

Centrale fondsretlige problemstillinger

- 30 års erfaringer med fondslovene

Artiklen analyserer nogle centrale fondsretlige problemstillinger under inddragelse af nu næsten 30 års erfaringer med fondslovene. Artiklen er i særlig grad koncentreret om de erhvervsdrivende fonde, men også med en del bemærkninger om de ikke-erhvervsdrivende. Artiklen rummer en række betragtninger de lege ferenda.(1)

Af professor, dr. jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet

1. Er der fortsat brug for fonden som retsform?

Artiklen er skrevet ud fra en grundholdning om, at både erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende fonde fortsat har en vigtig rolle at spille i dansk ret.

I selve det grundlæggende spørgsmål om, hvorvidt det er i orden, at en fond overhovedet er erhvervsdrivende (hvilket som bekendt ikke alle landes retsorden tillader), er det min holdning, at de erhvervsdrivende fonde - naturligvis - er kommet for at blive. At en fond er erhvervsdrivende, forhindrer i øvrigt ikke, at den samtidig er almennyttig, og denne kombination af erhvervsdrift og almennyttige udlodninger er hyppigt forekommende her i landet.

Fondsejede virksomheder har i Danmark en fremragende økonomisk *performance* (som det vist hedder på nutidsdansk). De har en tålmodig, langsigtet investorholdning, og det kan sammenfattende siges, at fonden langt fra er "den døde hånd", snarere "den tålmodige hånd".

2. Danmark kan blive "fondenens Delaware"

Efter min opfattelse bør vor lovgivning indrettes således, at den tiltrækker fonde, ikke blot fra danske stiftere, men også gerne fra udlandet. Det er vigtigt, at vi til enhver tid opretholder en smidig, tidssvarende fondslov, kombineret med en smidig myndighedsbehandling, gerne med mulighed for, at dokumenter og myndighedskommunikation kan være på engelsk, hvis fonden ønsker det. Vi bør gennem vor lovgivning opmuntre til og facilitere fondsdrift mv. Danmark må gerne blive opfattet som et "fondsland", ligesom vi erklæret gerne vil være et "selskabsland"(2) og et "holdingland".(3)

Kort sagt ville det være godt, om Danmark i europæisk sammenhæng blev et "fondenens Delaware".

3. "Krympereglen" bør nytænkes

Vi bør nytænke selve det fondsretlige fundament, dvs. kravet om den definitive udskillelse af de i fonden indskudte midler, ofte populært betegnet som "krympereglen".

Måske er vi i vor skræk for selvbandlæggelse gået for vidt i retning af at kræve en definitiv udskillelse. Vi bør antagelig tillade et vist tilbageløb fra fonden, eksempelvis i form af rentenydelse, brugsret, bopælsret mv. for en stifter. Noget sådant tillades allerede i begrænset omfang, men det bør - uden skræk for at krænke "krympereglen" - tillades i betydeligt videre omfang.

I værket "Fra stiftelse til fond" har *Lennart Lynge Andersen* kritisk behandlet det offentlige som fondsstifter, idet det offentlige jævnligt opretter fonde, der ikke lever op til det hidtidige grundlæggende krav til fonde vedrørende den definitive udskillelse. Hvis man vendte denne kritik om, kunne man sige, at det ikke kun bør være det offentlige, der har en vis fortrydelsesret vedrørende fondsstiftelse, men at en begrænset fortrydelsesret også bør stå til disposition for private fondsstiftere.

Vi bør samtidig introducere alternative begreber, herunder *Anstalt*-begrebet med centraleuropæisk forbillede (Liechtenstein mv.) samt *trust*-begrebet med forbillede i *common law*-landene. Det vil her være afgørende, at der indtænkes en nødvendig beskyttelse af beneficianten mod trustee's kreditorer. Trustbegrebet er et meget smidigt instrument, som utvivlsomt tiltrækker mange stiftere, og hvorfor skulle ikke også Danmark have et trust-begreb på paletten?(4)

4. Stifertiljen bør tillades fremhævet yderligere - gennem "stiftererklæringer"

Der er ingen tvivl om, at vi i dansk *arveret* understreger stifertiljen meget konsekvent i testamentarisk sammenhæng, herunder i forbindelse med fortolkning af testamenter.

Også *fondsretligt* spiller stifertiljen en betydelig rolle, allerede fordi den naturligvis præger vedtægternes indhold, ligesom den også i et vist omfang kan præge holdningen til nødvendige ændringer af vedtægterne.

Når det drejer sig om den daglige fortolkning af vedtægterne, afgørelse af tvivlsspørgsmål mv., synes stifertiljen imidlertid i nogen grad at være nedtonet, og her vil jeg foreslå en introduktion af begrebet "stiftererklæring".

Man kan overveje at indføre begrebet stiftererklæring i loven, når denne alligevel skal revideres, særligt for så vidt angår stifterens ønsker vedrørende underliggende dattervirksomheder og datterselskaber, og tillige for så vidt angår stifterens ønsker vedrørende udlodninger, udlodningspolitik mv.

En stiftererklæring vil være subjektiv, og det skal den også være. Det er netop tanken med den, at den skal muliggøre den subjektive fortolkning af vedtægterne, som ellers normalt ikke tillades for selskabers vedkommende, men som vi i udpræget grad kender fra testamenter vedkommende.

Stiftererklæringen behøver ikke nødvendigvis i sin helhed at være offentligt tilgængelig, men den skal selvsagt være kendt af fondens bestyrelse, fondens eventuelle direktion hhv. administrator samt naturligvis af fondsmyndigheden.

Jeg forestiller mig ikke nogen ændring i det forhold, at både vedtægterne og også stifertiljen skal kunne gennembrydes (permuteres), såfremt tiden uigenkaldeligt er løbet fra vedtægternes hidtidige udformning.

5. Formål og anbringelse bør præciseres lovmæssigt

Begge fondslove, FL for de ikke-erhvervsdrivende og EFL for de erhvervsdrivende fonde, omhandler begrebet "anbringelse" som noget sekundært, og i praksis synes også erfarne fondspraktikere at have vanskelighed med adskillelse af formål og anbringelse.

Det klassiske syn i FL er, at *formålet* er udtryk for, hvordan fonden anvender sin pengestrøm til udlodninger mv., mens *anbringelse* er

udtryk for, hvordan fonden skaffer sin pengestrøm gennem anbringelse mv. Når det imidlertid drejer sig om den *erhvervsdrivende* fond, har denne ofte sin virksomhed hhv. sine datterselskaber som både sit formål og sit anbringelsesøjemed. Derudover har den erhvervsdrivende fond muligvis et eller flere andre formål, eksempelvis et familierelateret formål med hensyn til begunstigelse af stifterens descendenter samt et eller flere almennyttige formål som supplement.

De her skitserede forhold bør give sig klarere udslag i EFL, end det er tilfældet i dag. Det er (også) på dette punkt mindre heldigt, at EFL er opbygget fuldstændig parallelt med FL's begreber og systematik. Jeg efterlyser kort sagt, at EFL afspejler den faktiske virkelighed også på dette punkt.

6. Hvilken lov og hvilken fondsmyndighed?

Det er min opfattelse, at tiden er løbet fra opdelingen i to fondslove, FL og EFL, hvilket i høj grad er traditionelt bestemt, men ikke længere fuldt ud sagligt kan forsvares. De nødvendige forskelle mellem ikke-erhvervsdrivende og erhvervsdrivende fonde kan ganske udmærket opretholdes inden for én samlet fondslov - ligesom også SL opretholder en række forskelle mellem A/S, ApS og P/S.

Efter min opfattelse bør hele fondslovgivningen samles i én lov, fondsloven, ligesom også A/S, ApS og P/S nu er samlet i én lov, selskabsloven, SL.

En lovmæssig forenkling og strømlining må indebære, at fondsopgaverne samles hos én myndighed, som passende kan være Erhvervsstyrelsen, der herved både bør fungere som registrerings- og fondsmyndighed for samtlige fonde, uanset deres formål (modsat i dag, hvor fonde med familieformål henhører under Justitsministeriet, dvs. Civilstyrelsen).

Hermed har jeg også givet udtryk for det synspunkt, at *alle* fonde bør registreres som betingelse for opnåelse af deres retssubjektivitet. Dette var fra den 1. januar 1985 og frem til 1992 retstilstanden også i FL, men siden "afbureaukratiseringen" i 1992 skal de ikke-erhvervsdrivende fonde ikke registreres som betingelse for opnåelse af retssubjektivitet. Jeg vil parallelisere retstilstanden for de to fonde og herved foreskrive begge fondstypers registrering hos Erhvervsstyrelsen og - dermed også for de ikke-erhvervsdrivendes fondes vedkommende bringe retstilstanden tilbage til, hvad den var før 1992.

Dermed bliver der også ét og kun ét sted at skaffe sig indsigt i fondenes forhold - modsat den helt kunstige situation, der er opstået siden 1992 for de ikke-erhvervsdrivende fondes vedkommende, hvor indsigtstedet nu er fondens skattekommune, jf. FL § 56, stk. 1, hvilket i praksis næppe er kendt af ret mange.

7. Én fondsmyndighed og én rekursmyndighed

Som nævnt vil jeg argumentere for Erhvervsstyrelsen som én fælles fondsmyndighed for alle fonde, uanset fondens formål, og uanset om fonden er erhvervsdrivende eller ej.

Jeg vil ligeledes argumentere for, at alle styrelsens afgørelser bør kunne rekrurreres, og at dette bør ske til Erhvervsankenævnet. Jeg finder, at denne rekursmulighed bør være gældende, uanset hvilken *fondstype* der er tale om, og uanset hvilken *afgørelsestype* der er tale om, dvs. uanset om Erhvervsstyrelsen handler som registrerings- eller som fondsmyndighed, således modsat nu, hvor styrelsens beslutninger qua fondsmyndighed ikke kan rekrurreres, jf. EFL § 62, stk. 2.

8. Præcisering og uddybning af FL § 21 hhv. EFL § 21, stk. 3

Efter FL § 21 hhv. EFL § 21, stk. 3, gælder det, at ekstraordinære dispositioner, som kan medføre risiko for, at fondens vedtægt ikke kan overholdes, ikke kan træffes af fondens bestyrelse på egen hånd, men kræver fondsmyndighedens accept.

Denne retstilstand er velbegrundet, særligt fordi en fond er selvejende og dermed ikke har nogen ejerkreds, ej heller nogen generalforsamling, som fondens bestyrelse skal stå til regnskab overfor. Fondsmyndigheden fungerer i stedet som en bremse på den lidt for ivrige og risikovillige fondsbestyrelse, der i det fondsretlige univers står til regnskab over for en fondsmyndighed i stedet for at stå til regnskab over for en generalforsamling.

Forholdet er imidlertid det, at FL § 21 hhv. EFL § 21, stk. 3, er mindre godt kendt af mange fondsbestyrelser, rådgivere m.fl. Dette ses bl.a. af de i disse år verserende sager om sammenbrudte sparekasseseaktieselskaber og disses aktiebesiddende sparekassefonde: EBH-sagen, Løkken-sagen mv. Et fællestræk ved disse sager er, at hverken de pågældende fondsbestyrelser eller deres rådgivere synes at have bragt EFL § 21, stk. 3, ind i billedet. Adspurgt herom udtaler mange af fondsbestyrelsesmedlemmerne tværtimod, at de simpelthen ikke var bekendt med lovbestemmelsen.

Det er min opfattelse, at der er gode grunde til at bevare FL § 21 og EFL § 21, stk. 3, men i længden er det ikke tilfredsstillende at have lovbestemmelser, der i praksis ikke fungerer efter deres formål. De pågældende bestemmelser bør derfor styrkes, og dette kan som minimum ske gennem en uddybende, eksemplificerende vejledning fra Erhvervsstyrelsen, der stilles til rådighed for samtlige fonde i landet.

Helst ser jeg dog en bekendtgørelse udstedt af Erhvervsstyrelsen med hjemmel i den nye samlede fondslov, som jeg efterlyser, og således at en bekendtgørelse giver nærmere forskrifter for anvendelsen af § 21 hhv. § 21, stk. 3.

Endelig er det i forbindelse med omtalen af FL § 21 hhv. EFL § 21, stk. 3, væsentligt at understrege, at disse lovbestemmelser effektive funktion - ud over et kendskab til dem - tillige forudsætter en hurtig sagsbehandling hos fondsmyndigheden. Idet myndighedsopgaverne nu forudsættes samlet hos Erhvervsstyrelsen, kan der i denne forbindelse peges på, at Erhvervsstyrelsen efter min praktiske erfaring er både hurtig og smidig i sin ekspedition af ansøgninger efter § 21, stk. 3.

9. Gennemførelse af vedtægtsændringer bør forenkles

Kriterierne for, hvad der skal til for at gennemføre en vedtægtsændring og dermed permutere stifterviljen, bør defineres nærmere i loven, jf. følgende tentative stikord: "... uigennemførlig ...", "... utidssvarende ..." og "... cyprès ...". Med begrebet *cyprès* menes, at formuleringen af vedtægterne efter den tilladte ændring bør ligge så tæt op ad den oprindelige, stiftergodkendte formulering, som det er praktisk muligt.

Det er efter min opfattelse godt, at fondene for nogle år siden fik lov til at slække en smule på det ellers vedtægtsforeskrevne koncerngreb om datterselskaberne, nemlig ved at "bestemmende indflydelse" i fondens vedtægter blev tilladt ændret til "væsentlig indflydelse". Dette har muliggjort, at fonde som Carlsberg, COWI, Danfoss, Oticon, Scanlace mv. har opnået nogle vækstmuligheder for de underliggende datterselskaber, som de ellers i værste fald ville kunne blive afskåret fra.

Jeg anser i dag den oprindelige diskussion om, hvorvidt der var hjemmel i fondslovene til at tillade denne liberaliserende ændring af fondes vedtægter, for at være afsluttet. Jeg forudsætter dog, at det ved enhver sådan ændring fortsat ikke blot er en formssag at tillade ændringen, men at det gennem budgetter, revisorerklæringer, markedsundersøgelser mv. nøje skal kunne dokumenteres, at ændringen er absolut nødvendig som et led i rettidig omhu fra fondens side.

Jeg finder fortsat, at fondsbestyrelserne bør være afskåret fra *på egen hånd* at gennemføre vedtægtsændringer, og det skal derfor fortsat være således, at en offentlig myndighed skal spørges om ændringen.

Der kræves imidlertid efter retstilstanden i dag både beslutning i fondens bestyrelse og (som hovedregel) tilladelse fra to myndigheder: Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen, jf. EFL § 48. Jeg vil gerne advokere for en strømlining af dette system, således at der i fremtiden alene

kræves tilladelse fra én myndighed, der passende kan være Erhvervsstyrelsen.

Civilstyrelsen bliver efter min opfattelse ikke overflødig i et sådant system. Civilstyrelsen bør bevares som et overordnet, fondsmyndigt høringsorgan i principielle, vidtrækkende fondsretlige sager, ligesom man fra den finansielle sektor mv. kender det med hensyn til Det Finansielle Virksomhedsråds rolle i principielle sager efter lov om finansiell virksomhed.

10. Fond med datterselskab - beslutninger på tre niveauer

Ofte vil en erhvervsdrivende fond have et holdingselskab under fonden, således at det er holdingselskabet, der ejer det eller de underliggende datterdriftsselskaber.

Holdingselskabet er indskudt dels af hensyn til det strategiske overblik, dels for fortsat at sikre fondens karakter af erhvervsdrivende, jf. kriteriet i EFL § 1, stk. 2, nr. 4.

Det er fuldt ud acceptabelt, og bør fortsat være det, at en fond gør sig til erhvervsdrivende - hhv. bevarer en status som erhvervsdrivende - gennem et mellemliggende holdingselskab. Forholdet er imidlertid det, at der derved fremkommer en ledelse i mindst tre lag, nemlig dels hos fonden, dels hos holdingselskabet, og dels hos hvert af datterselskaberne.

Efter min opfattelse savner man lovmæssige rammer for funktions- og kompetencedelingen mellem hhv. fond, holdingselskab og datterdriftsselskaber. Jeg forestiller mig, at funktions- og kompetencedelingen i hovedtræk må se ud som følger:

Fondens bestyrelse varetager langsigtede beslutninger, stiftertiljen, uddelingsspørgsmål, den alsidige sammensætning af fondens bestyrelse, afspejlingen af de involverede interesser mv., men blander sig grundlæggende ikke i driften af datterselskaberne.

Holdingselskabets bestyrelse bevarer det samlede forretningsmæssige koncernoverblik og den overordnede driftsmæssige indsigt for koncernen.

Hvert datterselskabs bestyrelse varetager den overordnede strategiske drift af netop dette selskab, ligesom det enkelte datterselskabs direktion varetager den daglige drift af dette datterselskab, alt i overensstemmelse med selskabslovgivningens definitioner heraf.

Ikke blot savner man de lovmæssige rammer for denne funktions- og kompetencedeling; man mangler også klare rammer for sammensætningen af bestyrelserne. Det vil ofte være grundlæggende forskellige kompetencer, der skal efterspørges i de tre lag, og det bør tilsikres, at der er færrest mulige personmæssige gengangere i disse tre lag, således at den indbyrdes kontrol, som lagdelingen også gerne skulle være udtryk for, effektivt kan varetages.

11. Uafhængige fondsbestyrelsesmedlemmer

I de oprindelige fondslove var der et lovmæssigt krav om et uafhængigt medlem i hver fondsbestyrelse. I dag er dette uskrevet, om end fortsat underforstået, men den manglende præcisering i loven kan skabe usikkerhed.

Det kan ligeledes skabe usikkerhed, at kravet til, hvor stort et uafhængigt indslag der skal være i den enkelte fondsbestyrelse, successivt må forventes skærpet. Hvor mange uafhængige bestyrelsesmedlemmer bør der fx være i en fondsbestyrelse på 6 eller 9 personer? Hvis medarbejderne også skal repræsenteres med en tredjedel af alle mandater i fondens bestyrelse, jf. repræsentationsreglerne i EFL § 22, hvor meget er der da tilbage til en fondsbestyrelse efter stifterens intentioner?

Jeg har ikke den færdige løsning på dette spørgsmål, men jeg opfordrer til en gennemtænkning af balancen mellem uafhængige medlemmer, medarbejdervalgte medlemmer og medlemmer valgt/udpeget i forlængelse af stifterens tanker med denne fond og dens bestyrelse.

12. Rekrutteringsudvalg (nomineringsudvalg) bør påbydes

Det forekommer relevant at forpligte enhver fondsbestyrelse til at gøre sig langsigtede tanker om bestyrelsens fremtidige sammensætning. Dette gælder, uanset om nye mandater til bestyrelsen udpeges gennem selvsupplering, eller om bestyrelsen foretager indstilling til en ekstern udpegningsberettiget, fx en forening, en anden fond, en offentlig myndighed mv.

I lighed med, hvad der er praksis i børsnoterede selskaber, bør der påbydes et rekrutteringsudvalg (nomineringsudvalg) - som meget muligt kan vise sig at blive det vigtigste udvalg i fonden. Rekrutteringsudvalget (nomineringsudvalget) foretager indstilling vedrørende fremtidige bestyrelsesmedlemmer ud fra afbalancerede hensyn, der inddrager kandidaternes erhvervmæssige baggrund, deres sociale baggrund, køn, tilknytning til uddelingsinteresser mv. - i øvrigt alt det, som sparekassefondene nu tvinges til at gennemtænke med virkning fra den 1. januar 2012 efter skærpelsen af reglerne i lov om finansiell virksomhed om disse fondes sammensætning.

13. Direktion eller administrator?

I FL er begrebet direktion helt uomtalt. EFL påbyder ikke en direktion, men gør det valgfrit for den enkelte fond, uanset dennes størrelse og sammensætning, om der ønskes en direktør, jf. ordene "... kan ansætte ..." i EFL § 12, stk. 2. Det er velkendt, at en "administrator" betragtes med skepsis af Erhvervsstyrelsen, allerede som følge af lovens ordning, hvorefter ledelsen af fonden enten varetages af bestyrelsen, eller den varetages af en bestyrelse og en direktion. Loven kender således principielt ingen mellemformer, og Erhvervsstyrelsens nuværende holdning er derfor lovmæssigt velbegrunderet.

Efter min opfattelse er dette system imidlertid for selskabspræget og for lidt fondspræget. Mange fonde kan have gavn af en professionel administrator, som vil kunne være en advokat, en revisor (dog naturligvis ikke fondens egen revisor) eller anden form for specialist, og hvor administrator efter min opfattelse også gerne måtte være en *juridisk* person med specialviden på området.

Det bør lovfæstes, at der skal være enten en direktion *eller* en administrator, og man kunne i denne forbindelse indføre begrebet "autoriseret administrator" for at sikre, at den kreds, der er til rådighed for sådanne administratoropgaver, har den fornødne fondsretlige viden og rutine.

Jeg bemærker herved, at erfaringerne fra udlandet med professionelle administratorer (*merchant banks* mv.) er gode, og at de bør overføres til dansk fondsret.

14. Tilsynsråd i stedet for bestyrelse?

Fondslovgivningen bør gøre det muligt for den enkelte erhvervsdrivende fond at vælge et tilsynsråd i stedet for en bestyrelse, forudsat at fonden har en direktion (eller, jf. foranstående forslag, en autoriseret administrator).

Anvendelsen af et tilsynsråd i stedet for en bestyrelse vil muliggøre, at tilsynsrådet kan koncentrere sig om fondsretlige opgaver, hvorimod det ikke skal tage sig af fondens drift. Det er grundlæggende ikke sikkert, at de samme personer er gode til både det driftsmæssige og det udlovningsmæssige.

Jeg forestiller mig, at et tilsynsråd - i det omfang den enkelte fond udstyres med et sådant - skal koncentrere sig om ligesom i et selskab at antage og afskedige direktionen (hhv. den autoriserede administrator), og ligesom i et selskab ligeledes at føre tilsyn og - specifikt fondsretligt - at foretage uddelinger.

15. Bedre information til omverdenen om fondene og deres udlodninger

Den eksisterende mulighed med et ikke-offentligt bilag til årsrapporten over de stedfundne uddelinger med navns nævnelser mv. er velbegrunderet, og den bør tillades videreført. Derimod kan man efter min opfattelse kræve mere end hidtil for så vidt angår fondenes information til omverdenen om deres overordnede udlodningspolitik, vigtigste kategorier af modtagere mv.

Det bør gøres lovpligtigt for hver enkelt fond at angive noget grundlæggende herom både i fondens årsrapport og på fondens hjemmeside (og en hjemmeside bør, ligesom det er tilfældet for børsnoterede selskaber, være lovpligtigt, hvilket grundlæggende vil være en ringe ulejlighed for fondene).

Alle fonde bør efter min opfattelse lovpligtigt indrap-portere disse grundlæggende oplysninger til en fælles hjemmeside, der passende kan føres hos Erhvervsstyrelsen (arbejdstitel: www.danskefonde.dk), og som indeholder grundlæggende oplysninger om, hvad den enkelte fond uddeler til, hvordan man ansøger, og hvilke frister der er for at ansøge, ligesom der bør være link til fondens egen hjemmeside, herunder med ansøgningsskema.

Gennem sådanne praktiske og enkle tiltag understreger man på en overkommelig måde fondenes store samfundsmæssige betydning, uden at man herved gør nævneværdige indgreb i fondenes autonomi.

16. Præcisering af, hvor meget der skal udloddes

Fonde vil, hvad enten de er erhvervsdrivende eller ikke-erhvervsdrivende, skulle foretage udlodninger, hvilket i denne sammenhæng er et ganske vidt begreb, der ikke blot dækker pengeudbetalinger, men mange andre former for ressourceanvendelse i overensstemmelse med fondens formål, det være sig almenyttigt eller ej.

En mangeårig fast praksis, der ikke er lovfæstet, er, at der over en årrække bør udloddes årets overskud minus ca. 25 pct. til konsolidering.

Jeg finder det ikke urimeligt, at man fortsat kræver af fondene, at de i overensstemmelse med deres formål foretager udlodninger, og at de således ikke i urimelig grad holder på midlerne.

Det vil være hensigtsmæssigt at lovfæste dette, således at det som en rettesnor fastlægges, at 25 pct. af overskuddet kan henlægges over en fx 5-årig periode, men med så megen elastik i formuleringen, at der er mulighed for hensyntagen til den enkelte fonds konkrete forhold.

Det vil være rimeligt, om man i denne forbindelse samtidig lovfæster det brede fondsretlige udlodningsbegreb.

17. Udlodning til flere formål

Mange fonde har flere udlodningsformål, og ofte er det ikke i fondens vedtægter præciseret, hvordan disse formål forholder sig til hinanden - de opregnes simpelthen blot.

Normalt må man gå ud fra, at flere ligestillede formål over tid skal varetages nogenlunde ligeligt, og medmindre andet fremgår af vedtægten, vil flere vedtægtsmæssige formål derfor være at betragte som ligestillede.

Dette bør nærmere uddybes i loven, idet der ikke er tilstrækkeligt kendskab hertil. Ønsker fonden (dvs. stifteren) at operere med ét eller flere primære og ét eller flere sekundære formål, bør loven ligeledes kræve en nærmere vægning heraf.

Ligeledes vil det være rimeligt at kræve, hvordan fonden skal vægte flere formål i tilfælde af en krisesituation, herunder hvordan vægningen skal foretages mellem én eller flere underliggende virksomheder og behovet for udlodning, eksempelvis til stifterens descendenter. Ofte må man i den forbindelse gå ud fra, at hensynet til bevarelsen af de underliggende virksomheder er det primære, men det er ikke nødvendigvis sikkert, at stifteren har ønsket det således - der kan også være

tale om, at fortsatte udlodninger til slægten vægtes tungest, og at fonden derfor må kaste overflødig gods over bord.

18. Udlodning, når fonden selv reelt bestemmer sin indtægt

Det er et særkende for mange erhvervsdrivende fonde, at de i vid udstrækning selv kan bestemme, hvad de modtager af indtægter fra de underliggende datterselskaber, nemlig når fonden fastlægger udbyttet på datterselskabernes generalforsamlinger.

I kraft af den bestemmende indflydelse over et holdingselskab, der atter har den bestemmende indflydelse over underliggende datterselskaber, vil det ofte ultimativt være fonden og dermed dennes bestyrelse, der råder over, hvad der udloddes fra datterselskaberne til holdingselskabet, og hvad der herefter udloddes fra holdingselskabet til fonden.

I relation til uddeling mv. er det herved *kun den fysiske udlodning af udbytte*, der tæller med. Når en erhvervsdrivende fond på sin årsrapport foretager medtælling af en forholdsmæssig del af dattervirksomhedernes indtjening, hhv. fortager en opskrivning af aktierne i datterselskaberne efter den indre værdis metode, er der herved tale om opskrivninger, der *ikke* kan danne grundlag for udbytteudlodning, men som tværtimod skal manifestere sig i en bunden reserve, jf. EFL § 41, stk. 1, 1. led.

Det er og bliver derfor *udbyttebeslutningerne på de underliggende selskabers generalforsamlinger*, der er afgørende for, hvor meget eller hvor lidt der står til fondens rådighed.

Her må man konstatere, at SL og EFL ikke er koordineret indbyrdes: I forbindelse med udbyttebeslutninger i et *selskab*, som er moderselskab i en koncern, skal ikke blot selskabets egen situation, men også hele koncernens situation tages i betragtning, jf. SL § 179, stk. 2. Tilsvarende helhedsbetragtninger for en *fondskoncern* findes imidlertid hverken i SL eller i EFL - uanset at det giver mening at tale om en *fondskoncern* som begreb, jf. EFL § 2, stk. 2.

Det vil være rimeligt at kræve af fonden, at den ved udøvelsen af sin rådighed over underliggende datterselskaber, herunder ved udbyttebeslutninger i disse, inddrager et samlet hensyn både til fondskoncernens situation og til fondens eget uddelingsbehov mv. De nuværende lovregler afspejler ikke den faktiske situation i mange fonde.

19. Hovedtræk af fondsbeskatningen

En fond beskattes grundlæggende som et aktieselskab, jf. SBL § 3, stk. 1, dvs. for tiden med en selskabsskat på 25 pct. (en proportional, "flad" indkomstskat).

Som allerede omtalt foran er koncernen og det eller de underliggende datterselskaber at betragte som en koncern i fondsretlig forstand, jf. EFL § 2, stk. 2, men i *sambeskatningsretlig* forstand er de det ikke, jf. SEL § 31, e.c.(5)

Fond og underliggende datterselskaber bør imidlertid kunne indgå i en egentlig sambeskatning med den følge, at et overskud på 100 hos fonden og et underskud på 80 hos de underliggende selskaber kun udløser en beskatning af nettobeløbet på 20. Skatteretligt er det efter min opfattelse halvgjort arbejde, at fonden ganske vist kan *udløse* sambeskatning mellem datterselskaber, men at fonden ikke selv kan *deltage* i denne sambeskatning.

20. Fondens moderselskabslignende skattefordele bør bevares

En fond, der ejer aktier eller anparter i et eller flere underliggende datterselskaber mv., har herved samme skattemæssige fordele, som et moderaktie- eller anpartsselskab har. Fonden kan således modtage udbytter fra et datterselskab skattefrit, ligesom den kan modtage aktieavance skattefrit i forbindelse med salg af datterselskabsaktier, likvidation af et datterselskab mv.

Et datterselskab defineres i denne forbindelse enten som et selskab, hvori fonden ejer mindst 10 pct. af aktie- eller anpartskapitalen, jf. ABL § 4 A om datterselskabsaktier, eller som et selskab, hvori fonden har bestemmende indflydelse, jf. ABL § 4 B om koncernselskabsaktier.

De citerede skatteregler regulerer aktie*avancer*. Kombineres de med SEL § 13, stk. 1, nr. 2, vil det ses, at også *udbytter* fra selskaber, der opfylder et af de pågældende to kriterier, er skattefrie for fonden.

Disse privilegier, der tilsigter at sidestille fonden med et skatteretligt *moderselskab*, bør der ikke røres ved. Jeg erindrer herved om den skattemæssige balance - man kunne sige: det skattemæssige musketér-princip - der over årtier har udviklet sig mellem erhvervslivets fonde, landbrugets A.m.b.a.'er og fagbevægelsens faglige organisationer. Skattereglerne for alle disse tre afbalancerede kategorier af juridiske personer er helt bevidst udformet således, at de pågældende skatterets-subjekter om ønsket kan holde sig helt eller delvis skattefrie. Rører man afgørende ved én af dem, må man røre ved dem alle.

21. Fradrag for udlodninger - nogle reformbehov

I en række henseender er fondenes fradrag for stedfundne udlodninger særegne, og efter min opfattelse er nogle af dem lidt for gunstige for fondene, mens andre efter min opfattelse nærmer sig det diskriminerende.

Dette kan jeg nærmere begrunde således:

Hvis en fond udlodder 100 til almennyttigt formål, det være sig i Danmark eller i udlandet, får fonden ikke blot fradrag for disse 100, men derimod et fradrag på 125, idet de sidste 25 i fradrag er et såkaldt "konsolideringsfradrag", jf. FBL § 5, stk. 1.

Dette overdådige fradrag på i alt 125 pct. for almennyttige udlodninger nærmer sig efter min opfattelse et tilskud til fondene, og der er gode grunde til at tage det op til fornyet overvejelse, hvis det samlede regelsæt alligevel skal gentænkes.

Der næst har fondene overdådige muligheder for gennem hensættelser til senere almennyttige udlodninger at bringe resultatet i 0, såfremt fonden ønsker det. Fondene kan således uden beløbsbegrænsning hensætte beløb til senere almennyttige udlodninger inden for en 5-års-periode, jf. FBL § 4, stk. 4. En sådan hensættelsesmulighed er fuldt ud rimelig, idet fondene kan have behov for en flerårig periode til at spare op til større udlodninger, fx til at forære en scanner til Rigshospitalet, et museum til en kommune etc.

Det ville imidlertid ikke være urimeligt at stramme disse regler, således at der dels kræves et konkretiseret formål med den enkelte hensættelse, og dels sættes grænser for, hvor stor en del af årsresultatet før hensættelsen der herved kan nedbringes, fx højst halvdelen af årsresultatet i øvrigt.

Mens almennyttige udlodninger fuldt ud kan fradrages, uanset om de tilgår en modtager i Danmark eller i udlandet, forholder det sig anderledes med ikke-almennyttige udlodninger. Her er der kun fradrag for udlodning til en i Danmark principielt skattepligtig modtager, jf. FBL § 4, stk. 2. Det er herved ikke afgørende, om der faktisk bliver betalt skat hos modtageren, når modtageren blot principielt er skattepligtig af udlodningen. Fx er stifterens barnebarn eller oldebarn med et fornødent frikort skattefrie inden for frikortets rammer, ligesom familiens sorte får med det betydelige fremførbare underskud fra den tidligere sammenbrudte, personlige virksomhed vil kunne få trøstende udlodninger skattefrie fra fonden inden for rammerne af det fremførbare underskud.

Derimod er der ikke fradrag for udlodning til en sådan modtager i udlandet. Denne fradragsafskæring gælder, uanset om modtageren faktisk kommer til at betale skat af beløbet eller ej i det pågældende land, og uanset om modtageren har domicil i eller uden for EU/EØS.

Der er behov for en samlet nytænkning af disse regler, og der kunne blot eksempelvis formuleres en credit-lempelse, som indebærer, at

fonden får fradrag i sin *skat* for den *skat*, der faktisk betales af udlodningen, dog højst med fondens egen skatteprocent.

22. Manglende skattemæssig succession ved generations-skifte

Uanset om stifteren generationsskifter *inter vivos* eller *mortis causa*, bør aktierne i familiefirmaet mv. kunne komme skattefrit ind i fonden, såfremt stifteren ønsker det. Det er derfor uheldigt, at man for nogle år siden valgte at afskære muligheden for skattemæssig succession til *juridiske* personer, jf. DSKL § 26, stk. 1, e.c., der afskærer succession fra et dødsbo til en juridisk person, fx til en fond, modsat den fortsat mulige succession til en *fysisk* person. Grundtanken er, at hvis først en skattemæssig succession har fundet sted til en fond, vil de latente *avancer* antagelig for evigt blive unddraget beskatning. Dette er for alvor "den døde hånd", og der er gode, reelle grunde til at reagere herimod.

Efter min opfattelse er den fuldstændige afskæring af successionsmuligheden imidlertid en uproportional reaktion til varetagelsen af dette formål. Der bør formuleres regler, som på den ene side sikrer, at succession kan finde sted i disse tilfælde, men som samtidig sikrer, at *avancerne* faktisk kommer frem til beskatning. Fx kunne man tænke sig, at successionen i sig selv kan ske skattefrit, men at *avancerne* fremkommer til beskatning lineært over 10 år. Herved muliggøres generationsskiftet, og samtidig sikres gennemførelsen af en beskatning, som i mange andre tilfælde ellers ikke ville finde sted.(6)

23. Arv og gave i øvrigt

De nuværende regler om gaver til fonde og arv til fonde har efter min opfattelse fundet en fornuftig balance.

Modtager en almennyttig fond en gave til sin *uddelingskapital*, er fonden *skattepligtig* heraf, jf. FBL § 3, stk. 6, 1. led, idet fonden jo får fradrag, når den derefter uddeler.

Modtager den almennyttige fond en gave til sin *grundkapital*, er fonden *skattefri* heraf, jf. FBL § 3, stk. 6, 1. led, e.c., idet fonden jo ikke bagefter kan uddele og derved få fradrag.

Modtager en familiefond en gave til uddelingskapitalen, er den (naturligvis) *skattepligtig* heraf, men også ved gave til grundkapitalen er der *skattepligtig*, jf. FBL § 3, stk. 6, 2. led, dog at en gave, der gives ved stiftelse af fonden, kun koster en afgift på 20 pct., jf. FBL § 3, stk. 6, 3. led, der herved skal tilskynde stifteren til at disponere *inter vivos* i stedet for *mortis causa* i denne sammenhæng.

For en fond, der modtager arv, er udgangspunktet, at der både skal betales boafgift efter BAL § 1, stk. 1, og tillægsboafgift efter BAL § 1, stk. 2, dvs. en samlet boafgiftsbelastning på 36,25 pct., jf. BAL § 7, stk. 2. Dog kan en almennyttig fond modtage arven boafgiftsfrit, jf. BAL § 3, stk. 2.

Min samlede konklusion om gave- og arveafgiftsreglerne i forhold til fonde er, at disse regler er afbalancerede og fornuftige.

- (1) Forkortelser anvendt i artiklen: ABL = aktieavancebeskatningsloven; BAL = boafgiftsloven; D = datterselskab; DSKL = dødsboskatteoven; EFL = lov om erhvervsdrivende fonde; FBL = fondsbeskatningsloven; FL = lov om fonde og visse foreninger (alm. fondslov); FVL = lov om finansiel virksomhed; SEL = selskabsskatteoven; SL = selskabsloven; V = virksomhed.
- (2) Således at forstå, at vor selskabslov om A/S, ApS og P/S bevidst er indrettet således, at det gerne skulle være attraktivt for udenlandske investorer at eje og drive et dansk selskab.
- (3) Således at forstå, at vor selskabsskatteovgivning bevidst er indrettet således, at Danmark er et skattemæssigt godt land at have holdingselskab i, herunder gennem den fordel, der er forbundet med, at Danmark er et af de lande i verden, der har det mest udbyggede sæt af dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre lande.
- (4) Se nærmere *Rasmus Kristian Feldthusen: Trust, samt Jørn Qviste & Rasmus Vang* i TfS 2012, 206 med bemærkninger til *TfS 2012.207 H*.
- (5) Dog er der, hvis fonden ejer den altovervejende del af et selskab, mulighed for en særegen form for "sambeskatning" i medfør af SEL § 3, stk. 4.
- (6) Man kunne herved slippe for mange kunstige konstruktioner, fx at stifteren lader sit holdingselskab forære holdingselskabets datterselskab til en almennyttig fond, uden at dette udløser skat hos hverken stifteren, holdingselskabet eller fonden, jf. fx *TfS 2002.531 LR* og *TfS 2007.432 SR: Stifteren* er skattefri, fordi fonden er almennyttig, og han derfor ikke selv kan nyde godt af gaven. *Holdingselskabet* er skattefrit, idet der er tale om avancer på et datterselskab eller et koncernselskab, jf. ABL § 4 A eller B. *Fonden* er skattefri, fordi den modtager gaven til sin grundkapital og er almennyttig, jf. teksten ovenfor.