykker efter dem, må bestyrelsen i en evt. erstatningssag skulle sandsynliggøre, at de manglende rapporter ikke har haft betydning for tabet.

Efter L154 § 50 har bestyrelsen *pligt* til at udarbejde en forretningsorden. Denne pligt er ny for bestyrelsen. Hvis bestyrelsen ikke udarbejder en forretningsorden, risikerer den at ifalde erstatningsansvar. Hvis bestyrelsen har udarbejdet en forretningsorden, men ikke overholder den, er udgangspunktet som i selskabsretten, at dette forhold ikke selvstændigt tillægges betydning. Forretningsordenen anses som et arbejdsredskab for bestyrelsen. Dog kan grovere forsømmelser indgå som et moment i helhedsbedømmelsen af bestyrelsen, der kan fremstå sløset.

Hvis den overtrådte bestemmelse i forretningsordenen er udtryk for en lovmæssig pligt, vil overtrædelsen kunne udgøre en ansvarspådragende adfærd. F.eks. hvis overtrædelsen angår bestyrelsens tilsyn med fondens ansatte.

Der er særligt to forhold i L154, der medfører, at *vurderingen* af bestyrelsen *skærpes*, således at det samme forhold får et andet udfald efter L154 end efter LEF.

Efter L154 § 45, 2. pkt., jf. § 44, stk. 4, kan fondsmyndigheden efter lovforslaget afsætte et bestyrelsesmedlem, der er *uegnet* til sin post. Efter gældende ret kan fondsmyndigheden afsætte *klart* uegnede bestyrelsesmedlemmer. Fondsmyndigheden kan derfor efter L154 skride ind over for medlemmer af bestyrelsen tidligere og for mindre graverende forhold.

Efter gældende ret er det en betingelse for bødeansvar, at ledelsen har handlet groft uagtsomt. Med L154 foreslås det, at den blotte forsømmelse af de i § 132 anførte pligter bødesanktioneres. Det nugældende krav om en vis kvalificeret culpøs adfærd udelades. Desuden indeholder § 132 en skærpelse derved, at flere forhold end tidligere foreslås

bødesanktioneret. F.eks. foreslås forsømmelse af § 50 om forretningsordenen og § 38 om bestyrelsens pligter i sin helhed bødesanktioneret.

Vedrørende de foreslåede anbefalinger for god fondsledelse og bestyrelsens forretningsmæssige skøn:

Med L154 § 60 foreslås indført 16 anbefalinger, som bestyrelsen skal tage stilling til efter princippet om 'comply or explain'. Bestyrelsen kan altså vælge at fravige anbefalingerne, men det kræver en forklaring for bestyrelsens valg. I denne forklaring skal der i henhold til forarbejder indfortolkes et mindstekrav til begrundelsen. Det forudsættes, at *åbenbart grundløse eller meningsløse* forklaringer kan forkastes af fondsmyndigheden. Det er konstateret, at lovgiver har fremsat et væsentligt mere lempeligt begrundelseskrav end det, som Erhvervsfondsudvalget fremsatte i sin rapport af december 2012. I rapporten var det foreslået, at forklaringer skulle være *klare og velbegrundede*.

Selve indholdet af anbefalingerne tilsigter en forsvarlig ledelse, samt transparens med bestyrelsens arbejde. Det er konstateret at de fleste anbefalinger allerede er krav efter fondsretlige grundsætninger og ellers udgør almindelige sund fornuftsbetragtninger. Nyhedsværdien i de fremsatte anbefalinger er beskedne.

Den beskedne nyhedsværdi sammenholdt med det forholdsvis tandløse saglighedskrav bevirker, at den *juridiske* betydning af anbefalingerne er lav, idet fondsbestyrelsen enten relativt nemt kan begrunde en fravigelse, eller slet ikke kan fravige fordi anbefalingen er udtryk for en fondsretlig grundsætning. Anbefalingerne kan dog have en vigtig *praktisk* betydning, idet den lovpligtige offentliggørelse kan betyde, at mindre velbegrundede fravigelser kan skade fondens image.

Hvis bestyrelsen helt ignorerer anbefalingerne for god fondsledelse trods påbud fra fondsmyndigheden, er dette et forhold, som efter lovforarbejderne kan bervirke, at bestyrelsen kan blive anset som uegnet og afsat af fondsmyndigheden.

Til trods for, at der ikke stilles uoverkommelige krav til bestyrelsens forklaringer, kan det konkluderes, at fravigelser af anbefalingerne ved en ansvarsvurdering kan indgå i en helhedsbedømmelse af bestyrelsen. Hvis bestyrelsen imidlertid fraviger en anbefaling med en velbegrundet forretningsmæssig forklaring afgivet i god tro og på et fyldestgørende

grundlag, gribes forholdet af reglen om *'the business judgement rule'*, hvorved fravigelsen ikke kan indgå i ansvarsvurderingen. Bestyrelsen bør således behandle anbefalingerne dybdegående til trods for det lempelige begrundelseskrav.

The business judgement rule er udtryk for en klar kompetencemæssig fordeling mellem domstole og kapitalejere, hvorefter domstolene vurderer lovligheden af ledelsens dispositioner, mens det er op til kapitalejere at vurdere på hensigtsmæssigheden bag de forretningsmæssige skøn. Da fondene ingen ejerkreds har, er der principielt set ingen kontrol med bestyrelsens forretningsmæssige skøn. Det må formodes, at fondsmyndigheden i en vis udstrækning vil træde i stedet for kapitalejerne og om ikke andet i grovere tilfælde vil inddrage dårlige forretningsmæssige skøn. Et af formålene med L154 er trods alt forbedret ledelseskultur, og fondsmyndigheden har efter L154 hjemmel til at afsætte *"uegnede"* bestyrelsesmedlemmer, hvilket styrker denne formodning.

Vedrørende den potentielle effekt af L154 for direktionen:

Direktionens pligter foreslås nedfældet i L154 § 42. Foruden ét forhold indeholder bestemmelsen ikke realitetsændringer ift. direktionens pligter efter gældende ret. Lovgiver anfører, at den foreslåede § 42, stk. 3, om direktionens pligt til at sikre et forsvarligt kapitalberedskab er en nyskabelse for direktionens vedkommende. Afhandlingen er kritisk over for nyhedsværdien, idet *'et forsvarligt kapitalberedskab'* i udgangspunktet er en delmængde af *'en betryggende formueforvaltning'*, hvilket også er et krav efter den nugældende lovgivning, jf. LEF § 25, stk. 3, 2. pkt. Selvom det ikke fremgår eksplicit af LEF § 25, stk. 3, 2. pkt., lagde landsretten i Mindshipdommen vægt på, at direktøren trods en lav beholdning af likvide midler valgte at udføre en betydelig investering med tab til følge. Direktørens disposition udgjorde både en ubetryggende formueforvaltning, men medførte ligeledes, at kapitalberedskabet var uforsvarligt.

Vedrørende kodificeringen af uskrevne retsprincipper:

Det konstateres i analysen, at størstedelen af de behandlede bestemmelser sammenlignet med retspraksis og uskrevne fondsgrundsætninger, alene er udtryk for nedfældelse af gældende ret. Det har vedrørende ledelsens overordnede lovmæssige pligter ikke været lovgivers hensigt at skærpe ansvaret for ledelsen. Det konkluderes, at culpabedømmelsen af ledelsen ikke i sig selv skærpes efter L154.

Der argumenteres i dele af den juridiske litteratur for, at overtrædelse af bestemte pligter fastsat i lovgivningen, i videre omfang medfører ansvar, end overtrædelse af mere generelle og upræcise handlenormer, som f.eks. uskrevne fondsgrundsætninger. Der er i teorien uenighed om dette emne. Ved en fremtidig vurdering af pligterne i L154, såfremt disse vedtages, skal det tillægges betydning, at lovgiver ikke har *tilsigtet* en skærpelse. Alligevel synes der at være vægtige argumenter for, at kodificeringer kan udgøre en mere stringent bedømmelse af retsanvenderen, hvilket kan virke skærpende.

Det konstateres, at L154 bl.a. indeholder en modernisering, der bevirker en mere overskuelig, men ikke væsentlig anderledes retsstilling for retsanvenderen. For at de erhvervsdrivende fonde kan blive et fuldt ud konkurrencedygtigt alternativ til kapitalselskaberne, er det befordrende, hvis det igen gøres muligt at stifte den erhvervsdrivende fond med skattemæssig succession. Der tegner sig i skrivende stund et bredt politisk flertal for fra 2015 at genindføre skattemæssig succession for apportindskud i erhvervsdrivende fonde.

5 Executive summary

Danish foundations law is an area of the law being thoroughly discussed during the past years. Among other things, the poor transparency as to the activities of the foundations, the requirement for increased supervision and control and the tax aspects are subjects which have all been debated. In continuation thereof, the Danish Commercial Foundations Authority presented in December 2012 a report with a proposed regulation in future of the commercial foundations.

By reference to this report, the Danish Minister of Business, Industry and Growth introduced on 12 March 2014 a Bill no. L 154, which will presumably, with minor amendments, become the new Danish Act on Commercial Foundations.

This thesis aims at comparing the duties and responsibility for the management in commercial foundations under current law with the proposed new rules of L 154. The thesis focuses on managerial duties, prohibitory injunctions, civil liability and penalty sanctions of the Board of Directors and the Executive Board. Focus is on the impact of the amendments contemplated by the Bill no. L 154 and the Commercial Foundations Authority's report of December 2012.

The managerial duties under current law and the principles in relation to foundations law are considered on the basis of case law and legal literature on the subject. By reference to this study, the provisions of the bill on the managerial duties are subject to a comparative critical analysis for the purpose of evaluating the existence in the bill of any amendments on a point of fact for the management.

The bill refers to a set of recommendations on professional foundation management to be considered by the management. The recommendations are not in the nature of legally binding rules of law, although they are not to be ignored without any consequences by the management.

The thesis concludes that the major part of the proposed provisions reflect codifications of current rules of law. Basically, the bill does not aim at a tightening of the rules. Nevertheless, certain provisions of the bill may be deemed to imply a tightening under current law.

The bill implies a clear tightening particularly in two specific areas. First, it is proposed that the management will be punishable by a fine for less serious violations than under current law. Second, the bill should make it easier for the authorities to remove unqualified members of the Board of Directors.

The recording in writing of unwritten legal doctrine – notwithstanding the intention – is deemed to be important to the management's misconduct and neglect.

Further, it is concluded that any neglect of recommended professional foundation management as a legal construction may be ascribable to importance when judging the managerial responsibility, provided the management does not from a commercial point of view submit a well-founded explanation of its deviations. In their present form, the recommendations do not, however, contain any innovations for the management's duties and assignments.

6 Litteraturliste

Bøger:

Blume, Peter (2004): *Juridisk metodelære* (3. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag

Brink Lund, Anker m.fl. (2012): *Dansk fondsledelse - erfaringsbaserede oplæg til debat* (1. udgave, 2. oplag), Handelshøjskolens Forlag

Friis Hansen, Søren og Jens Valdemar Krenchel (2011): *Dansk selskabsret 2, Kapitalselskaber* (3. udgave), Forlaget Thomson Reuters

Germer, Peter (2007): *Statsforfatningsret* (4. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag

Gomard, Bernhard og Peer Schaumburg-Müller (2013): *Kapitalselskaber* (7. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag

Heje Mikkelsen, Jytte og Lars Bunch (2009): *Erhvervsdrivende fonde - en lovkommentar* (1. udgave), Forlaget Thomson Reuters

Lynge Andersen, Lennart (2006): *En fondsbestyrelses arbejde* (3. udgave), Danske Forvaltning

Lynge Andersen, Lennart (2009): *Fonde og foreninger I* (6. udgave), Forlaget Thomson Reuters

Lynge Andersen, Lennart (2009): *Lærebog i fondsret* (5. udgave), Forlaget Thomson Reuters

Munk-Hansen, Carsten (2010): *Retters grund* (1. udgave), Aalborg Universitet

Munck, Noe og Lars Hedegaard Kristensen (2010): *Selskabsformerne - lærebog i selskabsret* (6. udgave), Jurist og Økonomforbundets Forlag

Samuelsson, Morten og Kjeld Søgaard (1997): *Bestyrelsesansvaret* (1. udgave), Forsikringshøjskolens Forlag

Schans Christensen, Jan m.fl. (2004): *God selskabsledelse - dansk corporate governance set i sammenhæng* (1. udgave), Forlaget Thomson Reuters

Sofsrud, Thorbjørn (1999): *Bestyrelsens beslutning og ansvar - spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar* (1. udgave), Greens Jura

Stubkjær Andersen, Klaus (2011): *Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring* (1. udgave), Karnov Group

Werlauff, Erik (2013): *Selskabsret* (9. udgave), Karnov Group

Artikler:

Bønsing, Sten, U.2004B.1, *God skik-regler - hvem bestemmer indholdet*

Langsted, Lars Bo og Claus Berg, U.1994B.183, *Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet?*

Lyng, Andersen og Torben Vistisen, ET 2006.231, *U.2006.243 H - direktions- og bestyrelsesansvar for tab lidt ved en fonds drift af restaurant ("Mindshipsagen")*

Ryberg Hofmann, Claus, RR.2011.12.0068, *Ekstraordinære dispositioner i fonde*

Stubkjær Andersen, Klaus, RR.2.2204.6, *Corporate governance og ledelsesansvar*

Werlauff, Erik, ET 2012.221, *Centrale fondsretlige problemstillinger*

Afgørelser:

- FED1998.1977Ø

- FED2003.1519Ø

- U.2006.243H

- Erhvervs- og Selskabsstyrelsens brev af 21. november 1997.

- Erhvervs- og Selskabsstyrelsens brev af 13. november 2008.

Rapporter, lovforarbejder og øvrige:

- Kraft & Partners A/S, *Den Danske Fondsanalyse 2013*.

- Erhvervsfundsudvalget, rapport af december 2012 om fremtidens regulering af erhvervsdrivende fonde

- Udvalget for Modernisering af selskabsretten, *betænkning nr. 1498 af november 2008*

- Finansministeriet, *Vækstplan DK - Stærke virksomheder - februar 2013, flere jobs*

- Lovforslag L154 af 12. marts 2014 om erhvervsdrivende fonde

- Høringsnotat af 12. marts 2014

- Betænkning nr. 970 af 1982 om fonde

- <http://www.business.dk/oekonomi/skat-hindrer-nye-fonde>, d. 13. april 2014.

- <http://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=skærpe>, d. 28. april 2014.