

Kendelse af 11. april 2024 – j. nr. 22/15843 og 23/07982

Hjemvist til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen med henblik på at træffe én samlet afgørelse vedrørende ændring af fondsvedtægtens § 4 vedrørende foreningens udpegningsret a nye medlemmer til en fonds bestyrelse.

Forvaltningslovens § 19, stk. 1, erhvervsfondslovens § 27, § 89, stk. 1, § 130, stk. 1

(Sys Rovsing, Birte Rasmussen og Mikael Friis Rasmussen)

Kendelse

Forening AA

mod

Erhvervsstyrelsen

og

Fond BB mod

Erhvervsstyrelsen

Ved skrivelse af 21. november 2022 har advokat CC på vegne af forening AA (foreningen) påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021, hvorved styrelsen meddelte forening AA's Fond (nu fond BB) (fonden) forhåndstilladelse til ændringer i fondens vedtægt, herunder i § 4, stk. 5 og 7. Ved afgørelsen meddelte Erhvervsstyrelsen endvidere forhåndstilladelse til en ændring af vedtægtens § 4, stk. 6, på betingelse af, at foreningen samtykker i at frasige sig udpegningsretten af nye medlemmer til fondens bestyrelse.

Ankenævnets formand har den 22. august 2023 truffet beslutning om suspension af klagefristen.

Ved kendelse af 9. oktober 2023 har ankenævnets formand tillagt klagen opsættende virkning.

Ved skrivelse af 3. juli 2023 har advokat DD på vegne af fonden påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023, hvorved styrelsen har annulleret den del af styrelsens afgørelse af 10. november 2021, der vedrører ændring af vedtægtens § 4, stk. 7. Styrelsen har endvidere bestemt, at den af fonden ønskede ændring af vedtægtens § 4, stk. 7, ikke tillades.

Klagesagerne er behandlet sammen, jf. ankenævnets formands beslutning af 26. januar 2023.

Omstændighederne i sag [sagsnummer 1] (forening AA mod Erhvervsstyrelsen):

Erhvervsstyrelsen har i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 25. september 2023 over sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

”forening AA (foreningen) har den 21. november 2022 påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021.

Erhvervsstyrelsen traf den 27. juni 2023 fornyet afgørelse om delvis annullering af styrelsens afgørelse af 10. november 2021. Herefter meddelte foreningen den 12. juli 2023 Erhvervsankenævnet, at klagen af 21. november 2022 skulle opretholdes for den resterende del af styrelsens afgørelse af 10. november 2021, der blev fastholdt af styrelsen ved afgørelsen af 27. juni 2023.

Erhvervsankenævnet har ved brev af 22. august 2023 anmodet Erhvervsstyrelsen om at fremsende en udtalelse bilagt en redegørelse for sagens retlige og faktiske omstændigheder samt sagens dokumenter.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen den 6. september 2023 fremsendte styrelsens udtalelse i Erhvervsankenævnets sag, [sagsnummer 2] til ankenævnet. Det er fortsat styrelsens opfattelse, at sagen, [sagsnummer 2] omhandler samme parter, afgørelser og bestemmelser i fondens vedtægt, som fremgår af denne sag, [sagsnummer 1]. Der er således tale om to sager med meget stor tilknytning til hinanden, som med fordel kunne behandles samlet.

Indledningsvis bemærkes det, Erhvervsstyrelsen fastholder sin afgørelse af 27. juni 2023, der i denne sag omhandler ændringen af fond BB's (fondens) vedtægts § 4, stk. 5, om genudpegning, som er genstand for klage i denne sag.

Faktiske omstændigheder

Fonden anmodede den 5. november 2021 om Erhvervsstyrelsens tilladelse til ændring af en række bestemmelser i fondens vedtægt. [se bilag 1]

Erhvervsstyrelsen meddelte ved afgørelse af 10. november 2021 forhåndstilladelse til en række ændringer i fondens vedtægt, herunder blandt andet vedtægtens § 4, stk. 5, § 4, stk. 6, og § 4, stk. 7. **[se bilag 2]**

Vedtægtsændringerne blev registreret i Erhvervsstyrelsen den 10. december 2021 i henhold til Erhvervsstyrelsens forhåndstilladelse af 10. november 2021. **[se bilag 3]**

Den 18. november 2022 modtog Erhvervsstyrelsen en indsigelse fra foreningen vedrørende ændringerne af vedtægtens § 4, stk. 5, og § 4, stk. 7. Af indsigelsen fremgår det, at foreningen anser ændringerne for ugyldige, da foreningen ikke har samtykket til ændringerne. Derudover fremgår det af indsigelsen, at foreningen ville påklage Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021. **[se bilag 4]**

Erhvervsstyrelsen modtog den 23. november 2022 en e-mail fra Erhvervsankenævnet. Af e-mailen fremgår det, at foreningen den 21. november 2022 havde klaget over styrelsens afgørelse af 10. november 2021. Derudover fremgår det af e-mailen, at foreningen anmodede styrelsen om at ophæve afgørelsen som ugyldig, og at klagen til Erhvervsankenævnet angik det tilfælde, at styrelsen skulle fastholde afgørelsen af 10. november 2021. **[se bilag 5]**

Den 7. december 2022 anmodede Erhvervsstyrelsen fonden om at komme med dens bemærkninger til foreningens indsigelse af 18. november 2022. **[se bilag 6]**

Erhvervsstyrelsen modtog fondens bemærkninger den 14. december 2022. **[se bilag 7]**

Den 16. januar 2023 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra Erhvervsankenævnet om status på, om styrelsen havde truffet beslutning om ophævelse af styrelsens afgørelse af 10. november 2021. **[se bilag 8]**

Den 26. januar 2023 kvitterede Erhvervsstyrelsen for Erhvervsankenævnets e-mail, hvor styrelsen oplyste, at sagen var under behandling, og at styrelsen ville orientere Erhvervsankenævnet, når styrelsen havde truffet afgørelse i sagen. **[se bilag 9]**

Erhvervsstyrelsen modtog den 27. januar 2023 foreningens bemærkninger til fondens bemærkninger af 14. december 2022. **[se bilag 10]**

Den 4. maj 2023 sendte Erhvervsstyrelsen udkast til afgørelse i høring hos fondens bestyrelse. **[se bilag 11]**

Erhvervsstyrelsen modtog den 25. maj 2023 fondens bemærkninger til styrelsens udkast til afgørelse af 4. maj 2023. **[se bilag 12]**

Den 26. maj 2023 fremkom foreningen med bemærkninger til indskrænkningen af foreningens udpegningsret. **[se bilag 13]**

Erhvervsstyrelsen traf den 27. juni 2023 afgørelse om delvis annullering af styrelsens afgørelse af 10. november 2021, herunder at indsættelsen af bestemmelsen i vedtægtens § 4, stk. 7 var ugyldig. Omvendt fastholdt styrelsen den del af afgørelsen, der vedrørte vedtægtens § 4, stk. 5, som er genstand for klagen i denne sag. [se bilag 14]
...”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 hedder det blandt andet:

”Forening AA, CVR-nr. [...]

Erhvervsstyrelsen har den 5. november 2021 modtaget ovennævnte fonds anmodning om forhåndstilladelse til ændringer af fondens vedtægt.

Erhvervsstyrelsen har gennemgået vedtægtsændringerne, hvorefter styrelsen kan meddele forhåndstilladelse til ændring af følgende bestemmelser:

- § 1, stk. 1
- §§ 4, stk. 3, 4, stk. 5, § 4, stk. 7 og § 4, stk. 8

§ 4, stk. 6

Vedtægtens § 4, stk. 6 har følgende ordlyd:

”Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på Forening AA’s generalforsamling efter indstilling fra Forening AA’s Fonds bestyrelse.”

Bestyrelsen ønsker § 4, stk. 6 ændret til:

”Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges af bestyrelsen under hensyntagen til, at medlemmerne tilsammen skal have kompetencer og erfaring, som svarer til fondens aktiviteter.”

Indledningsvis bemærkes det, at Erhvervsstyrelsen anser bestyrelsens begrundelse for hensigtsmæssig.

Herefter bemærker Erhvervsstyrelsen, at der ikke må ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder (uden at der foreligger samtykke fra den udpegningsberettigede), jf. Erhvervsstyrelsens administrative praksis.

Følgelig skal forening AA meddele skriftligt samtykke til, at denne frasiger sig retten til at udpege bestyrelsesmedlemmer i fonden, hvis forening AA’s rettighed ifølge vedtægten skal bortfalde.

På baggrund af ovenstående kan Erhvervsstyrelsen meddele forhåndstilladelse til en ændring af vedtægtens § 4, stk. 6.

Forhåndstilladelsen meddeles på betingelse af, at Forening AA samtykker til at frasige sig udpegningsretten.

Afgørelsen er truffet i henhold til erhvervsfondslovens 89.

Erhvervsstyrelsen gør opmærksom på, at vedtægtsændringerne skal registreres via styrelsens selvbetjeningsløsning på virk.dk.”

I foreningens klageskrivelse af 21. november 2022 er anført blandt andet:

”På vegne af forening AA påklager jeg Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 om forhåndsgodkendelse af ændringer i fondens vedtægt. Ændringerne blev registreret 7. december 2021 af fondens advokat. Sagen er i Erhvervsstyrelsen behandlet under j.nr. [sagsnummer 3] og [sagsnummer 4].

Min klient er først blevet bekendt med afgørelsen i forbindelse med aktindsigt modtaget den 28. oktober 2022. Det har derfor ikke været muligt at klage før nu. Klagen er derfor rettidig, idet klagefristen på 4 uger skal regnes fra det tidspunkt, hvor afgørelsen er meddelt den pågældende, jf. § 130, stk. 1, i Erhvervsfondsloven.

I henhold til § 4, stk. 6, i fondens vedtægt har forening AA ret til at udpege nye medlemmer af bestyrelsen for fonden. Bestemmelsen lyder således:

Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på Forening AA's generalforsamling efter indstilling fra fond BB's bestyrelse.

Ved vedtægtsændringen blev § 4, stk. 5, om bestyrelsesmedlemmers funktionsperiode ændret, således at genvalg kan finde sted.

Derudover blev der indsat en ny § 4, stk. 7, med følgende ordlyd:

Når et medlem udtræder af bestyrelsen, eller der sker forfald før udløbet af valgperioden, kan bestyrelsen beslutte at udpege et nyt medlem for den resterende periode.

Denne ændring indebærer, at udpegningsretten for Forening AA indskrænkes til kun at gælde, når udtræden sker ved funktionsperiodens ophør. I alle andre tilfælde har fondsbestyrelsen nu tiltaget sig udpegningsretten.

Kombinationen af adgangen til genvalg sammenholdt med bestyrelsens adgang til at supplere sig ved vakance, medfører en oplagt mulighed for omgåelse af foreningens udpegningsret i medfør af § 4, stk. 6. Foreningens udpegningsret er relevant i forhold til fondens formål, idet forening AA har forudsætninger for at vurdere, at bestyrelseskandidater har relevant lokalkendskab til [område 1] og erhvervslivet der, og dermed de aktiviteter som med fordel kan finde sted.

Der er derved sket et betydeligt indgreb i forening AA's vedtægtsbestemte udpegningsret. Dette er sket uden forudgående høring af foreningen og uden samtykke fra foreningen. I henhold til fast praksis hos fondsmyndighederne, kan udpegningsretter ikke bortfalde eller indskrænkes uden den berettigedes samtykke.

Jeg kan supplerende oplyse, at forening AA ikke samtykkede i en ændring af § 4, stk. 6, hvorved udpegningsretten i det hele skulle bortfalde. Foreningen har heller ikke samtykket i ændringen af § 4, stk. 6, eller indsættelsen af nyt § 4, stk. 7.

Erhvervsstyrelsens godkendelse af vedtægtsændringen er derfor ugyldig, og afgørelsen om tilladelse til ændring af § 4, stk. 5, og § 4, stk. 7, skal derfor ophæves.

Jeg gør opmærksom på, at jeg i brev af 18. november 2022 har anmodet Erhvervsstyrelsen om at ophæve afgørelsen som ugyldig. Denne klage er derfor indgivet for det tilfælde, at Erhvervsstyrelsen fastholder afgørelsen.

Jeg anmoder om, at klagen tillægges opsættende virkning, således at ændringerne ikke anses for gældende indtil Erhvervsankenævnet har truffet afgørelse. Begrundelsen for dette er at undgå, at der sker udskiftninger i bestyrelsen uden respekt af foreningens hidtidige udpegningsret.

Jeg henviser herved også til, at ingen af de nuværende bestyrelsesmedlemmer kan anses for uafhængige, idet de alle har været medlemmer i mere end 12 år. Fonden overholder derfor ikke anbefalingerne for god fondsledelse. Dette er italesat overfor Erhvervsstyrelsen i brev af 18. november 2022.”

I Erhvervsstyrelsens udtalelse af 25. september 2023 fremgår om sagens retlige omstændigheder:

”Retlige omstændigheder

Partsbegrebet i forvaltningsretten

Partsbegrebet er ikke defineret i forvaltningsloven, men skal forstås i overensstemmelse med lovens forarbejder og praksis, herunder retspraksis og ombudsmandspraksis.¹

Det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb omfatter ansøgere og adressater for en afgørelse. Derudover omfatter partsbegrebet andre, der har en væsentlig, retlig og individuel interesse i sagens afgørelse.²

¹ [Ombudsmanden - myndighedsguiden - generelt om partsbegrebet](#)

² Niels Fenger, 2018, Forvaltningsret, side 97

Væsentlig interesse

Af Niels Fengler, 2018, Forvaltningsret, fremgår det, at:

”Som nævnt er det en betingelse for partsstatus, at vedkommende har en væsentlig interesse i sagens udfald. At interessen skal være væsentlig, indebærer, at afgørelsen skal angå den pågældendes forhold med en vis intensitet og styrke. Denne væsentlighedsvurdering må bedømmes i forhold til sagens genstand og ikke ud fra en absolut vurdering. (...)

Jo mere direkte og automatisk en afgørelse rettet til et subjekt har virkning for andre subjekter, desto mindre skal der til for at anse disse andre subjekter for parter i forvaltningslovens forstand. Spørgsmål om partsstatus vil derfor ofte kunne opstå i situationer, hvor tredjemands interesse i sagens udfald på den ene side kan siges at være reel og signifikant, men på den anden side er af afledt karakter, og afgørelsen måske endog kun vil få reel betydning for tredjemand, såfremt andre forhold tillige opfyldes. Ved bedømmelsen af, om en sådan indirekte interesse er tilstrækkelig til at kunne medføre partsstatus, må der foretages en konkret vurdering, der inddrager bl.a. mængden og arten af de led, der er mellem sagens udfald og den aktuelle betydning for den pågældende.”

Retlig interesse

Af Ombudsmandens praksis fremgår det, at:

”Interessen skal desuden være retlig. Hermed sigtes (bl.a.) til, at en moralsk eller følelsesmæssig interesse i en sag udfald ikke i sig selv er tilstrækkelig til at udløse partsstatus.

Er interessen meget stærk og anerkendelsesværdig, vil dette dog efter omstændighederne blive anset for tilstrækkeligt til at udløse partsstatus, uanset at det kan være tvivlsomt, om interessen kan karakteriseres som retlig.

Det har også betydning, om de interesser, som borgeren søger at varetage, er værnede efter den relevante lovgivning. Det indebærer, at fastlæggelsen af sagens tema og dermed kredsen af de interesser, der knytter sig til dens udfald, efter omstændighederne kan have betydning for, hvem der må anses for part i sagen”.³

Individuel interesse

Det fremgår af Niels Fengler, 2018, Forvaltningsret, at:

”Det antages traditionelt, at partsstatus i en bestemt forvaltningssag kun kan tilkomme en begrænset kreds. Således kan et stort antal af be-

³ [Ombudsmanden - myndighedsguiden - retlig interesse](#)

rørte personer bevirke en sådan udtynding af de enkelte berørtes interesse, at de pågældende ikke opfylder betingelsen om at være individuelt berørt". (...) ⁴

Partshøring

Det fremgår af forvaltningslovens § 19, stk. 1⁵, at:

"Kan en part ikke antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger om en sags faktiske grundlag eller eksterne faglige vurderinger, må der ikke træffes afgørelse, før myndigheden har gjort parten bekendt med oplysningerne eller vurderingerne og givet denne lejlighed til at fremkomme med en udtalelse. Det gælder dog kun, hvis oplysningerne eller vurderingerne er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Myndigheden kan fastsætte en frisk for afgivelsen af den nævnte udtalelse".

Ugyldighed og annulation

Af Forvaltningsret, Almindelige emner, Karsten Revsbech mfl., fremgår det at,

"En forvaltningsafgørelse må ikke stride mod lovgivningen mv. (herunder også almindelige retsgrundsætninger og anordninger) og skal have hjemmel i lov eller tilsvarende retligt grundlag. En hjemmelsmangel mv. er normalt i sig selv væsentlig. Det hænger sammen med, at hele spørgsmålet om væsentlighed i sidste ende drejer sig om, hvorvidt en retlig fejl har betydning for afgørelsens indhold (det, afgørelsen går ud på). Hvis forvaltningen har begået den fejl, at den uden hjemmel har givet tilladelse, hvor loven kræver et afslag, er denne fejl pr. definition væsentlig, fordi den indebærer et retsstridigt indhold af afgørelsen. (...) ⁶

Udgangspunktet er, at manglende lovhjemmel medfører, at såvel begunstigende som bebyrdende forvaltningsafgørelser er ugyldige."

Derudover fremgår det af Forvaltningsret, Almindelige emner, at:

"Det er vigtigt at skelne mellem myndighedens omgørelse af på den ene side gyldige og på den anden side ugyldige afgørelser. Hvis der er tale om, at en afgørelse er ugyldig efter forvaltningsrettens almindelige regler herom, har den udstedende myndighed normalt ikke blot mulighed for, men også pligt til at omgøre denne. Dette betegnes ikke til tilbagekaldelse, men annulation (ophævelse) eller rettelse". ⁷

⁴ Niels Fenger, 2018, Forvaltningsret, side 108

⁵ LBKG 2014-04-22 nr. 433

⁶ Forvaltningsret, Almindelige emner, Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen & Søren Højgaard Mørup 6. udgave, side 450-452

⁷ Forvaltningsret, Almindelige emner, Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen & Søren Højgaard Mørup 6. udgave, side 517

Retsgrundlag for vedtægtsændringer

Det følger af erhvervsfondslovens⁸ § 89, stk. 1, at efter indstilling fra en fonds bestyrelse kan fondsmyndigheden tillade, at en bestemmelse i en vedtægt ændres.

Det fremgår ikke af erhvervsfondsloven, hvilke materielle betingelser der skal være opfyldt, før Erhvervsstyrelsen kan meddele tilladelse til en vedtægtsændring. Lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 89 indeholder imidlertid en beskrivelse af de nærmere betingelser for vedtægtsændringer og henviser samtidig til betænkning om fonde⁹, som fortsat udgør en del af retsgrundlaget.

I betænkning om fonde fremgår der følgende på s 71:

”Udgangspunktet for justitsministeriets permutationspraksis har været, at ændringen skal være påkrævet, fordi den eller de pågældende fundatsbestemmelser, navnlig på grund af ændrede forhold, ikke længere lader sig efterleve eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssige, at opretterens vilje respekteres, i den forstand at ændringen ikke går videre end påkrævet, at der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder eller enkeltpersoners berettigede forventninger om ydelser fra fonden, og at bestyrelsens samtykke normalt skal foreligge.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

På s. 72 i betænkningen fremgår der samtidig følgende:

”Udvalget forudsætter, at der ved anvendelsen af bestemmelsen i overensstemmelse med arvelovens § 69 og hidtidig praksis vil blive stillet strengere krav ved ændringer af fondens formålsbestemmelse end ved ændringer, der vedrører fundatsens forvaltningsbestemmelser, herunder bestemmelser, der fastlægger et bestemt maksimum for legatportioners størrelse, eller fastsætter indtægts- eller formuegrænser som vilkår for at modtage ydelser fra fonden. Man finder dog ikke behov for, at dette direkte fastslås i lovteksten. Der skønnes heller ikke behov for i loven at optage den almindelige grundsætning om, at der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

I den tidligere erhvervsfondslov var vedtægtsændringer reguleret af § 48. I lovbemærkningerne til denne bestemmelse er der både henvist til betænkning om fonde og til lovbemærkningerne til § 30 i lov om fonde og visse foreninger¹⁰, som regulerer vedtægtsændringer for ikke-erhvervsdrivende fonde. I lovbemærkningerne til § 30 i lov om fonde og visse foreninger fremgår følgende:

⁸ LBK nr. 984 af 20/09/2019

⁹ Betænkning nr. 970 fra 1982 om fonde afgivet af det af justitsministeriet den 14. juli 1978 nedsatte udvalg

^{10 10} Lov nr. 300 af 06/06/1984

”En sådan ændring kan være begrundet i, at bestemmelsen ikke eller kun vanskeligt kan opfyldes. Ønsker bestyrelsen i det hele taget at foretage ændringer i vedtægten, der er rimeligt begrundede i f.eks., ændrede i forhold, vil det oftest være hensigtsmæssigt, at vedtægten tilpasses de nye forhold.

Når bestyrelsen indstiller, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, er det fondsmyndighedens og justitsministerens opgave at sørge for, at der ved ændringen tages de fornødne hensyn til stifterens intentioner, og at der ikke sker indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden. I overensstemmelse med hidtidig praksis vil der blive stillet strengere krav ved ændringer af f.eks. fondens formålsbestemmelser end ved ændringer, der vedrører fondens forvaltning, herunder bestemmelser, der fastsætter et bestemt maksimum for legatportioners størrelse, eller fastsætter indtægts- eller formuegrænser som vilkår for at modtage ydelser fra fonden. I forhold til betænkningens lovudkast er de nærmere betingelser for, hvornår ændring kan tillades, af redaktionelle grunde udeladt.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

Der gælder således en almindelig fondsretlig grundsætning om, at der ved en vedtægtsændring som udgangspunkt ikke kan ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder.

Efter Erhvervsstyrelsens administrative praksis kan der dog undtagelsesvist ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder, hvis rettighedshaveren har givet samtykke hertil. Dette kan eksempelvis være en udpegningsberettiget, som accepterer en ændring af dennes udpegningsret. Af lovkommentaren til erhvervsfondsloven¹¹ fremgår således følgende:

”Vedtægtens bestemmelser om udpegning af medlemmer til fondens bestyrelse, herunder de udpegningsberettigede enheder (foreninger, organisationer m.v.) kan efterfølgende ændres. Dette forudsætter dog i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administrative praksis, at der som bilag til anmeldelsen vedlægges skriftligt samtykke fra den pågældende udpegningsberettigede om, at denne frasiger sig retten til at udpege bestyrelsesmedlemmer i fonden, eller at den pågældende udpegningsberettigede er enig i, at den pågældendes ret til at udpege medlemmer til fondens bestyrelse beskæres.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

Sammenfattende kan det anføres, at både forvaltningsretten partsbegreb og den fondsretlige grundsætning, om at der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder ved vedtægtsændringer, medfører, at der ved vedtægtsændringer, hvor en udpegningsberettiget får indskrænket sin udpegningsret, skal foreligge et samtykke fra den udpegningsberettigede før vedtægtsændringen kan anses for gyldig såvel forvaltningsretligt som fondsretligt.

¹¹ Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, Jytte Heje Mikkelsen & Lars Bunch 1. udgave, 2009, side 283-284.

Krav til indholdet af vedtægten

I erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7, fremgår det, at vedtægten for en erhvervsdrivende fond skal indeholde angivelse af antallet af medlemmer af bestyrelsen, og hvorledes de udpeges. Lovbemærkningerne til bestemmelsen angiver følgende:

”Antallet af bestyrelsesmedlemmer kan angives som et bestemt tal eller som et interval, hvor det højeste og mindste antal bestyrelsesmedlemmer er angivet. Bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond skal bestå af mindst tre bestyrelsesmedlemmer, jf. den foreslåede § 37, stk. 1. Hertil kommer eventuelle medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, der udpeges i medfør af den foreslåede § 64, stk. 1.

Udpegningen af bestyrelsesmedlemmer til en erhvervsdrivende fond kan som hidtil fortsat ske ved selvsupplering, eller ved at en tredjepart uden for bestyrelsen, eksempelvis en eller flere organisationer, udpeger bestyrelsesmedlemmerne. Det er også muligt med en kombination af de to modeller.”

I både fondsbetænkningen og lovbemærkningerne til § 7 i den tidligere erhvervsfondslov, som den gældende § 27 viderefører, fremgår følgende:

”Det er ønskeligt, at alle centrale spørgsmål udtrykkeligt reguleres i vedtægten. Dette skyldes hensynet til stifteren og det formål, der skal tilgodeses gennem fondens virksomhed. En omhyggeligt udformet vedtægt virker tillige som et arbejdsgrundlag for ledelsen og letter samfundets mulighed for tilsyn med fonden.”

Ovenstående medfører, at det er vedtægtens bestemmelser som udtømmende regulerer, hvorledes bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond udpeges uanset om det sker ved selvsupplering, ved udpegning fra en tredjepart eller en kombination af disse to modeller. Det følger heraf, at en fondsbestyrelse ikke kan udpege bestyrelsesmedlem efter en anden procedure, end den der er angivet i vedtægten.

Erhvervsstyrelsens udtalelse

Klager har i sit klageskrift af 21. november 2022 nedlagt påstand om ugyldighed af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, der blev fastholdt af styrelsen ved afgørelse af 27. juni 2022. Som begrundelse for klagers påstand om ugyldighed er følgende anført:

” (...) Denne ændring indebærer, at udpegningsretten for forening AA indskrænkes til kun at gælde, når udtræden sker ved funktionsperiodens ophør. I alle andre tilfælde har fondsbestyrelsen nu tiltaget sig udpegningsretten.

Kombinationen af adgangen til genvalg sammenholdt med bestyrelsens adgang til at supplere sig ved vakance, medfører en oplagt mulighed for omgåelse af foreningens udpegningsret i medfør af § 4, stk. 6. (...)

Der er derved sket et betydeligt indgreb i Forening AA's vedtægtsbestemte udpegningsret. Dette er sket uden forudgående høring af foreningen og uden samtykke fra foreningen. (...)

Erhvervsstyrelsens godkendelse af vedtægtsændringen er derfor ugyldig, og afgørelsen om tilladelse til ændring af § 4, stk. 5, og § 4, stk. 7, skal derfor ophæves”.

Efter at have gennemgået klagen af 21. november 2022 er det fortsat Erhvervsstyrelsens opfattelse, at afgørelsen af 10. november 2021 og 27. juni 2023 skal fastholdes vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5.

Foreningens partsstatus vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5

Erhvervsstyrelsen foretog ved styrelsens afgørelse af 27. juni 2023 en vurdering af foreningens partsstatus, herunder at foreningen har partsstatus vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7. Omvendt er det styrelsens vurdering, at foreningen ikke kan anses for at have partsstatus i relation til ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5.

Af erhvervsfondslovens § 130, stk. 1 fremgår det, at Erhvervsstyrelsens afgørelser først og fremmest kan påklages af adressaten for den pågældende afgørelse, herunder fonden.

Tildeling af partsstatus til andre end fonden kan dog forekomme, hvor virksomheder, organisationer eller lignende er tillagt en særlig rettighed i fondens vedtægten.

For at blive part i en sag kræves det, at den pågældende har en væsentlig, individuel og retlig interesse i sagen, som kan medføre partsstatus.

Kriteriet om væsentlighed indebærer konkret, at afgørelsens udfald skal angå den pågældendes forhold og situation med en vis styrke og intensitet.

Vurderingen af, om en interesse er væsentlig, afhænger blandt andet af, om sagens afgørelse får direkte virkning for den pågældende, eller om virkningen blot er afledt.

Foreningen har ved indsigelse af 18. november 2022 anført, at indsættelsen af muligheden for genvalg medfører, at bestyrelsen undgår at skulle indstille medlemmer til foreningens generalforsamling, hver gang en funktionsperiode i fonden ophører.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at foreningen inden styrelsens afgørelse af 10. november 2021 havde mulighed for at genvælge et bestyrelsesmedlem til bestyrelsen efter endt funktionsperiode på fire år.

Derfor medfører ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, alene, at retten til at kunne blive genvalgt som bestyrelsesmedlem nu fremgår af fondens vedtægt.

Fondens bestyrelse skal derudover fortsat efter ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, indstille bestyrelsesmedlemmer til valg på foreningens generalforsamling, når bestyrelsesposterne er på valg hver fjerde år.

På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsen opfattelse, at ændringen ikke har medført, at fondens bestyrelse kan undgå at indstille bestyrelsesmedlemmer til foreningens generalforsamling, når en funktionsperiode ophører.

Erhvervsstyrelsen finder på baggrund af ovenstående ikke, at foreningen har fået begrænset sin rettighed ved ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5. Derfor kan foreningens interesse i sagen ikke anses for væsentlig.

Erhvervsstyrelsen anser derfor ikke foreningen som part i sagen vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, hvorfor klagen bør afvises.

I det omfang Erhvervsankenævnet måtte komme frem til at foreningen har partsstatus i sagen skal Erhvervsstyrelsen bemærke nedenstående om ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5.

Vedrørende vedtægtens § 4, stk. 5

Som det fremgår af gennemgangen af sagens faktiske omstændigheder, fik fonden den 10. november 2021 tilladelse fra Erhvervsstyrelsen til en række ændringer i fondens vedtægt, herunder vedtægtens § 4, stk. 5, og § 4, stk. 7.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen ved afgørelse af 27. juni 2023 traf afgørelse om annullering af vedtægtens § 4, stk. 7, som er genstand for klage i Erhvervsankenævnets sag, [sagsnummer 2].

§ 4, stk. 5 i fondens vedtægt af 13. oktober 2021 har følgende ordlyd:

”Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. 3 medlemmer af den siddende bestyrelse er på valg om 2 år (d.v.s. i 2011) og 4 medlemmer om 4 år (d.v.s. i 2013).”

Efter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 har vedtægtens § 4, stk. 5, i fondens vedtægt af 25. maj 2022 følgende ordlyd:

”Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. Det skal af hensyn til bestyrelsens kontinuitet tilstræbes, at ikke alle medlemmer udtræder samtidig. Genvalg kan finde sted.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

Erhvervsstyrelsen bemærker, at det af fondens vedtægt af henholdsvis 13. oktober 2021 og fondens vedtægt af 25. maj 2022 fremgår, at bestyrelsen vælges for en periode på fire år. Således er der i fondens vedtægt fastsat en funktionsperiode.

Som det fremgår ovenfor, fik bestyrelsen ved Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 tilladelse til at ændre vedtægtens § 4, stk. 5, hvorefter det blev tilføjet til bestemmelsen, at genvalg kan finde sted.

Som nævnt i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 er det styrelsens vurdering, at genvalg af bestyrelsesmedlemmer til fondens bestyrelse efter endt funktionsperiode på fire år - også før tilføjelsen i vedtægtens § 4, stk. 5, kunne finde sted. Derfor har ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, efter styrelsens vurdering alene medført, at muligheden for at kunne blive genvalgt som bestyrelsesmedlem nu eksplicit fremgår af fondens vedtægt.

Det er Erhvervsstyrelsen vurdering, at det er en almindelig retssædvane og i overensstemmelse med styrelsens administrative praksis, at der i en erhvervsdrivende fond skal ske udpegning af alle bestyrelsesmedlemmer, når medlemmernes funktionsperiode ophører efter den eller de udpegningsmetoder, som er fastsat i vedtægten. Dette kan enten ske ved, at et siddende bestyrelsesmedlem genudpeges eller at der udpeges et nyt medlem som erstatning for det siddende medlem. Hvis et siddende bestyrelsesmedlem ikke behøver at blive genvalgt efter endt funktionsperiode, vil en vedtægtsbestemt funktionsperiode være illusorisk.

Således er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at retten til udpegning af nye bestyrelsesmedlemmer såvel som genudpegning af eksisterende bestyrelsesmedlemmer til fondens bestyrelse alene tilfalder foreningen på dennes generalforsamling efter indstilling fra fondens bestyrelse i henhold til vedtægtens § 4, stk. 6.

Foreningen har til støtte for dens påstand om ugyldighed af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 anført, at kombinationen af adgangen til genvalg sammenholdt med bestyrelsens adgang til at supplere sig ved vakance, medfører en oplagt mulighed for omgåelse af foreningens udpegningsret i medfør vedtægtens § 4, stk. 6.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at foreningens argumentation ikke kan tages til indtægt for den forestående vurdering af vedtægtens § 4, stk. 5, idet fondens bestyrelse ikke kan omgå foreningens udpegningsret, da alle bestyrelsesmedlemmer i fonden udpeges af foreningen på dennes generalforsamling, ligesom styrelsen ved afgørelse af 27. juni 2023 annullerede ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, der omhandlede fondens bestyrelses mulighed for at udpege medlemmer til bestyrelsen før udløbet af en valgperiode.

Ligeledes kan Erhvervsstyrelsens manglende partshøring vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5 ikke medføre, at styrelsens afgørelse kan anses for ugyldig, idet der ikke er sket en indskrænkning i foreningens rettilighed til at udpege medlemmer til fondens bestyrelse på foreningens generalforsamling, når en funktionsperiode ophører. Udpegningsretten tilfalder alene foreningen. Hvis styrelsen havde partshørt foreningen inden afgørelsen af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, havde dette ikke ført til en anden vurdering, da styrelsens afgørelse om tilladelse til ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5 ikke er til ugunst for foreningen.

Som følge heraf fastholder Erhvervsstyrelsen afgørelsen af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, der ligeledes blev fastholdt i styrelsens afgørelse af 27. juni 2023.

...”

Den 28. august 2023 imødekom ankenævnets formand en anmodning fra fonden om at indtræde i sagen til støtte for Erhvervsstyrelsen.

Fondens advokat har i indlæg af 10. oktober 2023 anført følgende:

”På vegne af fond BB skal vi hermed fremkomme med fondens bemærkninger.

Fonden er enig i, at forening AA’s rettigheder ikke indskrænkes ved ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5

Fonden er enig med Erhvervsstyrelsen i, at forening AA ikke er part for så vidt angår Erhvervsstyrelsens godkendelse af ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5.

Der er således tale om en bestemmelse, som alene kodificerer, hvad der allerede var gældende inden bestemmelsens indsættelse – at der kan ske genvalg til bestyrelsen.

Fonden er endvidere enig i, at bestemmelsen derfor ikke indebærer en indskrænkning af forening AA’s rettigheder, hvorfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 på dette punkt må anses som gyldig.

Erhvervsstyrelsens fortolkning af rækkevidden af vedtægtens § 4, stk. 6, er forkert

Fonden er ikke enig i Erhvervsstyrelsens fortolkning af vedtægten, som indebærer, at både valg af nye bestyrelsesmedlemmer såvel som genvalg af bestyrelsesmedlemmer skal godkendes på generalforsamlingen i forening AA. Erhvervsstyrelsens fortolkning af vedtægten er således forkert.

Først og fremmest er styrelsens fortolkning af bestemmelsen i vedtægtens § 4, stk. 6, decideret i strid med ordlyden af bestemmelsen. Når der i bestemmelsen står "nye" bestyrelsesmedlemmer, er dette naturligvis noget andet end "genvalg" af eksisterende/siddende bestyrelsesmedlemmer. Det er således helt klart af ordlyden, at der er en sondring mellem siddende medlemmer og ”nye” medlemmer, og at forening AA’s generalforsamling kun er tillagt kompetence ved udpegning af ”nye” medlemmer og ikke ved genvalg.

Bestemmelsen i vedtægtens § 4, stk. 6, skal i øvrigt fortolkes i overensstemmelse med almindelige fonde retlige grundsætninger, herunder i denne sammenhæng kravet til bestyrelsens uafhængighed af stifter. Erhvervsstyrelsens fortolkning af vedtægtens § 4, stk. 6, er i strid med fonde retlige grundsætninger om bestyrelsens uafhængighed af stifter, idet Erhvervsstyrelsens fortolk-

ning tillægger stifter, Forening AA's, den suveræne udpegningsret af samtlige bestyrelsesmedlemmer. Også af denne grund, må Erhvervsstyrelsens fortolkning af vedtægtens § 4, stk. 6, anses som forkert.

Fonden vil uddybe fondens synspunkter om spørgsmålet om rækkevidden af vedtægtens § 4, stk. 6, yderligere i fondens indlæg i sag nr. [sagsnummer 2], der netop vedrører rækkevidden af vedtægtens § 4, stk. 6.

Fondens fortolkning og administration af vedtægterne indebærer heller ikke en indskrænkning af forening AA's rettigheder efter vedtægten, idet foreningen ikke efter vedtægten skal godkende genvalg af bestyrelsesmedlemmer, idet genvalg af bestyrelsesmedlemmer ikke har karakter af valg af "nye" medlemmer, jf. ordlyden af vedtægtens § 4, stk. 6.

Fonden har partsstatus i sagen og kan nedlægge selvstændige påstande

Fonden skal bemærke, at da denne sag vedrører godkendelse af en bestemmelse i fondens vedtægt, vil fonden naturligvis have partsstatus i sagen. Dette følger af det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb.

Erhvervsankenævnet har i øvrigt tidligere behandlet fonden som part i sagen, jf. Erhvervsankenævnets afgørelse af 7. august 2023 om aktindsigt efter forvaltningsloven, hvor følgende fremgår: "*Erhvervsankenævnet træffer ikke afgørelse i klagesagen, før I har haft mulighed for at gøre jer bekendt med det materiale, som nævnet har sendt til jer, jf. § 9 b i forvaltningsloven.*"

Fonden har derfor adgang til at nedlægge selvstændige påstande, uanset om Erhvervsstyrelsen måtte være uenige i fondens påstande.
..."

I foreningens supplerende indlæg af 3. november 2023 er anført:

"På vegne af forening AA fremsender jeg bemærkninger til:

- Erhvervsstyrelsens udtalelse af 25. september 2023
- Høringssvar af 9. oktober 2023 i sag [sagsnummer 1] afgivet af advokat EE og advokat FF på vegne af fond BB
- Høringssvar af 25. oktober 2023 i sag [sagsnummer 2] afgivet af advokat EE og advokat FF på vegne af fond BB

1. Påstande

På vegne af forening AA nedlægger jeg følgende påstande for Erhvervsankenævnet:

I sag [sagsnummer 1]: Indsættelsen af sætningen "Genvalg kan finde sted." i § 4, stk. 5, i vedtægt for fond BB tillades ikke.

I sag [sagsnummer 2]: Erhvervsstyrelsens afgørelse stadfæstes i det omfang den er påklaget af fond BB

2. Indledende bemærkninger – herunder om sambehandling af de to klagesager

Jeg henviser først og fremmest til det, der er anført i den kombinerede klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse i nævnets sag [sagsnummer 1] og anmodning om, at Erhvervsstyrelsen annullerede tilladelsen, samt til mine efterfølgende skriftlige indlæg til Erhvervsstyrelsen (bilag 4, 10 og 13 i Erhvervsstyrelsens materiale).

Fond BB har i de to klagesager den 9. oktober og 25. oktober 2023 afgivet udtalelser, der i stort omfang indeholder samme synspunkter om særligt fortolkningen af § 4, stk. 6, og formuleringen om ”nye bestyrelsesmedlemmer”. Fortolkningen af bestemmelsen i vedtægtens § 4, stk. 6, har betydning i begge klagesager, jf. nedenfor, og det er derfor efter min opfattelse nærliggende, at de to sager behandles og afgøres samtidig for at sikre ensartethed i Erhvervsankenævnets afgørelser i de to sager.

Derved sikres også, at fortolkningen af ”nye medlemmer” sker med hensyntagen til både den annullerede bestemmelse i § 4, stk. 7, og tilføjelsen i § 4, stk. 5, om genvalg.

Da fondens synspunkter, der er fremsat i brevet af 25. oktober 2023, kan have betydning i klagesag [sagsnummer 1], omfatter dette skriftlige indlæg derfor bemærkninger til brevet af 25. oktober 2023, og jeg anmoder derfor om, at mit indlæg indgår i begge klagesager.

2.1 Klagesag [sagsnummer 1]

Sagen drejer sig om Erhvervsstyrelsens tilladelse til at ændre § 4, stk. 5, i vedtægten for fond BB således:

Tidligere bestemmelse	Ny bestemmelse	Ændringer
Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. 3 medlemmer af den siddende bestyrelse er på valg om 2 år (d.v.s. i 2011) og 4 medlemmer om 4 år (d.v.s. i 2013).	Bestyrelsen vælges for en periode på 4 år. Det skal af hensyn til bestyrelsens kontinuitet tilstræbes, at ikke alle medlemmer udtræder samtidig. Genvalg kan finde sted.	Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. 3 medlemmer af den siddende bestyrelse er på valg om 2 år (d.v.s. i 2011) og 4 medlemmer om 4 år (d.v.s. i 2013). <u>Det skal af hensyn til bestyrelsens kontinuitet tilstræbes, at ikke alle medlemmer udtræder samtidig. Genvalg kan finde sted.</u>

Den omstridte del af ændringen er tilføjelsen af sætningen ”*Genvalg kan finde sted.*”

Ændringen skal læses i sammenhæng med bestemmelsen med § 4, stk. 6, der ikke er ændret bortset fra en konsekvensrettelse af fondens navn, og lyder nu således:

”Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på forening AA’s generalforsamling efter indstilling fra fond BB’s bestyrelse.”

Det er min opfattelse, at tilføjelsen af ”Genvalg kan finde sted”, udgør en indskrænkning i den udpegningsret, der tilkommer Forening AA’s generalforsamling.

...

3. forening AA’s status som part i klagesag [sagsnummer 1]
Erhvervsstyrelsen har i udtalelsen af 25. september 2023 anført, at forening AA ikke har status som part i den resterende del af klagesagen, der handler om tilføjelsen af ”*Genvalg kan finde sted*”.

Erhvervsstyrelsens begrundelse af dette med styrelsens opfattelse af, at der reelt ikke er sket en ændring i vedtægtens § 4, stk. 5, idet retten til genvalg vil gælde uanset, om det fremgik udtrykkeligt af vedtægten eller ej.

Jeg er ikke enig i Erhvervsstyrelsens opfattelse af, at min klient ikke har partsstatus og dermed heller ikke er klageberettiget.

Der er tale om en vedtægtsændring, som vedrører valg af bestyrelsesmedlemmer, hvor forening AA’s generalforsamling har en vedtægtsbestemt udpegningsret, jf. § 4, stk. 6, og derfor har foreningen en konkret, aktuel og individuel interesse i vedtægtsbestemmelser, der omhandler valg og udpegning af bestyrelsesmedlemmer.

Erhvervsstyrelsens opfattelse af, at forening AA ikke har partsstatus, bygger på styrelsens *tolkning* af de tidligere og nuværende bestemmelser i fondsvedtægten. Erhvervsstyrelsens fortolkning anfægtes imidlertid af fondens advokat, jf. høringsskrivelsen af 9. oktober 2023 og fondens egen klage til Erhvervsankenævnet i sag [sagsnummer 2].

Partsstatus for forening AA kan og bør ikke afgøres af en vurdering af, hvordan den underordnede instans vurderer klagesagen skal afgøres, men alene efter en forhåndsvurdering af, om der er konkret anledning til at antage, at foreningens retsstilling forrykkes som følge af den påklagede afgørelse. I den vurdering skal indgå de synspunkter, som fonden har anført om forståelsen af den tilføjelse til vedtægten, som Erhvervsstyrelsen har tilladt og som er genstand for klage.

I den konkrete sag er spørgsmålet om foreningen skal og skulle høres ved udpegning af medlemmer til fondsbestyrelsen uanset, at fondsbestyrelsen ønsker, at et bestyrelsesmedlem fortsætter i en ny 4-årig valgperiode, jf. formuleringen ”*Nye medlemmer...*” i § 4, stk. 6. Dette har Erhvervsstyrelsen vurderet er tilfældet, men fonden har den modsatte opfattelse, jf. fondens klage i sag [sagsnummer 2] og høringssvaret af 9. oktober 2023.

I forhold til høringssvaret af 9. oktober 2023 henviser fondens advokat endvidere til, at ”*Når der i bestemmelsen står ”nye” bestyrelsesmedlemmer*”, er

dette naturligtvis noget helt andet end "genvalg" af eksisterende/siddende bestyrelsesmedlemmer." Et tilsvarende synspunkt fremgår af fondens brev af 25. oktober i 2023 i klagesag [sagsnummer 2].

Herudover kan det undre, at fondens bestyrelse vælger at søge en vedtægtsændring med henblik på indsættelse af en formulering om, at genvalg kan finde sted, hvis det var fondsbestyrelsens opfattelse, at den regel, der fremgår af formuleringen ville gælde uanset.

Begrundelsen for at opretholde klagen for den del, der ikke blev uaktuel som følge af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023, skyldes netop den omstændighed, at der er uenighed mellem Erhvervsstyrelsen og fondens nuværende bestyrelse om fortolkning af både den nugældende og den tidligere fondsvedtægt, som er til prøvelse hos Erhvervsankenævnet i sag [sagsnummer 2].

Hvis fonden har ret i, at foreningens udpegningsret kun aktualiseres i situationer, hvor et bestyrelsesmedlem ikke ønsker at fortsætte, udgør tilføjjelsen om, at genvalg kan finde sted en realitetsændring, idet den tidligere fondsvedtægt ikke indeholdte en bestemmelse om mulighed for genvalg. Det følger således af den tidligere vedtægt, at når funktionsperioden på 4 år var udløbet, var den pågældende ikke længere medlem af bestyrelsen, og der skulle udpeges et nyt. Kompetencen til at udpege tilkom [område 1]'s Handelsforenings generalforsamling, jf. § 4, stk. 6.

Med tilføjjelsen af "*Genvalg kan finde sted*" uden at det samtidig præciseres, om det er fondsbestyrelsen selv eller forening AA's generalforsamling, der skal vælge en person til den ledige bestyrelsespost, vil det være uklart, hvem der beslutter genvalget, hvilket er i strid med det hensyn, der varetages af erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7. Som det fremgår af fondens høringssvar af 9. oktober 2023 og 25. oktober 2023, er det fondens opfattelse, at det er fondsbestyrelsen, der kan vælge, hvis der er tale om et genvalg.

Spørgsmålet om fortolkningen af fondens vedtægt, og betydningen af tilføjjelsen af bestemmelsen om, at genvalg kan finde sted, har afledt betydning for udstrækningen af udpegningsretten for forening AA's generalforsamling, og derfor har foreningen status som part og kan indgive klage.

4. Betydningen af tilføjjelsen om, at genvalg kan finde sted

Fortolkningen af fondsvedtægtens § 4, stk. 5 og 6, bør tage udgangspunkt i erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7. Efter denne bestemmelse skal vedtægten for en erhvervsdrivende fond indeholde oplysning om antallet af bestyrelsesmedlemmer, og hvorledes de udpeges. Det er altså et lovkrav, at vedtægten for en erhvervsdrivende fond indeholder en udtrykkelig bestemmelse om udpegningsret af bestyrelsesmedlemmer. Lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen indeholder ikke modifikationer til dette lovkrav.

Der kan med andre ord ikke bestå en udpegningsret, som ikke fremgår af vedtægten.

Forud for den påklagede ændring af § 4, stk. 5, indeholdt fondsvedtægten kun en bestemmelse om udpegning af bestyrelsesmedlemmet, hvilket var bestemmelsen i § 4, stk. 6, om forening AAs generalforsamlings ret til efter indstilling at udpege bestyrelsesmedlemmer.

Med henvisning til ordlyden af erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7, må det have formodningen imod sig, at der forud for vedtægtsændringen skulle have bestået en anden udpegningsret end den, der tilkommer [område 1]'s Handelsforenings generalforsamling. Der var således ingen vedtægtsbestemmelser, hvorefter fondsbestyrelsen kunne beslutte genvalg af bestyrelsesmedlemmer.

Det kan derfor med henvisning til erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7, udelukkes, at en ret for fondsbestyrelsen til at træffe beslutning om genvalg bestod forud for ændringen.

Den omstændighed, at fondens bestyrelse, der har været uændret siden 2009, ikke har rettet henvendelse til forening AA om valg eller genvalg, kan ikke begrunde en fortolkning i strid med vedtægtsens ordlyd og fondslovens § 27, stk. 1, nr. 7.

Foreningens bestyrelse har ved flere lejligheder mundtligt gjort medlemmer af fondsbestyrelsen opmærksom på foreningens udpegningsret ved udløb af funktionsperioder, men er blevet afvist af fondsbestyrelsen. Dette er bl.a. sket i forbindelse med bestyrelsesmøder i starten af 2014, hvor der fortsat var personer, der var repræsenteret i begge bestyrelser, og et mindretal i forening AA's (i forhold til de personer, der var repræsenteret i begge bestyrelser) udtrykte bekymring for, at fondsbestyrelsen lukkede sig om sig selv.

Forening AA's generalforsamling har endvidere den 24. april 2018 gjort opmærksom på generalforsamlingens udpegningsret. Flere af fondsbestyrelsens nuværende medlemmer deltog i generalforsamlingen, og det blev oplyst, at den daværende formand for fondens bestyrelse, GG, ville udtræde af fondsbestyrelsen. GG bestyrelse oplyste imidlertid, at der ikke skulle udpeges et nye bestyrelsesmedlem, idet fondens bestyrelse skulle bestå af 5-7 medlemmer.

Jeg er derfor uenig med både Erhvervsstyrelsen og fondens advokat i, at tilføjelsen i § 4, stk. 5, ikke udgør en realitetsændring af vedtægtsbestemmelserne om udpegningsret.

Det fulgte således af den hidtidige vedtægt, at når en funktionsperiode udløb, skulle det pågældende medlem udtræde af bestyrelsen, og der skulle udpeges et nyt medlem. Der var for så vidt intet til hinder for, at det udtrædende medlem kunne vælges ind igen, men det skulle ske af Forening AA's generalforsamling efter indstilling fra fondsbestyrelsen. Kravet om

”nyt” medlem refererede således ikke nødvendigvis til, at det udpegede medlem skulle være en anden person end det udtrædende medlem, men at der var en ledig post, der skulle besættes.

Med tilføjelsen om, at genvalg kan finde sted, hvor det er fondens opfattelse, at det er fondsbestyrelsen selv, der træffer beslutning om genvalg, sker der således en materiel ændring af vedtægtens regler om udpegning af bestyrelsesmedlemmer, idet den tidligere formulering af vedtægten ikke indeholdte andre regler om udpegning af bestyrelsesmedlemmer end bestemmelsen i § 4, stk. 6, hvor udpegningsretten i det hele tilkom Forening AA's generalforsamling.

Herudover bemærker jeg, at det taler klart imod tilladelse til at indsætte bestemmelsen om genvalg, at Erhvervsstyrelsen og fondsbestyrelsen er grundlæggende uenige om forståelsen af bestemmelsen og proceduren for genvalg af bestyrelsesmedlemmer.

Det er fast praksis, at tilladelse til vedtægtsændring alene meddeles, hvis ændringen er nødvendig og hensigtsmæssig.

Der er ikke påvist af fondsbestyrelsen, at ændringen er nødvendig, da fondsvedtægten allerede indeholdt bestemmelser om udpegning af bestyrelsesmedlemmer.

Derudover er kravet om hensigtsmæssighed ikke opfyldt, hvis en ny vedtægtsbestemmelse efterlader tvivl og uenighed om forståelsen af bestemmelsen, hvilket er tilfældet i den nuværende situation, hvor Erhvervsstyrelsen og fondens bestyrelse har forskellige opfattelser af den nye bestemmelses fortolkning på et helt centralt punkt, der handler om udpegning af bestyrelsesmedlemmer.

5. Kravet om uafhængig ledelse

Fonden har i begge høringssvar anført, at bestemmelsen om, at forening AAs generalforsamling udpeger bestyrelsesmedlemmer, er i strid med fondsretlige grundsætninger om, at en fond skal have en ledelse, der er uafhængig af stifter.

Den fondsretlige grundsætning om en af stifter uafhængig ledelse må anses for kodificeret i § 40 i lov om erhvervsdrivende fonde. Det fremgår af § 40, at spørgsmålet om ledelsens uafhængig af stifter skal vurderes med henvisning til de personer, der er i bestyrelsen og ikke hvordan de er udpeget eller hvem der har udpeget dem. Erhvervsfundslovens § 40 er derfor ikke til hinder for en udpegningsret som den, forening AAs bestyrelse har.

Udpegningsretten er endvidere ikke i strid med anbefalingerne om god fondsledelse.

Det skal desuden tillægges betydning, at udpegningsperioderne er 4 år, hvilket er med til at sikre bestyrelsesmedlemmernes uafhængighed af den udpegningsberettigede.

Derudover er det væsentligt at bemærke, at de nuværende medlemmer af fondsbestyrelsen alle var med til at beslutte den gældende formulering af § 4, stk. 6, i 2009. Denne ændring blev forudsætningsvis godkendt af fondsmyndigheden.

Imidlertid mener de samme bestyrelsesmedlemmer, at den udpegningsret er i strid med krav om en fondsbestyrelses uafhængighed, hvilket er en bekymring, der er opstået på et tidspunkt, hvor et eller flere af bestyrelsesmedlemmerne overvejer at fratræde. Bestemmelsen blev imidlertid tilsyneladende ikke anset for problematisk i 2009 og 2010, hvor der var fuldstændigt personsammenfald mellem fondens bestyrelse og foreningens bestyrelse. Jeg henviser til underskrifterne på fondens vedtægt dateret 22. april 2009 (Bilag V i klagesag [sagsnummer 2]) og foreningens vedtægt af 22. april 2009, der vedlægges som bilag 1 til klagesag [sagsnummer 1].

De to bestyrelser er i dag forskelligt sammensat og der er derfor ikke længere personsammenfald.

...

7. Sammenfatning

Sammenfattende gør jeg gældende, at ændringen af § 4, stk. 5, i vedtægt for fond BB ikke burde have været tilladt, og Erhvervsstyrelsens tilladelse til ændringen derfor skal ændres til et afslag.

For det første er betingelserne om, at ændringen skal være nødvendig og hensigtsmæssig ikke opfyldt.

Fondsvedtægten indeholdt således allerede en bestemmelse om udpegningsret for bestyrelsesmedlemmer, og der er ikke påvist et behov for at supplere denne udpegningsret. Derudover er den ønskede ændring ikke hensigtsmæssig, idet den fører til fortolkningstvivl.

Denne fortolkningstvivl fremgår tydeligt af Erhvervsstyrelsens udtalelse og fondens høringssvar, idet Erhvervsstyrelsen er af den opfattelse, at retten til genudpegning tilkommer forening AA's generalforsamling, hvorimod fondsbestyrelsen mener, at den selv har retten til at træffe beslutning om genvalg.

Da det ikke fremgår af den ændrede bestemmelse, hvem der har retten til at træffe beslutning om genvalg, er det i lyset af lovens § 27, stk. 1, nr. 7, mest nærliggende at retten til genvalg tilkommer foreningens generalforsamling, men hverken min klient (som udpegningsberettiget efter § 4, stk. 6), Erhvervsstyrelsen eller fonden selv er tjent med den fortolkningstvivl, som den ændrede bestemmelse giver anledning til, og derfor skulle ændringen ikke have været tilladt. Fortolkningstvivlen kan føre til tvivl om, hvorvidt fondens bestyrelse er lovligt sammensat.

Ændringen indebærer, hvis fondsbestyrelsens fortolkning lægges til grund, et indgreb i min klients udpegningsret, idet min klient efter den hidtidige formulering var eneste udpegningsberettigede. Fondsbestyrelsen har oplyst, jf. bl.a. advokat FF's brev af 25. maj 2023 til Erhvervsstyrelsen (bilag 12 Erhvervsstyrelsens materiale), at fondsbestyrelsen hidtil har praktiseret, at bestyrelsen selv besluttede genvalg, og ændringen var tiltænkt som en kodificering af dette.

Efter fast praksis kan der ved en vedtægtsændring ikke foretages indskrænkninger i aktuelle rettigheder uden samtykke fra den berettigede. En vedtægtsbestemt udpegningsret er et ofte forekommende eksempel på rettigheder, der ikke kan foretages indskrænkning af, og forening AA har ikke meddelt samtykke. Derfor skal vedtægtsændringen også af denne grund ikke tillades, og Erhvervsstyrelsens afgørelse om at tillade ændringen skal derfor ændres til et afslag.

For så vidt angår klagesag [sagsnummer 2] skal Erhvervsstyrelsens annullering af tilladelsen til indsættelse af § 4, stk. 7, stadfæstes, jf. ovenfor om indskrænkninger i aktuelle rettigheder. Erhvervsstyrelsens fortolkning af § 4, stk. 6, skal desuden stadfæstes, idet den eneste udpegningsberettigede efter vedtægten er generalforsamlingen, og det gælder derfor også genvalg af et bestyrelsesmedlem ved opstået vakance, jf. erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7.
..."

I supplerende indlæg af 11. december 2023 har advokat DD anført følgende:

"I sag [sagsnummer 1], hvor forening AA har gjort gældende, at Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 vedrørende tilladelse til ændring af vedtægtens § 4, stk. 5, er ugyldig, bemærkes, at genvalg kan ske uanset, om det hjemles i vedtægten. Der kan for eksempel henvises til Erik Werlauff, som anfører: *"Er der en funktionsperiode, gælder det deklaratorisk, at genvalg kan ske. Dette behøver ikke udtrykkes i vedtægten. Skal det modsatte gælde, skal det stå i vedtægten"*, jf. Erik Werlauff i FSR's årsskrift, Erhvervsret – skatteret, 1989, side 277.

Der er således ikke med ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, sket et indgreb i forening AAs kompetence, idet genvalg også var muligt før vedtægtsændringen i 2021, og idet ændringen ikke indebærer nogen realitetsændring i forhold til foreningens kompetence vedrørende "nye" medlemmer til fondens bestyrelse. Ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, var i øvrigt velbegrundet og i overensstemmelse med erhvervsfondslovens § 89, stk. 1. Erhvervsstyrelsens tilladelse til ændring af vedtægtens § 4, stk. 5, skal således opretholdes.
..."

Advokat CC har heroverfor ikke afgivet yderligere bemærkninger.

Omstændighederne i sag [sagsnummer 2] (fond BB mod Erhvervsstyrelsen):

Erhvervsstyrelsen har i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 6. september 2023 over sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

”Indledningsvis bemærkes det, Erhvervsstyrelsen fastholder sin afgørelse af 27. juni 2023.

Derudover bemærker Erhvervsstyrelsen, at styrelsen den 22. august 2023 modtog fristudmeldning i Erhvervsankenævnets sag, [sagsnummer 1]. Det er styrelsens opfattelse, at sagen, [sagsnummer 1] omhandler samme parter, afgørelser og bestemmelser i fondens vedtægt, som fremgår af denne sag, [sagsnummer 2]. Der er således tale om to sager med meget stor tilknytning til hinanden, som med fordel kunne behandles samlet.

Desuden bemærker Erhvervsstyrelsen, at styrelsens afgørelse af 10. november 2021, der er påklaget af forening AA (foreningen) i Erhvervsankenævnet sag [sagsnummer 1], delvist er blevet erstattet af styrelsens afgørelse af 27. juni 2023, som delvist annullerede styrelsens afgørelse af 10. november 2021, herunder den del af afgørelsen, der omhandler vedtægtens § 4, stk. 7, som er genstand for klagen i denne sag.

Omvendt fandt Erhvervsstyrelsen i afgørelsen af 27. juni 2023 ikke grundlag for at annullere den resterende del af afgørelsen af 10. november 2021, der omhandler ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, der som følge heraf er påklaget af foreningen og behandles i Erhvervsankenævnets ved sag, [sagsnummer 1].

Faktiske omstændigheder

Fonden anmodede den 5. november 2021 om Erhvervsstyrelsens tilladelse til ændring af en række bestemmelser i fondens vedtægt. **[se bilag 1]**

Erhvervsstyrelsen meddelte ved afgørelse af 10. november 2021 forhåndstilladelse til en række ændringer i fondens vedtægt, herunder blandt andet vedtægtens § 4, stk. 5, § 4, stk. 6, og § 4, stk. 7. Forhåndstilladelsen til ændringen af vedtægtens § 4, stk. 6, var betinget af, at foreningen kunne samtykke til ændringen. **[se bilag 2]**

Fonden anmeldte registreringen af vedtægtsændringerne den 7. december 2021. Anmeldelsen var bilagt bestyrelsesprotokol og vedtægt af 7. december 2021. Samtidig oplyste fonden, at den afventede ændringen af vedtægtens § 4, stk. 6. **[se bilag 3]**

Vedtægtsændringerne blev registreret i Erhvervsstyrelsen den 10. december 2021 i henhold til Erhvervsstyrelsens forhåndstilladelse af 10. november 2021. **[se bilag 4]**

Ved brev af 17. maj 2022 meddelte fonden Erhvervsstyrelsen, at foreningen ved generalforsamling af 26. april 2022 havde truffet beslutning om ikke at meddele samtykke til en ændring af vedtægtens § 4, stk. 6. **[se bilag 5]**

Den 18. november 2022 modtog Erhvervsstyrelsen en indsigelse fra foreningen vedrørende ændringerne af vedtægtens § 4, stk. 5, og § 4, stk. 7. Af indsigelsen fremgår det, at foreningen anser ændringerne for ugyldige, da foreningen ikke har samtykket til ændringerne. Derudover fremgår det af indsigelsen, at foreningen ville påklage Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021. **[se bilag 6]**

Erhvervsstyrelsen modtog den 23. november 2022 en e-mail fra Erhvervsankenævnet. Af e-mailen fremgår det, at foreningen den 21. november 2022 havde klaget over styrelsens afgørelse af 10. november 2021. Derudover fremgår det af e-mailen, at foreningen anmodede styrelsen om at ophæve afgørelsen som ugyldig, og at klagen til Erhvervsankenævnet angik det tilfælde, at styrelsen skulle fastholde afgørelsen af 10. november 2021. **[se bilag 7]**

Den 7. december 2022 anmodede Erhvervsstyrelsen fonden om at komme med dens bemærkninger til foreningens indsigelse af 18. november 2022. **[se bilag 8]**

Erhvervsstyrelsen modtog fondens bemærkninger den 14. december 2022. **[se bilag 9]**

Den 16. januar 2023 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra Erhvervsankenævnet om status på, om styrelsen havde truffet beslutning om ophævelse af styrelsens afgørelse af 10. november 2021. **[se bilag 10]**

Den 26. januar 2023 kvitterede Erhvervsstyrelsen for Erhvervsankenævnets e-mail, hvor styrelsen oplyste, at sagen var under behandling, og at styrelsen ville orientere Erhvervsankenævnet, når styrelsen havde truffet afgørelse i sagen. **[se bilag 11]**

Erhvervsstyrelsen modtog den 27. januar 2023 foreningens bemærkninger til fondens bemærkninger af 14. december 2022. **[se bilag 12]**

Den 4. maj 2023 sendte Erhvervsstyrelsen udkast til afgørelse i høring hos fondens bestyrelse. **[se bilag 13]**

Erhvervsstyrelsen modtog den 25. maj 2023 fondens bemærkninger til styrelsens udkast til afgørelse af 4. maj 2023. **[se bilag 14]**

Den 26. maj 2023 fremkom foreningen med bemærkninger til indskrænkningen af foreningens udpegningsret. **[se bilag 15]**

Erhvervsstyrelsen traf den 27. juni 2023 afgørelse om delvis annullering af styrelsens afgørelse af 10. november 2021, herunder at indsættelsen af bestemmelsen i vedtægtens § 4, stk. 7 var ugyldig. Omvendt fastholdt styrelsen den del af afgørelsen, der vedrørte vedtægtens § 4, stk. 5. **[se bilag 16]**
..."

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 hedder det:

”Erhvervsstyrelsen meddelte ved afgørelse af 10. november 2021 tilladelse til en række ændringer i ovennævnte fonds vedtægt.

Som følge af Erhvervsstyrelsens afgørelse modtog styrelsen den 18. november 2022 en indsigelse fra forening AA (herefter ”foreningen”) vedrørende ændringerne af henholdsvis § 4, stk. 5, og § 4, stk. 7, i fondens vedtægt, der efter foreningens opfattelse anses for ugyldige, idet foreningen ikke har samtykket til ændringerne.

Foreningen har i den forbindelse anført, at foreningens vedtægtsbestemte ret til at udpege bestyrelsen i fonden er blevet udhulet ved Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at foreningen den 21. november 2022 har klaget til Erhvervsankenævnet og anført, at klagen til ankenævnet angår det tilfælde, at styrelsen fastholder afgørelsen af 10. november 2021.

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen anser styrelsens afgørelse af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, for ugyldig.

Som følge heraf annullerer Erhvervsstyrelsen den del af styrelsens afgørelse, der vedrører ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Erhvervsstyrelsen kan efter en fornyet gennemgang af sagen ikke tillade den anmodede ændring af vedtægtens § 4, stk. 7.

Afgørelsen er truffet i henhold til erhvervsfondslovens § 89, stk. 1.

Retsvirkning af manglende partshøring

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen forud for afgørelsen af 10. november 2021 ikke foretog partshøring af foreningen i overensstemmelse med forvaltningslovens § 19.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at afgørelsen af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, ville have fået et andet udfald, hvis styrelsen havde partshørt foreningen forud for styrelsens afgørelse af 10. november 2021.

Baggrunden herfor er, at der ikke må ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder (uden at der foreligger samtykke) ved en ændring af en fondsvedtægt. Erhvervsstyrelsen bemærker i den forbindelse, at foreningen ikke har meddelt samtykke til ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Følgelig medfører Erhvervsstyrelsens manglende partshøring af foreningen, at ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, er ugyldig, da styrelsen har foretaget en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl, jf. FOB 2006.436.

Som konsekvens af Erhvervsstyrelsen ugyldige aftale af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, har styrelsen annulleret den del af afgørelsen, der vedrører ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Registrering af vedtægt

Bestyrelsen anmodes om at fremsende en ny dateret vedtægt, hvor tilføjelsen i form af § 4, stk. 7, ikke er indeholdt i vedtægten, jf. erhvervsfondslovens § 24, stk. 2. Erhvervsstyrelsen vil herefter gennemføre registreringen heraf.

...

Begrundelse

Erhvervsstyrelsen bemærkninger til foreningens partsstatus

Fondens bestyrelse har i brev af 21. december 2022 anført, at foreningen ikke har en væsentlig og individuel interesse i sagen vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, hvorfor foreningen ikke kan betragtes som part i sagen.

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 130, stk. 1, at Erhvervsstyrelsens afgørelser først og fremmest kan påklages af adressaten for den pågældende afgørelse, herunder fonden.

Tildeling af partsstatus til andre end fonden kan dog forekomme, hvor virksomheder, organisationer eller lignende er tillagt en særlig rettighed i fondens vedtægt.

For at blive part i en sag kræves det, at den pågældende har en væsentlig, individuel og retlig interesse i sagen, som kan medføre partsstatus.

Kriteriet om væsentlighed indebærer konkret, at afgørelsens udfald skal angå den pågældendes forhold og situation med en vis styrke og intensitet. Vurderingen af, om en interesse er væsentlig, afhænger bl.a. af, om sagens afgørelse får direkte virkning for den pågældende, eller om virkningen blot er afledt.

Foreningen har ifølge vedtægten ret til at udpege hele fondens bestyrelse efter indstilling fra fondens bestyrelse.

Foreningens rettighed er efter vedtægten begrænset til at udpege nye medlemmer til fondsbestyrelsen efter indstilling fra fondens bestyrelse på foreningens generalforsamling. Således har foreningen ikke kompetence til at indstille medlemmer til fondsbestyrelsen. Bestemmelsen giver dog foreningen den endelige beslutningsret, hvilket medfører, at foreningen har kompetencen til at beslutte om den vil udpege de af fonden indstillede medlemmer eller ej.

På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at foreningen har en væsentlig, individuel og retlig interesse i spørgsmålet om ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Erhvervsstyrelsen anser derfor foreningen som part i sagen vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7. Styrelsen bemærker, at foreningen alene anses for part i spørgsmål, der vedrører foreningens vedtægtsbestemte udpegningsret.

Vedrørende vedtægtens § 4, stk. 5

Vedtægtens daværende bestemmelse havde følgende ordlyd:

”Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. 3 medlemmer af den siddende bestyrelse er på valg om 2 år (d.v.s. i 2011) og 4 medlemmer om 4 år (d.v.s. i 2013).”

Efter ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, har bestemmelsen følgende ordlyd:

”Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. Det skal af hensyn til bestyrelsens kontinuitet tilstræbes, at ikke alle medlemmer udtræder samtidig. Genvalg kan finde sted.”

Foreningen har ved indsigelse af 18. november 2022 anført, at indsættelsen af muligheden for genvalg medfører, at bestyrelsen undgår at skulle indstille medlemmer til foreningens generalforsamling, hver gang en funktionsperiode i fonden ophører.

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at foreningen ved den daværende bestemmelse havde mulighed for at genvælge et bestyrelsesmedlem til bestyrelsen efter endt funktionsperiode på fire år.

Således medfører ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, alene, at retten til at kunne blive genvalgt som bestyrelsesmedlem nu fremgår af fondens vedtægt.

Fondens bestyrelse skal derudover fortsat efter ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, indstille bestyrelsesmedlemmer til valg på foreningens generalforsamling, når bestyrelsesposterne er på valg hver fjerde år.

På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsens opfattelse, at ændringen ikke har medført, at fondens bestyrelse kan undgå at indstille bestyrelsesmedlemmer til foreningens generalforsamling, når en funktionsperiode ophører.

Erhvervsstyrelsen finder derfor ikke, at foreningen har fået begrænset sin ret til valg ved ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5.

Følgelig har Erhvervsstyrelsen ikke fundet grundlag for at genoptage styrelsens afgørelse af 10. november 2021 vedrørende vedtægtens § 4, stk. 5.

Vedrørende vedtægtens § 4, stk. 7

Det er en almindelig grundsætning, at der ikke må ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder (uden at der foreligger samtykke) ved en ændring af en fondsvedtægt. Dette fremgår på s. 71-72 i betænkning nr. 970 om fonde fra 1982, som erhvervsfondsloven er baseret på.

Ved en ændring i vedtægten, som indskrænker en udpegningsberettigets rettigheder, skal der derfor indhentes et konkretiseret samtykke fra den udpegningsberettigede om, at den pågældende er indforstået med, at den hidtidige udpegningsret beskæres eller bortfalder.

Vedtægtens § 4, stk. 6, lyder således:

”Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på Forening AA’s generalforsamling efter indstilling fra Forening AA’s Fonds bestyrelse.”

Bestyrelsen fik ved Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 tilladelse til at indsætte følgende bestemmelse i fondens vedtægt:

”Når et medlem udtræder af bestyrelsen, eller der sker forfald før udløbet af valgperioden, kan bestyrelsen beslutte at udpege et nyt medlem for den resterende periode.”

Efter en fornyet gennemgang af sagen anser styrelsen ovenstående ændring som en begrænsning af foreningens rettighed til at udpege fondens bestyrelse, idet foreningen før ændringen af bestemmelsen havde udpegningsretten i fonden efter indstilling fra fondens bestyrelse.

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, er derfor ugyldig, hvorfor styrelsen har annulleret afgørelsen, som vedrører ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Foreningen har ved deres indsigelse af 18. november 2022 oplyst, at foreningen ikke kan samtykke til en ændring af vedtægtens § 4, stk. 7.

Som følge af foreningens manglende samtykke til ændringen kan Erhvervsstyrelsen ikke tillade den af bestyrelsen anmodede ændring af vedtægtens § 4, stk. 7.

Resultat af partshøring

Erhvervsstyrelsen har henholdsvis den 25. maj 2023 og 26. maj 2023 modtaget fonden og foreningens bemærkninger til styrelsens udkast til afgørelse af 4. maj 2023.

Erhvervsstyrelsen har valgt at gruppere bemærkningerne således:

1. Vedtægtens § 4, stk. 7
2. Vedtægtens § 4, stk. 5

Vedtægtens § 4, stk. 7

Fondens bemærkninger

Bestyrelsen har ved brev af 25. maj 2023 anført, at:

”Erhvervsstyrelsen meddelte ved brev af 10. november 2021 forhånds-tilladelse til visse ændringer af vedtægtens § 4, herunder en ændring af vedtægtens § 4, stk. 7. Bestemmelsen har følgende ordlyd: ”Når et medlem udtræder af bestyrelsen, eller der sker forfald før udløbet af valgperioden,

kan bestyrelsen beslutte at udpege et nyt medlem for den resterende periode". Erhvervsstyrelsen tilkendegav, at styrelsen anså fondens begrundelse for hensigtsmæssig".

Bestyrelsen besluttede på bestyrelsesmøde den 7. december 2021 vedtægtsændringerne. Den ændrede vedtægt blev samme dag registreret hos Erhvervsstyrelsen. Det fremgår af CVR, at Erhvervsstyrelsens endelige tilladelse til ændringerne blev givet den 10. december 2021. Følgende fremgår af Erhvervsstyrelsens afgørelse (...) "Erhvervsstyrelsen har dags dato gennemført registreringen af fondens vedtægter i henhold til forhåndsgodkendelse af 10. november 2021" (...).

Det er fondens opfattelse, at en tilbagekaldelse/ugyldiggørelse af afgørelsen af 10. november 2021 ikke ændrer ved, at vedtægtens § 4, stk. 7, er gyldigt vedtaget og registreret, da der ikke er sket tilbagekaldelse af den endelige tilladelse til ændring af bestemmelsen, som skete den 10. december 2021. Det foreliggende udkast til afgørelse har således ikke i sin nuværende form betydning for den endelige tilladelse, som blev givet den 10. december 2021.

Foreningens bemærkninger

Foreningen har ved brev af 26. maj 2023 anført, at:

"Jeg har bemærket, at advokat FF i sit brev af 25. maj 2023 om gyldigheden af vedtægtsændringen i december 2021 påpeger, at Erhvervsstyrelsen ikke henviser til den korrekte dato for styrelsens afgørelse om godkendelse af vedtægtsændringen.

Jeg tillader mig derfor at forudsætte, at Erhvervsstyrelsen ved sin endelige afgørelse om gyldighed, sikrer sig, at den formuleres på en måde, hvor der ikke kan herske tvivl om, at indsættelsen af vedtægtens § 4, stk. 7, er gyldig".

Erhvervsstyrelsens bemærkninger

Det er Erhvervsstyrelsens faste praksis ved behandling af en anmodning om forhåndstilladelse til ændring af en fonds vedtægt, at styrelsens træffer endelig afgørelse over for fonden, hvorefter bestyrelsen får mandat til at træffe beslutning på det nøjagtige grundlag, der fremgår af styrelsens afgørelse om forhåndstilladelse til ændring af fondens vedtægt.

Erhvervsstyrelsen fastholder derfor, at styrelsens endelige tilladelse til ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7 blev meddelt fonden ved forhåndstilladelse af 10. november 2021.

Dette fremgår i øvrigt både i styrelsens brev til anmelderen og fonden i sag [sagsnummer 3], hvor styrelsen den 10. december 2021 registrerede vedtægtsændringerne. Teksten i følgebrevene var således følgende:

"Erhvervsstyrelsen har dags dato gennemført registreringen af fondens vedtægter i henhold til forhåndsgodkendelse af 10. november 2021"

Det forhold, at det af CVR fremgår, at tilladelsen blev meddelt fonden den 10. december 2021, ændrer således ikke på, at Erhvervsstyrelsens endelige tilladelse til ændringen af fondens vedtægt, blev meddelt fonden den 10. november 2021.

Korrektion af Erhvervsstyrelsens registrering af 10. december 2021

Det fremgår af lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 21, at der kan ske korrektioner af registreringer, som er foretaget i forbindelse med sagsbehandlingen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl.

Som følge heraf vil Erhvervsstyrelsen tage initiativ til at ændre registreringen af 10. december 2021, hvorefter det vil fremgå på CVR, at fondsmyndighedens tilladelse blev meddelt fonden den 10. november 2021.

Vedtægtens § 4, stk. 5

Fondens bemærkninger

Bestyrelsen har ved brev af 25. maj 2023 anført, at:

”Ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, indebærer ikke en indskrænkning i Foreningens generalforsamlings udpegningsret vedrørende udpegning af nye bestyrelsesmedlemmer efter indstilling fra fondsbestyrelsen. Det skyldes, at det altid har været muligt for fondsbestyrelsen at genudpege bestyrelsesmedlemmer til fondens bestyrelse. Der vil i tilfælde af genudpegnning af eksisterende bestyrelsesmedlemmer ikke være tale om ”nye” bestyrelsesmedlemmer.

Såfremt et bestyrelsesmedlem genvælges, er der ikke tale om et ”nyt” bestyrelsesmedlem, og der skal således ikke ske udpegning på forening AA’s generalforsamling. Dette baseres for det første på en helt almindelig ordlydsfortolkning, hvorefter et genvalgt bestyrelsesmedlem ikke er et ”nyt” bestyrelsesmedlem. Derudover sker et genvalg af et bestyrelsesmedlem, inden bestyrelsesperioden ophører, hvorfor medlemmet også på tidspunktet for genvalg er bestyrelsesmedlem og dermed ikke et ”nyt” medlem.

Det bemærkes i øvrigt, at bestemmelsen, så vidt vides altid har været fortolket og administreret på denne måde. (...)

Der er ingen tvivl om, at Foreningens udpegningsret efter vedtægtens § 4, stk. 6, alene vedrører nye bestyrelsesmedlemmer. Bestyrelsen vil således fortsætte den hidtidige fortolkning af, at Foreningen alene skal udpege nye bestyrelsesmedlemmer, og at genvalg af bestyrelsesmedlemmer kan ske, uden at disse skal udpeges på Foreningens generalforsamling”.

Foreningens bemærkninger

Foreningen har ved brev af 26. maj 2023 anført, at:

”Det fremgår af § 4, stk. 5, i fondsvedtægten, at udpegningsperioden er 4 år, og der er mulighed for genvalg.

Erhvervsstyrelsen har ved brev af 4. maj 2023 om gyldigheden af vedtægtsændring godkendt den 10. november 2021 anført, at det er foreningen, der kan genvælge et bestyrelsesmedlem ved udløb af funktionsperioden på 4 år.

Fondsbestyrelsen har imidlertid ikke efterlevet dette, idet fondsbestyrelsen selv har truffet beslutning om at genudpege bestyrelsesmedlemmer uden forudgående indstilling til forening AA's generalforsamling og generalforsamlingens udpegning.

De nuværende fondsbestyrelsesmedlemmer indtrådte alle for mere end 4 år siden, jf. ledelsesberetningen i fondens årsrapport for 2021, hvor der er oplyst følgende om datoer for de nuværende bestyrelsesmedlemmers indtræden i bestyrelsen:

<i>Bestyrelsesmedlem</i>	<i>Indtræden</i>	<i>Seneste genvalg</i>	<i>Valgperiodens ophør</i>
<i>HH</i>	<i>18. april 2000</i>	<i>2019</i>	<i>2023</i>
<i>II</i>	<i>17. april 1999</i>	<i>2021</i>	<i>2015</i>
<i>JJ</i>	<i>16. april 2002</i>	<i>2021</i>	<i>2025</i>
<i>KK</i>	<i>18. april 2000</i>	<i>2021</i>	<i>2025</i>
<i>LL</i>	<i>18. april 2000</i>	<i>2019</i>	<i>2023</i>

Jeg kan oplyse, at de genvalg, der i henhold til ledelsesberetningen i årsrapporten for 2021 skulle have fundet sted i henholdsvis 2019 og 2023, ikke er sket med generalforsamlingens mellemkomst. Forening AA har heller ikke modtaget henvendelser fra fondsbestyrelsen med indstillinger om (gen)udpegning af bestyrelsesmedlemmer.

Jeg henleder særligt opmærksomheden på, at det i ledelsesberetningen er oplyst, at den 4-årige valgperiode for HH og LL udløber i 2023. Forening AA har indtil nu ikke modtaget en henvendelse fra fonden med indstilling til de bestyrelsesposter, der bliver ledige i 2023.

Det er derfor min opfattelse, at den nuværende fondsbestyrelse ikke er sammensat i overensstemmelse med fondens vedtægt.

Herudover bemærker jeg, at fondsbestyrelsen heller ikke overholder pkt. 2.4.1 i anbefalinger for god fondsledelse om en maksimal funktionsperiode på 12 år. Ledelsesberetningen indeholder ikke en forklaring på, hvorfor denne anbefaling ikke følges, idet ledelsen blot oplyser følgende:

”Det følger af fondens vedtægter at bestyrelsesmedlemmerne vælges for en periode af 4 år, og at genvalg kan finde sted. Der tages løbende stilling til om fondsbestyrelsen besidder de kompetencer, der er nødvendige og om organiseringen er hensigtsmæssig”.

Jeg henstiller derfor til, at Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed for fond BB tager initiativ til at sikre, at der udpeges en bestyrelse i overensstemmelse med fondens vedtægt, hvilket vil sige via indstilling til generalforsamlingen for forening AA, der herefter træffer beslutning om udpegning. Jeg beder særligt om, at Erhvervsstyrelsen er opmærksom på, at fondsbestyrelsen har oplyst at have til hensigt også fremadrettet at træffe beslutning om genudpegning i strid med Erhvervsstyrelsens opfattelse. (...)

Om fornødent må Erhvervsstyrelsen træffe afgørelse efter erhvervs-fondslovens § 45, idet den nuværende bestyrelse ikke opfylder kravene i vedtægten om at være (gen)udpeget af generalforsamlingen for forening AA, og ikke har til hensigt fremadrettet at agere i overensstemmelse med fondens vedtægt på dette punkt.

Erhvervsstyrelsens bemærkninger

Fondens bemærkninger ændrer ikke på Erhvervsstyrelsens udkast til afgørelse af 4. maj 2023. Som følge heraf har styrelsen ikke fundet grundlag for at genoptage styrelsens afgørelse af 10. november 2021 vedrørende vedtægtens § 4, stk. 5.

Således er det fortsat Erhvervsstyrelsens opfattelse, at foreningen ved den daværende bestemmelse havde mulighed for at genvælge et bestyrelsesmedlem til bestyrelsen efter endt funktionsperiode på fire år.

Derfor medfører ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, alene, at retten til at kunne blive genvalgt som bestyrelsesmedlem nu fremgår af fondens vedtægt.

Det forhold, at fonden har anført, at genvalg af et eksisterende bestyrelsesmedlem ikke kan anses som et "nyt" bestyrelsesmedlem, ændrer ikke på Erhvervsstyrelsens vurdering. Det er styrelsens vurdering, at genvalg af bestyrelsesmedlemmer omfatter alle medlemmer, der er på valg, herunder både eksisterende medlemmer og nyvalgte medlemmer.

På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsen opfattelse, at ændringen ikke har medført, at fondens bestyrelse kan undgå at indstille bestyrelsesmedlemmer til foreningens generalforsamling, når en funktionsperiode ophører.

Erhvervsstyrelsen finder derfor ikke, at foreningen har fået begrænset sin ret til at vælge ved ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5.

Bestyrelsens sammensætning

Den af foreningen rejste problemstilling vedrørende fondsbestyrelsens nuværende sammensætning vedrører ikke denne afgørelse, hvorfor bestyrelsens sammensætning må behandles særskilt. Fondens bestyrelse vil derfor modtage et brev fra Erhvervsstyrelsen med en anmodning om redegørelse for bestyrelsens nuværende sammensætning.

Ændring af hjemsted

Erhvervsstyrelsen har ingen bemærkninger til den foreslåede ændring af vedtægtens § 1 vedrørende fondens hjemsted. Bestyrelsen kan med fordel foretage ændringen i forbindelse med registreringen af fondens vedtægt i henhold til nærværende afgørelse.
..."

I klageskrivelse af 3. juli 2023 har advokat DD på vegne af fond BB anført blandt andet:

"På vegne af fond BB skal vi hermed klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 vedrørende fond BB.

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 indeholder Erhvervsstyrelsens åbenbare fejlfortolkning af rækkevidden af vedtægternes § 4, stk. 6. Bestemmelsen vedrører udpegning af *nye* bestyrelsesmedlemmer til fondens bestyrelse og har følgende ordlyd:

"Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på Forening AA's generalforsamling efter indstilling fra fond BB's bestyrelse." (Vores understregning).

Vedtægterne, dateret 25. maj 2022, er vedlagt som **bilag III**.

Erhvervsstyrelsen lægger i afgørelsen til grund, at genvalg af eksisterende bestyrelsesmedlemmer på samme måde som ved valg af *nye* bestyrelsesmedlemmer skal ske på forening AAs generalforsamling.

Formuleringen "nye" står i modsætning til noget eksisterende eller noget gammelt. Det er således helt klart, at bestemmelsen efter dens ordlyd alene er målrettet *nye* bestyrelsesmedlemmer.

Eksisterende bestyrelsesmedlemmer, der ved udløbet af valgperioden genvælges, er åbenbart ikke *nye* bestyrelsesmedlemmer, hvorfor genvalg af bestyrelsesmedlemmer **ikke** skal ske på forening AAs generalforsamling.

Det fremgår helt klart af ordlyden af vedtægternes § 4, stk. 6, at generalforsamlingen i forening AA alene udpeger medlemmer til bestyrelsen, når der er tale om *nye* medlemmer. Udpegningsretten gælder således **ikke** i tilfælde af genvalg af bestyrelsesmedlemmer, idet der i givet fald **ikke** er tale om *nye* medlemmer til bestyrelsen.

Det er derudover helt klart, at formuleringen "*nye medlemmer til bestyrelsen*" henviser til de fysiske personer, der udgør fondens bestyrelsesmedlemmer. Det er åbenbart, at en fysisk person, der har besiddet en bestyrelsespost i fonden, **ikke** i forbindelse med genvalg betragtes som et *nyt* medlem.

Det er naturligvis sådan, at der ved genvalg af et bestyrelsesmedlem påbegyndes en ny valgperiode. Vedtægternes § 4, stk. 6, vedrører imidlertid **ikke** valgperioderne men derimod udpegning af de *nye* fysiske personer, der skal indtræde i fondens bestyrelse.

Fondens bestyrelse, der i øvrigt er kompetent til at fortolke vedtægten, har **aldrig** fortolket og administreret bestemmelsen, således at denne fandt anvendelse ved genvalg af bestyrelsesmedlemmer. Erhvervsstyrelsen har ikke i sit legalitetstilsyn hjemmel til helt uden forankring i bestemmelsens ordlyd at pålægge bestyrelsen en anden fortolkning af vedtægtsbestemmelsen. Det er åbenbart, at bestemmelsen ikke uden hjemmel i ordlyden kan fortolkes udvidende til fordel for fondens stifter.

Erhvervsstyrelsens fortolkning af udpegningsreglerne er således **ikke** i overensstemmelse med ordlyden eller den måde, hvorpå vedtægterne historisk er blevet fortolket eller praktiseret i forholdet mellem Forening AA's som stifter af fond BB.

Erhvervsstyrelsens fortolkning af vedtægternes § 4, stk. 5, sammenholdt med stk. 6, i styrelsens afgørelse af 27. juni 2023 må således anses som ugyldig, idet fortolkningen er uden hjemmel i vedtægten.

Øvrige bemærkninger

Det er bestyrelsens opfattelse, at Erhvervsstyrelsens annullation af vedtægternes § 4, stk. 7, er ugyldig idet bestemmelsen blot afspejler baggrundsretten. Bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med vedtægternes § 4, stk. 6, hvorfor et nyt medlem, der udpeges for den resterende periode, skal godkendes på generalforsamlingen. Dette er i øvrigt gjort gældende af fonden ved brev af 14. december 2022 (**bilag IV**).
..."

I Erhvervsstyrelsens udtalelse af 6. september 2023 fremgår om sagens retlige omstændigheder:

"Retlige omstændigheder

Partsbegrebet i forvaltningsretten

Partsbegrebet er ikke defineret i forvaltningsloven, men skal forstå i overensstemmelse med lovens forarbejder og praksis, herunder retspraksis og ombudsmandspraksis.¹²

Det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb omfatter ansøgere og adressater for en afgørelse. Derudover omfatter partsbegrebet andre, der har en væsentlig, retlig og individuel interesse i sagens afgørelse.¹³

Væsentlig interesse

Af Niels Fenger, 2018, Forvaltningsret, fremgår det, at:

¹² [Ombudsmanden - myndighedsguiden - generelt om partsbegrebet](#)

¹³ Niels Fenger, 2018, Forvaltningsret, side 97

"Som nævnt er det en betingelse for partsstatus, at vedkommende har en væsentlig interesse i sagens udfald. At interessen skal være væsentlig, indebærer, at afgørelsen skal angå den pågældendes forhold med en vis intensitet og styrke. Denne væsentlighedsvurdering må bedømmes i forhold til sagens genstand og ikke ud fra en absolut vurdering. (...)

Jo mere direkte og automatisk en afgørelse rettet til et subjekt har virkning for andre subjekter, desto mindre skal der til for at anse disse andre subjekter for parter i forvaltningslovens forstand. Spørgsmål om partsstatus vil derfor ofte kunne opstå i situationer, hvor tredjemands interesse i sagens udfald på den ene side kan siges at være reel og signifikant, men på den anden side er af afledt karakter, og afgørelsen måske endog kun vil få reel betydning for tredjemand, såfremt andre forhold tillige opfyldes. Ved bedømmelsen af, om en sådan indirekte interesse er tilstrækkelig til at kunne medføre partsstatus, må der foretages en konkret vurdering, der inddrager bl.a. mængden og arten af de led, der er mellem sagens udfald og den aktuelle betydning for den pågældende."

Retlig interesse

Af Ombudsmandens praksis fremgår det, at:

"Interessen skal desuden være retlig. Hermed sigtes (bl.a.) til, at en moralsk eller følelsesmæssig interesse i en sag udfald ikke i sig selv er tilstrækkelig til at udløse partsstatus.

Er interessen meget stærk og anerkendelsesværdig, vil dette dog efter omstændighederne blive anse for tilstrækkeligt til at udløse partsstatus, uanset at det kan være tvivlsomt, om interessen kan karakteriseres som retlig.

Det har også betydning, om de interesser, som borgeren søger at varetage, er værnede efter den relevante lovgivning. Det indebærer, at fastlæggelsen af sagens tema og dermed kredsen af de interesser, der knytter sig til dens udfald, efter omstændighederne kan have betydning for, hvem der må anses for part i sagen".¹⁴

Individuel interesse

Det fremgår af Niels Fenger, 2018, Forvaltningsret, at:

"Det antages traditionelt, at partsstatus i en bestemt forvaltningssag kun kan tilkomme en begrænset kreds. Således kan et stort antal af berørte personer bevirke en sådan udtynding af de enkelte berørtes interesse, at de pågældende ikke opfylder betingelsen om at være individuelt berørt". (...)¹⁵

Partshøring

Det fremgår af forvaltningslovens § 19, stk. 1¹⁶, at:

¹⁴ [Ombudsmanden - myndighedsguiden - retlig interesse](#)

¹⁵ Niels Fenger, 2018, Forvaltningsret, side 108

¹⁶ LBKG 2014-04-22 nr. 433

”Kan en part ikke antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger om en sags faktiske grundlag eller eksterne faglige vurderinger, må der ikke træffes afgørelse, før myndigheden har gjort parten bekendt med oplysningerne eller vurderingerne og givet denne lejlighed til at fremkomme med en udtalelse. Det gælder dog kun, hvis oplysningerne eller vurderingerne er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Myndigheden kan fastsætte en frisk for afgivelsen af den nævnte udtalelse”.

Ugyldighed og annullation

Af Forvaltningsret, Almindelige emner, Karsten Revsbech mfl., fremgår det at,

”En forvaltningsafgørelse må ikke stride mod lovgivningen mv. (herunder også almindelige retsgrundsætninger og anordninger) og skal have hjemmel i lov eller tilsvarende retligt grundlag. En hjemmelsmangel mv. er normalt i sig selv væsentlig. Det hænger sammen med, at hele spørgsmålet om væsentlighed i sidste ende drejer sig om, hvorvidt en retlig fejl har betydning for afgørelsens indhold (det, afgørelsen går ud på). Hvis forvaltningen har begået den fejl, at den uden hjemmel har givet tilladelse, hvor loven kræver et afslag, er denne fejl pr. definition væsentlig, fordi den indebærer et retsstridigt indhold af afgørelsen. (...)”¹⁷

Udgangspunktet er, at manglende lovhjemmel medfører, at såvel begunstigende som bebyrdende forvaltningsafgørelser er ugyldige.”

Derudover fremgår det af Forvaltningsret, Almindelige emner, at:

*”Det er vigtigt at skelne mellem myndighedens omgørelse af på den ene side gyldige og på den anden side ugyldige afgørelser. Hvis der er tale om, at en afgørelse er ugyldig efter forvaltningsrettens almindelige regler herom, har den udstedende myndighed normalt ikke blot mulighed for, men også pligt til at omgøre denne. Dette betegnes ikke til tilbagekaldelse, men annullation (ophævelse) eller rettelse”.*¹⁸

Retsgrundlag for vedtægtsændringer

Det følger af erhvervsfondslovens¹⁹ § 89, stk. 1, at efter indstilling fra en fonds bestyrelse kan fondsmyndigheden tillade, at en bestemmelse i en vedtægt ændres.

Det fremgår ikke af erhvervsfondsloven, hvilke materielle betingelser, der skal være opfyldt, før Erhvervsstyrelsen kan meddele tilladelse til en vedtægtsændring. Lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 89 indeholder imidlertid

¹⁷ Forvaltningsret, Almindelige emner, Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen & Søren Højgaard Mørup 6. udgave, side 450-452

¹⁸ Forvaltningsret, Almindelige emner, Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen & Søren Højgaard Mørup 6. udgave, side 517

¹⁹ LBK nr. 984 af 20/09/2019

en beskrivelse af de nærmere betingelser for vedtægtsændringer og henviser samtidig til betænkning om fonde²⁰, som forsat udgør en del af retsgrundlaget.

I betænkning om fonde fremgår der følgende på s 71:

”Udgangspunktet for justitsministeriets permutationspraksis har været, at ændringen skal være påkrævet, fordi den eller de pågældende fundatsbestemmelser, navnlig på grund af ændrede forhold, ikke længere lader sig efterleve eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssige, at opretterens vilje respekteres, i den forstand at ændringen ikke går videre end påkrævet, at der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder eller enkeltpersoners berettigede forventninger om ydelser fra fonden, og at bestyrelsens samtykke normalt skal foreligge.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

På s. 72 i betænkningen fremgår der samtidig følgende:

”Udvalget forudsætter, at der ved anvendelsen af bestemmelsen i overensstemmelse med arvelovens § 69 og hidtidig praksis vil blive stillet strengere krav ved ændringer af fondens formålsbestemmelse end ved ændringer, der vedrører fundatsens forvaltningsbestemmelser, herunder bestemmelser, der fastlægger et bestemt maksimum for legatportioners størrelse, eller fastsætter indtægts- eller formuegrænser som vilkår for at modtage ydelser fra fonden. Man finder dog ikke behov for, at dette direkte fastslås i lovteksten. Der skønnes heller ikke behov for i loven at optage den almindelige grundsætning om, at der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

I den tidligere erhvervsfondslov var vedtægtsændringer reguleret af § 48. I lovbemærkningerne til denne bestemmelse er der både henvist til betænkning om fonde og til lovbemærkningerne til § 30 i lov om fonde og visse foreninger²¹, som regulerer vedtægtsændringer for ikke-erhvervsdrivende fonde. I lovbemærkningerne til § 30 i lov om fonde og visse foreninger fremgår følgende:

”En sådan ændring kan være begrundet i, at bestemmelsen ikke eller kun vanskeligt kan opfyldes. Ønsker bestyrelsen i det hele taget at foretage ændringer i vedtægten, der er rimeligt begrundede i f.eks., ændrede i forhold, vil det oftest være hensigtsmæssigt, at vedtægten tilpasses de nye forhold.

Når bestyrelsen indstiller, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, er det fondsmyndighedens og justitsministerens opgave at sørge for, at der ved ændringen tages de fornødne hensyn til stifterens intentioner, og at der ikke sker indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden. I overensstemmelse med hidtidig praksis vil der blive stillet strengere krav ved ændringer af f.eks. fondens formålsbestemmelser end ved ændringer, der vedrører fondens forvaltning, herunder bestemmelser, der fastsætter et bestemt maksimum for legatportioners størrelse, eller fastsætter indtægts- eller formuegrænser som vilkår for at

²⁰ Betænkning nr. 970 fra 1982 om fonde afgivet af det af justitsministeriet den 14. juli 1978 nedsatte udvalg

²¹ Lov nr. 300 af 06/06/1984

modtage ydelser fra fonden. I forhold til betænkningens lovudkast er de nærmere betingelser for, hvornår ændring kan tillades, af redaktionelle grunde udeladt.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

Det gælder således en almindelig fondsretlig grundsætning om, at der ved en vedtægtsændring som udgangspunkt ikke kan ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder.

Efter Erhvervsstyrelsens administrative praksis kan der dog undtagelsesvist ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder, hvis rettighedshaveren har givet samtykke hertil. Dette kan eksempelvis være en udpegningsberettiget, som accepterer en ændring af dennes udpegningsret. Af lovkommentaren til erhvervsfondsloven²² fremgår således følgende:

”Vedtægtens bestemmelser om udpegning af medlemmer til fondens bestyrelse, herunder de udpegningsberettigede enheder (foreninger, organisationer m.v.) kan efterfølgende ændres. Dette forudsætter dog i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administrative praksis, at der som bilag til anmeldelsen vedlægges skriftligt samtykke fra den pågældende udpegningsberettigede om, at denne frasiger sig retten til at udpege bestyrelsesmedlemmer i fonden, eller at den pågældende udpegningsberettigede er enig i, at den pågældendes ret til at udpege medlemmer til fondens bestyrelse beskæres.” [Erhvervsstyrelsens understregning]

Højesteretsdommen U.1996.117H kan ses som et eksempel på den overfor nævnte grundsætning og Erhvervsstyrelsens praksis om, at der skal foreligge samtykke, hvis en udpegningsberettiget organisation mister sin udpegningsret. I dommen fastslog Højesteret følgende:

”Forslaget til ændring af fondens vedtægter, der indebar, at fondens tilknytning til [branche 1] organisationer gennem repræsentantskabet ophørte, blev vedtaget af bestyrelsen den 17. januar 1991, og [interesseorganisation 1] blev vedtaget den 19. april 1991. Der var således intet til hinder for, at forslaget som foreskrevet i vedtægterne var blevet forelagt for repræsentantskabet. Højesteret finder, at undladelsen heraf medfører, at vedtægtsændringen, der angik spørgsmål af væsentlig betydning for fonden, ikke er gyldigt gennemført.

Dette må gælde, uanset om de beføjelser, som efter vedtægterne tilkom repræsentantskabet, navnlig beføjelsen til at godkende vedtægtsændringer, ikke måtte være forenelige med loven om erhvervsdrivende fonde.

Heller ikke fondsmyndighedernes godkendelse af bestyrelsens forslag kan under de foreliggende omstændigheder tillægges betydning.”

²² Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, Jytte Heje Mikkelsen & Lars Bunch 1. udgave, 2009, side 283-284.

Sammenfattende kan det anføres, at både forvaltningsrettens partsbegreb og den fondsretlige grundsætning, om at der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder ved vedtægtsændringer, medfører, at der ved vedtægtsændringer, hvor en udpegningsberettiget får indskrænket sin udpegningsret, skal foreligge et samtykke fra den udpegningsberettigede før vedtægtsændringen kan anses for gyldig såvel forvaltningsretligt som fondsretligt.

Krav til indholdet af vedtægten

I erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7, fremgår det, at vedtægten for en erhvervsdrivende fond skal indeholde angivelse af antallet af medlemmer af bestyrelsen, og hvorledes de udpeges. Lovbemærkningerne til bestemmelsen angiver følgende:

”Antallet af bestyrelsesmedlemmer kan angives som et bestemt tal eller som et interval, hvor det højeste og mindste antal bestyrelsesmedlemmer er angivet. Bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond skal bestå af mindst tre bestyrelsesmedlemmer, jf. den foreslåede § 37, stk. 1. Hertil kommer eventuelle medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, der udpeges i medfør af den foreslåede § 64, stk. 1.

Udpegningen af bestyrelsesmedlemmer til en erhvervsdrivende fond kan som hidtil fortsat ske ved selvsupplering, eller ved at en tredjepart uden for bestyrelsen, eksempelvis en eller flere organisationer, udpeger bestyrelsesmedlemmerne. Det er også muligt med en kombination af de to modeller.”

I både fondsbetænkningen og lovbemærkningerne til § 7 i den tidligere erhvervsfondslov, som den gældende § 27 viderefører, fremgår følgende:

”Det er ønskeligt, at alle centrale spørgsmål udtrykkeligt reguleres i vedtægten. Dette skyldes hensynet til stifteren og det formål, der skal tilgodeses gennem fondens virksomhed. En omhyggeligt udformet vedtægt virker tillige som et arbejdsgrundlag for ledelsen og letter samfundets mulighed for tilsyn med fonden.”

Ovenstående medfører, at det er vedtægtens bestemmelser som udtømmende regulerer, hvorledes bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond udpeges uanset om det sker ved selvsupplering, ved udpegnung fra en tredjepart eller en kombination af disse to modeller. Det følger heraf, at en fondsbestyrelse ikke kan udpege bestyrelsesmedlem efter en anden procedure, end den der er angivet i vedtægten.

Erhvervsstyrelsens udtalelse

Klager har i sit klageskrift nedlagt følgende påstande om ugyldighed af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023:

1. Erhvervsstyrelsens fortolkning af vedtægtens § 4, stk. 5, sammenholdt med § 4, stk. 6, i styrelsens afgørelse af 27. juni 2023 må anses som ugyldig, idet fortolkningen er uden hjemmel i vedtægten.

2. Det er bestyrelsens opfattelse, at Erhvervsstyrelsens annullation af vedtægtens § 4, stk. 7, er ugyldig, idet bestemmelsen blot afspejler baggrundsretten. Bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med vedtægternes § 4, stk. 6, hvorfor er nyt medlem, der udpeges for den resterende periode, skal godkendes på generalforsamlingen.

Efter at have gennemgået klagen af 3. juli 2023 er det fortsat Erhvervsstyrelsens opfattelse, at afgørelsen af 27. juni 2023 skal fastholdes.

Erhvervsstyrelsens udtalelse i denne sag skal ses i sammenhæng med den resterende del af styrelsens afgørelse af 10. november 2021, der er påklaget af foreningen i Erhvervsankenævnet ved sags.nr. [sagsnummer 1].

Som det fremgår af gennemgangen af sagens faktiske omstændigheder, fik fonden den 10. november 2021 tilladelse fra Erhvervsstyrelsen til en række ændringer i fondens vedtægt, herunder vedtægtens § 4, stk. 5, og § 4, stk. 7.

§ 4, stk. 1-6, i fondens vedtægt af 13. oktober 2021 har følgende ordlyd ²³:

1. *Fonden ledes af en bestyrelse på 3 til 7 medlemmer.*
2. *Bestyrelsen konstituerer sig selv med formand og næstformand.*
3. *Bestyrelsen er beslutningsdygtig, når mindst fire medlemmer er til stede.*
4. *Ved afstemninger vægtes formandens stemme dobbelt, såfremt der er stemmelighed.*
5. *Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. 3 medlemmer af den siddende bestyrelse er på valg om 2 år (d.v.s. i 2011) og 4 medlemmer om 4 år (d.v.s. i 2013)*
6. *Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på forening AAs generalforsamling efter indstilling fra forening AAs Fonds bestyrelse*

Efter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 har vedtægtens § 4, stk. 1-6, i fondens vedtægt af 25. maj 2022 følgende ordlyd²⁴:

1. *Fonden ledes af en bestyrelse på 3 til 7 medlemmer.*
2. *Bestyrelsen konstituerer sig selv med formand og næstformand.*
3. *Bestyrelsen er beslutningsdygtig, når mere end halvdelen af medlemmerne er til stede.*
4. *Ved afstemninger vægter formandens stemme dobbelt, såfremt der er stemmelighed.*

²³ Bilag 17

²⁴ Bilag 18

5. *Bestyrelsen vælges for en periode på fire år. Det skal af hensyn til bestyrelsens kontinuitet tilstræbes, at ikke alle medlemmer udtræder samtidig. Genvalg kan finde sted.*
6. *Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på forening AAs generalforsamling efter indstilling fra fond BB's bestyrelse.*
7. *Når et medlem udtræder af bestyrelsen, eller der sker forfald før udløbet af valgperioden, kan bestyrelsen beslutte at udpege et nyt medlem for den resterende periode.*
8. *Bestyrelsen træffer ved en forretningsorden nærmere bestemmelse om udførelsen af bestyrelsens opgaver.[Erhvervsstyrelsens understregning]*

Foreningens partsstatus

Erhvervsstyrelsen foretog ved styrelsens afgørelse af 27. juni 2023 en vurdering af foreningens partsstatus, herunder at foreningen har partsstatus vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 130, stk. 1, at Erhvervsstyrelsens afgørelser først og fremmest kan påklages af adressaten for den pågældende afgørelse, herunder fonden.

Tildeling af partsstatus til andre end fonden kan dog forekomme, hvor virksomheder, organisationer eller lignende er tillagt en særlig rettighed i fondens vedtægt.

For at blive part i en sag kræves det, at den pågældende har en væsentlig, individuel og retlig interesse i sagen, som kan medføre partsstatus.

Kriteriet om væsentlighed indebærer konkret, at afgørelsens udfald skal angå den pågældendes forhold og situation med en vis styrke og intensitet.

Vurderingen af, om en interesse er væsentlig, afhænger bl.a. af, om sagens afgørelse får direkte virkning for den pågældende, eller om virkningen blot er afledt.

Foreningen har ifølge fondens vedtægt ret til at udpege hele fondens bestyrelse efter indstilling fra fondens bestyrelse.

Foreningens rettighed er efter vedtægtens § 4, stk. 6, begrænset til at udpege nye medlemmer til fondsbestyrelsen efter indstilling fra fondens bestyrelse på foreningens generalforsamling. Om Erhvervsstyrelsens forståelse af "nye medlemmer" henvises til afsnittet *vedtægtens § 4, stk. 5 og 6* nedenfor.

Således har foreningen ikke kompetence til at indstille medlemmer til fondsbestyrelsen. Bestemmelsen giver dog foreningen den endelige beslutningsret, hvilket medfører, at foreningen har kompetencen til at beslutte, om den vil udpege de af fonden indstillede medlemmer eller ej.

På baggrund af ovenstående er det, som det fremgår i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 styrelsens vurdering, at foreningen har en væsentlig, individuel og retlig interesse i spørgsmålet om ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, da foreningen efter vedtægten har kompetencen til at udpege alle medlemmer til fondens bestyrelse.

Erhvervsstyrelsen anser derfor foreningen som part i sagen vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Vedrørende vedtægtens § 4, stk. 7

Det følger af erhvervsfondslovens § 89, stk. 1, at en bestemmelse i fonds vedtægt kan ændres med tilladelse fra Erhvervsstyrelsen.

Som anført i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 er det en almindelig grundsætning, at der ikke må ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder (uden at der foreligger samtykke fra eksempelvis en udpegningsberettiget) ved en ændring af en fondsvedtægt.²⁵

For så vidt angår en vedtægtsbestemmelse om udpegning af medlemmer til fondens bestyrelse, herunder de udpegningsberettigede enheder (foreninger, organisationer m.v.) følger det af styrelsens administrative praksis, at der som bilag til anmeldelsen af vedtægtsændringen vedlægges et skriftligt samtykke fra den pågældende udpegningsberettigede om, at denne frasiger sig retten til at udpege bestyrelsesmedlemmer i fonden, eller at den pågældende udpegningsberettigede er enig i, at den pågældendes ret til at udpege medlemmer til fondens bestyrelse beskæres.

Som det fremgår ovenfor, fik fonden ved Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 tilladelse til at indsætte følgende bestemmelse i fondens vedtægt:

”§ 4, stk. 7, Når et medlem udtræder af bestyrelsen, eller der sker forfald før udløbet af valgperioden, kan bestyrelsen beslutte at udpege et nyt medlem for den resterende periode”.

Vedtægtens § 4, stk. 6, har i henholdsvis vedtægten af 13. oktober 2021 og 25. maj 2022 følgende ordlyd:

”Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på Forening AA’s generalforsamling efter indstilling fra Forening AA’s Fonds bestyrelse”.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at det af fondens vedtægt af henholdsvis 13. oktober 2021 og fondens vedtægt af 25. maj 2022 fremgår, at bestyrelsen vælges for en periode på fire år. Således er der i fondens vedtægt fastsat en funktionsperiode.

²⁵ Betænkning nr. 970 fra 1982 om fonde afgivet af det af justitsministeriet den 14. juli 1978 nedsatte udvalg, side 71-72.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at vedtægtens § 4, stk. 6, herunder foreningens udpegning af ”nye medlemmer” skal forstås i sammenhæng med den i vedtægten fastsatte funktionsperiode og vedtægtens mulighed for genvalg af bestyrelsesmedlemmer.

Som det fremgår ovenfor, fik bestyrelsen ved Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 tilladelse til at ændre vedtægtens § 4, stk. 5, hvorefter det blev tilføjet til bestemmelsen, at genvalg kan finde sted.

Som nævnt i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 er det styrelsens vurdering, at genvalg af bestyrelsesmedlemmer til fondens bestyrelse efter endt funktionsperiode på fire år - også før tilføjelsen i vedtægtens § 4, stk. 5, kunne finde sted. Derfor har ændringen af vedtægtens § 4, stk. 5, efter styrelsens vurdering alene medført, at muligheden for at kunne blive genvalgt som bestyrelsesmedlem nu eksplicit fremgår af fondens vedtægt.

Da fondens vedtægt af 13. oktober 2021 er tavs om genudpegning af eksisterende medlemmer til fondens bestyrelse, er det efter Erhvervsstyrelsens vurdering nødvendigt at løse dette ved udfyldning af vedtægten.

Om aftaleudfyldning fremgår det af Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret²⁶, at: *”Er der ikke støtte at hente i parternes fællesvilje, må det overvejes, om der er typeforudsætninger, som personer i den pågældende situation i almindelighed må forventes at anlægge. En sådan tankegang leder naturligt hen til en vurdering af, hvilke sædvaner der er gældende på et område (...)”*.

Det er Erhvervsstyrelsen vurdering, at det er en almindelig retssædvane og i overensstemmelse med styrelsens administrative praksis, at der i en erhvervsdrivende fond skal ske udpegning af alle bestyrelsesmedlemmer, når medlemmernes funktionsperiode ophører efter den eller de udpegningsmetoder, som er fastsat i vedtægten. Dette kan enten ske ved, at et siddende bestyrelsesmedlem genudpeges, eller at der udpeges et nyt medlem som erstatning for det siddende medlem. Hvis et siddende bestyrelsesmedlem ikke behøver at blive genvalgt efter endt funktionsperiode, vil en vedtægtsbestemt funktionsperiode være illusorisk.

Således er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at retten til udpegning af nye bestyrelsesmedlemmer såvel som genudpegning af eksisterende bestyrelsesmedlemmer til fondens bestyrelse alene tilfalder foreningen på dennes generalforsamling efter indstilling fra fondens bestyrelse i henhold til vedtægtens bestemmelse herom.

En fastholdelse af § 4, stk. 7 i fondens vedtægt som en gyldig bestemmelse vil således efter Erhvervsstyrelsens vurdering medføre en indskrænkning af foreningens ret til at udpege medlemmer til fondens bestyrelse, idet fonden af egen drift vil kunne udpege bestyrelsesmedlemmer i fonden frem til endt funktionsperiode på fire år i strid med vedtægtens § 4, stk. 6.

²⁶ Grundlæggende aftaleret, Mads Bryde Andersen, 2, udgave, 2005, side 355-356

Retsvirkning af manglende partshøring og annulation

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at styrelsen forud for afgørelsen af 10. november 2021 ikke foretog partshøring af foreningen i overensstemmelse med forvaltningslovens § 19.

Samtidig er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at afgørelsen af 10. november 2021 vedrørende ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, ville have fået et andet udfald, hvis styrelsen havde partshørt foreningen forud for styrelsens afgørelse af 10. november 2021, idet foreningen ikke har givet samtykke til ændringen, jf. også U1996.117 H.

Baggrunden herfor er som tidligere nævnt, at der ikke må ske indskrænkninger i aktuelle rettigheder (uden at der foreligger samtykke) ved en ændring af en fondsvedtægt.

Foreningen har som nævnt i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 ved deres indsigelse af 18. november 2022 oplyst, at foreningen ikke kan samtykke til ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Derfor medfører Erhvervsstyrelsens manglende partshøring af foreningen, at ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, er ugyldig, da styrelsen har foretaget en ikke uvæsentlig sagsbehandlingsfejl, jf. FOB 2006.436.

Som følge heraf fastholder Erhvervsstyrelsen afgørelsen af 27. juni 2023, hvor styrelsen annullerede den del af styrelsens afgørelse, som vedrørte ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7.

Erhvervsstyrelsen foretog herefter i samme afgørelse af 27. juni 2023 en fornyet gennemgang af sagen, herunder at foreningens manglende samtykke til ændringen af vedtægtens § 4, stk. 7, medfører, at styrelsen ikke kan tillade den af fonden anmodede ændring af vedtægtens § 4, stk. 7.

Derfor fastholder Erhvervsstyrelsen afgørelsen af 27. juni 2023 om, at fonden skal fremsende en ny dateret vedtægt, hvor tilføjelsen i form af § 4, stk. 7, ikke er indeholdt i vedtægten, jf. erhvervsfondslovens § 24, stk. 2.

Erhvervsstyrelsens afsluttende bemærkninger til klagers klageskrift

Klager har i sit klageskrift anført, at bestyrelsen aldrig har fortolket og administreret bestemmelsen, således at denne fandt anvendelse ved genvalg af bestyrelsesmedlemmer.

Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at det forhold, at fondens bestyrelse tidligere ikke har genudpeget bestyrelsesmedlemmer i overensstemmelse med vedtægten, kan ikke føre til, at bestyrelsen af egen drift kan genvælge medlemmer til fondens bestyrelse efter endt funktionsperiode på fire år. Udpegningsretten tilfalder efter vedtægten alene foreningen på dennes generalforsamling.

Derudover har klager anført, at Erhvervsstyrelsen ikke har hjemmel til at pålægge fondens bestyrelse en anden end bestyrelsens fortolkning af § 4, stk. 6.

Ligeledes har klager anført, at styrelsens fortolkning af vedtægternes § 4, stk. 5, sammenholdt med stk. 6, i styrelsens afgørelse af 27. juni 2023 må anses som ugyldig, idet fortolkningen er uden hjemmel i vedtægten.

Af betænkning nr. 970 om fonde fra 1982 fremgår det, at *"fortolkning foretages af bestyrelsen"*²⁷. Af lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 61 fremgår det, at: *"Udgangspunktet er, at det er bestyrelsen, der har kompetencen til at fortolke og afstikke rammerne for vedtægten"*.

Erhvervsstyrelsen kan tilslutte sig det udgangspunkt, at det i første omgang er bestyrelsen, der må fortolke vedtægtsbestemmelser.

Imidlertid har Erhvervsstyrelsen til opgave at føre tilsyn og kontrol med, at de erhvervsdrivende fonde administreres forsvarligt i overensstemmelse med fondens vedtægt og erhvervsfondsloven, og at ledelsen varetager fondens interesse, jf. erhvervsfondslovens § 24, stk. 1. Styrelsens legalitetstilsyn indebærer dermed en ret og en pligt til at tilsidesætte bestyrelsens udfyldning eller fortolkning af vedtægts § 4, stk. 6, i det tilfælde, hvor bestyrelsens udfyldning eller fortolkning går ud over vedtægts rammer, hvilket netop er tilfældet i nærværende sag. ..."

Den 8. august 2023 imødekom Erhvervsankenævnets formand en anmodning fra forening AA om at indtræde i sagen til støtte for Erhvervsstyrelsen.

Foreningen har indlæg af 3. november 2023 om sag [sagsnummer 2] anført følgende:

"2.2 Klagesag [sagsnummer 2]

Denne drejer sig om Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 om delvis annullering af forhåndstilladelse til vedtægtsændring af 10. november 2021. Annulleringen vedrørte indsættelsen af indsættelsen af følgende bestemmelse som ny § 4, stk. 7:

"Når et medlem udtræder af bestyrelsen, eller der sker forfald før udløbet af valgperioden, kan bestyrelsen beslutte at udpege et nyt medlem for den resterende periode."

Derudover drejer klagesagen sig om Erhvervsstyrelsens fortolkning af vedtægts § 4, stk. 6, om udstrækningen af den vedtægtsbestemte udpegningsret for forening AA's generalforsamling. Bestemmelsen lyder således:

"Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på Forening AA's generalforsamling efter indstilling fra fond BB's bestyrelse."

²⁷ Betænkning nr. 970 fra 1982 om fonde afgivet af det af justitsministeriet den 14. juli 1978 nedsatte udvalg, side 70

Erhvervsstyrelsen har i afgørelsen af 27. juni 2023 fortolket bestemmelsen således, at generalforsamlingens udpegningsret også omfatter den situation, hvor bestyrelsen ønsker genvalg af et bestyrelsesmedlem, hvis funktionsperiode efter § 4, stk. 5, er udløbet. Fonden er uenig i dette med henvisning til, at ved genvalg er der ikke tale om et nyt medlem. Denne del af fondens klage vedrører derfor Erhvervsstyrelsens begrundelse for den del af afgørelsen, hvor fonden fik medhold.

Jeg overlader til Erhvervsankenævnet at vurdere, om fonden har retlig interesse i at påklage Erhvervsstyrelsens begrundelse.

...

6. Annullering af vedtægtens § 4, stk. 7

I høringssvaret af 25. oktober 2023 har fonden anført, at efter den annullerede bestemmelse i vedtægtens § 4, stk. 7, skulle udpegning af et bestyrelsesmedlem for en resterende funktionsperiode ske af generalforsamlingen for forening AA.

Dette er i strid med ordlyden af den annullerede bestemmelse, der foreskriver, at bestyrelsen kan beslutte at udpege et medlem for den resterende periode. Derudover skal det bemærkes, at fonden søgte om tilladelse til indsættelse af § 4, stk. 7, samtidig med, at fonden søgte om tilladelse til at ændre § 4, stk. 6, hvorefter bestyrelsen skulle have retten til at udpege bestyrelsesmedlemmer, jf. bilag 1 i sag [sagsnummer 1]. Ændringen af § 4, stk. 6, blev ikke tilladt, da generalforsamlingen ikke meddelte samtykke.

Da undertegnede på vegne af foreningen påklagede tilladelsen til indsættelse af § 4, stk. 7, og anmodede Erhvervsstyrelsen om at annullere ændringen, argumenterede fonden for, at § 4, stk. 7, skulle tillades indsat og opretholdes, fordi fonden var bekymret for, at der ved førtidig vakance ville gå for lang tid, hvis forening AAs generalforsamling skulle udpege det nye bestyrelsesmedlem efter indstilling.

Det savner derfor mening, at fonden nu argumenterer for, at formuleringen af den annullerede bestemmelse i § 4, stk. 7, indebærer, at det er forening AAs generalforsamling, der skal udpege bestyrelsesmedlemmer ved vakance før tid, og det er i strid med fondens hidtidige synspunkter og bestemmelsens ordlyd, når det i brevet af 25. oktober 2023 anføres, at udpegningsretten efter den annullerede bestemmelse i § 4, stk. 7, skulle tilkomme generalforsamlingen.

Forening AAs modvilje mod bestemmelsen i § 4, stk. 7, skal ses i lyset af fondens opfattelse af, at det er fondsbestyrelsen der træffer bestemmelse om genvalg. Hvis § 4, stk. 7, opretholdes sammen med bestemmelsen i § 4, stk. 5, om genvalg og fondens opfattelse om, at det er fondsbestyrelsen der træffer beslutning om genvalg, vil det skabe en situation, hvor generalforsamlingens udpegningsret omgås ved, at et bestyrelsesmedlem udtræder ganske kort tid før udpegningsperiodens udløb, hvorefter det vil være fondsbestyrelsen, der

udpeger en afløser, og det vil være fondsbestyrelsen, der efterfølgende kan genvælge vedkommende.

Derved bliver generalforsamlingens udpegningsret elimineret, og § 4, stk. 7, kan derfor ikke tillades indsat uden samtykke fra forening AAs generalforsamling, og det samtykke foreligger ikke.
..."

Heroverfor har fonden i et supplerende indlæg af 8. december 2023 anført:

"På vegne af fond BB skal vi hermed fremkomme med fondens bemærkninger til forening AAs høringssvar af 3. november 2023 (dateret 30. oktober 2023):

1. Fondens bestyrelse har udpegningsretten ved et genvalg, da forening AAs kompetence kun gælder ved valg af "nye" bestyrelsesmedlemmer

Udpegningsretten for fondsbestyrelsen følger af vedtægtens § 4, stk. 6, idet denne bestemmelse afgrænser foreningens kompetence til "nye" medlemmer af fondens bestyrelse. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Nye medlemmer til bestyrelsen udpeges på forening AA's generalforsamling efter indstilling fra fond BB's bestyrelse."

At bestyrelsen har udpegningsretten i forbindelse med genvalg af "siddende" bestyrelsesmedlemmer, kan udledes af ordlyden af vedtægtens § 4, stk. 6, der afgrænser foreningens kompetence til "nye" medlemmer. Konsekvensen af ordlyden af vedtægtens § 4, stk. 6, er, at foreningens generalforsamling alene har kompetencen "på toppen af" fondsbestyrelsens udpegnings-/indstillingsret, når der sker udpegning af "nye" medlemmer.

Det er således i fond BB's vedtægt klart, at Forening AA's generalforsamlings udpegningsret for det første reelt kun er en godkendelsesret "på toppen af" fondsbestyrelsens udpegnings-/indstillingsret, og at denne ret for det andet kun gælder "nye" medlemmer af fondens bestyrelse. Derfor er det også klart, at den eneste anden ordning, som kan gælde ved genvalg af eksisterende bestyrelsesmedlemmer, er selvsuppleringsordningen. Udpegningsretten, hvis et eksisterende bestyrelsesmedlem skal genvælges, tilkommer således fondens bestyrelse. Kodificeringen af muligheden for genvalg er dermed ikke en indskrænkning af foreningens udpegningsret.

2. Såfremt det måtte blive lagt til grund, at fondsvedtægten mangler specifik regulering af udpegningsproceduren ved genvalg, så kan den udfyldende regel ikke indebære, at stifteren tillægges udvidende rettigheder på en måde, som ville være i strid med fondsbegrebet

Der eksisterer grundlæggende to modeller for bestyrelsesudpegning – en ordning hvor tredjemand udpeger og en ordning med selvsupplering. Dette følger af forarbejderne til erhvervsfondslovens § 27, stk. 1, nr. 7 (lovforslag nr. 154 af 12. marts 2014):

"Udpegningen af bestyrelsesmedlemmer til en erhvervsdrivende fond kan som hidtil fortsat ske ved selvsupplering, eller ved at en tredjepart uden for bestyrelsen, eksempelvis en eller flere organisationer, udpeger bestyrelsesmedlemmerne. Det er også muligt med en kombination af de to modeller."

Såfremt det måtte blive lagt til grund, at der mangler specifik regulering i vedtægten, må det fondsretlige udgangspunkt således være, at det er bestyrelsen, som udpeger medlemmet, idet bestyrelsen er fondens øverste og uafhængige ledelsesorgan.

Det betyder således, at såfremt fondens vedtægt anses for mangelfuld i forhold til reguleringen af udpegningsproceduren ved genvalg, så vil det ikke medføre, at stifterens rettigheder udvides i strid med ordlyden af vedtægterne og i strid med de væsentlige fondsretlige regler om ledelsens selvstændighed. I en sådan situation er det eneste fondsretlige korrekte, at det er bestyrelsen, der udpeger, og dermed selvsuppleringsordningen der gælder. Dette gælder særligt, når der er en klar afgrænsning af tredjemands (i dette tilfælde endog stifters) rettigheder.

3. Muligheden for genvalg eksisterede allerede før vedtægtsændringen i 2021 og er dermed ikke en "realitetsændring" eller etablering af en ny ordning for udpegning af bestyrelsesmedlemmer og dermed heller ikke en indskrænkning af foreningens udpegningsret

Et genvalg i en fondsbestyrelse er udtryk for, at et eksisterende/siddende bestyrelsesmedlem i forlængelse af den pågældendes valgperiode/funktionsperiode igen vælges til fondens bestyrelse. Det bemærkes, at genvalg i øvrigt kan finde sted, uanset om det hjemles i vedtægten. Der kan for eksempel henvises til Erik Werlauff, som anfører: "*Er der en funktionsperiode, gælder det deklaratorisk, at genvalg kan ske. Dette behøver ikke udtrykkes i vedtægten. Skal det modsatte gælde, skal det stå i vedtægten*", jf. Erik Werlauff i FSR's årsskrift, Erhvervsret – skatteret, 1989, side 277.

En "*udpegningsret*" i en fondsbestyrelse er en ret til at udpege et eller flere medlemmer til fondens bestyrelse. En udpegningsret kan, afhængig af den ordning som følger af den pågældende fonds vedtægter, indebære, at en udpegningsberettiget tredjemand også er involveret i en genudpegning/et genvalg af et bestyrelsesmedlem. En sådan ordning følger imidlertid ikke af fond BB's vedtægter.

Der kan således ikke tillægges tredjemand andre rettigheder i relation til bestyrelsesudpegning, end de rettigheder der følger af vedtægten. Derudover skal en rettighed tillagt stifter fremgå "*udtrykkeligt*" af vedtægten. Når foreningen AA rettigheder efter fondens vedtægter således skal fortolkes, må der af hensyn

til foreningens rolle som fondens stifter dels gælde et krav om skærpet vedtægts-hjemmel og dels et krav om indskrænkende fortolkning i relation til stifters ret-tigheder. Dette er helt grundlæggende og væsentlige fondsretlige regler og prin-cipper, som ikke kan tilsidesættes af Erhvervsstyrelsen.

Fond BB's vedtægt indeholder en ordning for nyvalg, dvs. valg af "*nye medlemmer til bestyrelsen*". Denne udpegningsprocedure indebærer, at de nye medlemmer skal godkendes på forening AAs generalforsam-ling. Som følge af at foreningens godkendelsesret kun gælder for "*nye*" medlemmer af fondens bestyrelse, og som følge af at stifter, som beskrevet, ikke kan tillægges rettigheder, der ikke fremgår "*udtrykkeligt*" af vedtægten, er ord-ningen for genudpegnings/genvalg af "*siddende*" bestyrelsesmedlemmer således den, at fondens bestyrelse er tillagt udpegningsretten ved genvalg.

Foreningens udpegningsret vil som hidtil blive aktualiseret, når der skal udpeges nye bestyrelsesmedlemmer, enten fordi et medlem ikke bliver genvalgt eller fratræder, eller når bestyrelsen skal udvides. Helt konkret påtænker fonds-bestyrelsen at udvide bestyrelsen med nye bestyrelsesmedlemmer. Her vil han-delsforeningens generalforsamling naturligvis blive involveret, idet der netop er tale om valg af "*nyt*" bestyrelsesmedlem.

4. De bestyrelsesmedlemmer, som var med til at indføre vedtægtsbe-stemmelsen i 2009, kan alle tilslutte sig og bevidne, at vedtægten skal forstås, således som den er administreret, dvs. at foreningens godkendelsesret kun gælder ved nyvalg, mens genvalg af eksisterende bestyrelsesmedlemmer foretages af fondens bestyrelse

Fonden er ikke i tvivl om fortolkningen af vedtægtens regler om bestyrelsesud-pegning. De fondsbestyrelsesmedlemmer, som i 2009 var med til at udforme ordlyden af vedtægtsbestemmelserne om bestyrelsesudpegnings, er alle enige om, at der med indførslen af funktionsperioder og tilføjelsen af formuleringen "*nye medlemmer*" blev ment, at foreningen fremadrettet kun skulle godkende nye bestyrelsesmedlemmer, men derimod ikke godkende genvalg af eksiste-rende/siddende bestyrelsesmedlemmer.

Fondens bestyrelse mener således ikke, at vedtægtens § 4, stk. 6, er i strid med erhvervsfondenslovens uafhængighedskrav, når fondsbestyrelsens fortolkning af vedtægten lægges til grund, idet foreningen da alene skal godkende "*nye*" bestyrelsesmedlemmer. Fondsbestyrelsen har således udpegningsretten, når der skal ske genvalg af siddende medlemmer, fordi genvalget/genudpegnings af et siddende medlem, ikke er omfattet af foreningens kompetence. Lægges Erhvervsstyrelsens fortolkning til grund, vil vedtægtens § 4, stk. 6, derimod klart være i strid med kravet om bestyrelsens uafhængighed, fordi stifter derved har den fulde kontrol over bestyrelsessammensætningen, og hvert fjerde år vil skulle godkende bestyrelsesmedlemmer.

5. Der må siden 2009 mindst have været afholdt 14 generalforsamlinger i foreningen, hvor foreningen har haft lejlighed til at rejse spørgsmål om genvalg af fondens bestyrelse

Foreningens generalforsamling har ikke på noget tidspunkt, fonden bekendt, rejst spørgsmålet om, at foreningen skulle godkende genvalg. Forening AAs bestyrelse har heller ikke, før Erhvervsstyrelsen i 2023 fremlagde en ny fortolkning af vedtægten, rettet henvendelse til fonden om spørgsmålet om genvalg.

Fonden har derimod i perioden løbende haft dialog med foreningen, som har ønsket uddelinger fra fonden, og heller ikke i den forbindelse er spørgsmålet blevet rejst.

Fondens bestyrelsesmedlemmer kan derfor på ingen måde genkende, at forening AA skulle have rettet henvendelse til fonden med spørgsmål om, at foreningen skulle involveres i genvalg af eksisterende/siddende bestyrelsesmedlemmer. Foreningen har heller ikke på nogen måde dokumenteret, at der i 2014 skulle have været rettet henvendelse til fondsbestyrelsesmedlemmerne om genvalg. Såfremt foreningen i 2014 måtte have ment, at fondens bestyrelse uberettiget lukkede sig om sig selv og ikke sørgede for genvalg i overensstemmelse med foreningens overbevisning, så burde de pågældende bestyrelsesmedlemmer i foreningen, der var af en anden opfattelse, have rettet henvendelse til fonden eller eventuelt fondsmyndigheden. Dette ses ikke at være sket.

Fondens bestyrelsesmedlemmer kan heller ikke på nogen måde genkende, at forening AA på generalforsamlingen den 24. april 2018 skulle have gjort opmærksom på, at generalforsamlingen var af den opfattelse, at handelsforeningen også skal godkende genvalg af bestyrelsesmedlemmer. Forening AA har heller ikke i dette tilfælde dokumenteret påstanden om, at der på generalforsamlingen skulle have været gjort opmærksom på en ret ved genvalg. Fondens er i besiddelse af indkaldelsen til generalforsamlingen den 24. april 2018, og der er intet i indkaldelsen, der tyder på, at foreningens generalforsamling denne dag skulle behandle forholdet til fonden. Kopi af indkaldelsen vedlægges som **bilag VI**.

Foreningen har således på ingen måde dokumenteret foreningens påstande om, at foreningen over for fondens bestyrelse af to omgange skulle have gjort opmærksom på en opfattelse af, at foreningens generalforsamling også skal godkende genvalg af bestyrelsesmedlemmer. Fondsbestyrelsens medlemmer kan heller ikke genkende, at foreningen skulle have gjort opmærksom herpå.

Foreningens generalforsamling havde endvidere på generalforsamling den 26. april 2022 ligeledes anledning til at rejse spørgsmålet om generalforsamlingens påståede ret til godkendelse af genvalg, da generalforsamlingen netop denne dag skulle tage stilling til fondens anmodning om samtykke til en vedtægtsændring, hvorfor fondens nye bestyrelsesmedlemmer ikke skulle udpeges på foreningens generalforsamling. Fondens formand deltog på generalforsamlingen og redegjorde for baggrunden for bestyrelsens ønske om, at handelsforeningens godkendelsesret vedrørende "nye" medlemmer til fondens bestyrelse skulle bortfalde. Selv i den situation, hvor det havde været helt naturligt for generalforsamlingen eller foreningens bestyrelse at rejse spørgsmålet

om foreningens involvering i forbindelse med genvalg, nævnte ingen noget om dette. Dette afspejles ligeledes i referatet, hvor spørgsmålet om genvalg ikke er behandlet. Kopi af referatet vedlægges som **bilag VII**.

Forening AA opfordres på denne baggrund til at dokumentere foreningens påstande.

6. Det er ikke korrekt, når foreningen anfører, at erhvervsfondslovens § 40 om grænserne for stifters repræsentation i bestyrelsen er et udtryk for en kodificering af den fondsretlige grundsætning om en i forhold til stifter selvstændig ledelse

Erhvervsfondslovens § 40 vedrører, som det fremgår af overskriften til bestemmelsen, "*særligt om stifters repræsentation i bestyrelsen*". Bestemmelsen indebærer, at stifter og visse nærtstående til stifter ikke kan udgøre bestyrelsens flertal.

At en fond skal have en i forhold til stifter selvstændig ledelse følger derimod direkte af erhvervsfondslovens § 1, stk. 2, og således ikke af § 40. Om uafhængighed anføres følgende i forarbejderne til erhvervsfondslovens § 1, stk. 2 (lovforslag nr. 154 af 12. marts 2014):

I definitionen i stk. 2, foreslås det endvidere, at der i en erhvervsdrivende fond skal være en i forhold til stifter selvstændig ledelse. Kravet om selvstændighed i forhold til stifter medfører, at der i bestyrelsen skal være mindst ét eller flere af stifter uafhængige medlemmer.

[...]

En konsekvens af kravet om en selvstændig bestyrelse er desuden, at de beslutninger, som bestyrelsen i en fond træffer, skal kunne begrundes i fondens formål og interesser. Stifters ønsker med fonden må komme til udtryk i forbindelse med affattelsen af vedtægten eller dokumenter, der knytter sig hertil. Efter stiftelsen af fonden har stifter ikke særlige rettigheder i forhold til fonden ved for eksempel ændring af vedtægten, hvis det ikke klart fremgår af den oprindelige vedtægt - og i så fald kun enkelte specifikke og afgrænsede bestemmelser.

Kravet om en selvstændig ledelse medfører ikke, at der er et forbud mod, at der sidder stiftere - eller repræsentanter for stifter, hvis stifter er en juridisk person - i fondens bestyrelse. Stifters nærtstående kan endvidere være medlemmer af bestyrelsen. Kravet om, at et eller flere medlemmer af bestyrelsen skal være uafhængige i forhold til stifteren, gælder dog også i forhold til eventuelle nærtstående.

Der kan ikke dispenseres fra kravet om et eller flere af stifter uafhængige medlemmer af bestyrelsen.

Kravet om et eller flere uafhængige medlemmer af bestyrelsen i forhold til stifter og dennes nærtstående skal være opfyldt både ved fondens stiftelse og efterfølgende gennem hele fondens levetid.

Kravet om en selvstændig ledelse medfører endvidere, at et repræsentantskab e.l. ikke kan udpege flertallet af medlemmerne af en erhvervsdrivende fonds bestyrelse. Hvis et repræsentantskab i henhold til vedtægten udpeger halvdelen af bestyrelsens medlemmer, kan repræsentantskabet ikke samtidig udpege formanden for fondens bestyrelse, medmindre formanden ikke har nogen specielle beføjelser i forhold til de øvrige bestyrelsesmedlemmer. For nærmere om formandens eventuelle beføjelser ved stemmelighed, se den foreslåede § 53, stk. 3, og bemærkningerne hertil. (fondens understregning)

Erhvervsfondslovens § 40 regulerer således alene spørgsmålet om stifters repræsentation i bestyrelsen, mens erhvervsfondslovens § 1, stk. 2, regulerer kravet om en selvstændig ledelse, dvs. også retten til at udpege bestyrelsens medlemmer, hvilket ikke er reguleret i erhvervsfondslovens § 40.

Der er mulighed for at dispensere fra § 40. Det følger derimod direkte af ordlyden af forarbejderne til erhvervsfondsloven, at der ikke er mulighed for at dispensere fra kravet om bestyrelsens uafhængighed efter erhvervsfondslovens § 1, stk. 2.

Det er, som nævnt, bestyrelsens vurdering, at en suveræn udpegningsret til fondens stifter, hvor bestyrelsesmedlemmerne hvert fjerde år skal vælges af stifter, er i strid med kravet om en selvstændig ledelse. Dette støttes også af, at Erhvervsstyrelsen efter praksis ikke betragter bestyrelsesmedlemmer udpeget af stifter som uafhængige.

Erhvervsstyrelsens og foreningens fortolkning af vedtægternes § 4 er således i strid med væsentlige fondsretlige regler om krav til bestyrelsens uafhængighed, som Erhvervsstyrelsen ikke kan dispensere fra. Fortolkningen er således ulovlig, da den er i strid med erhvervsfondsloven og fondens vedtægter i øvrigt.

7. Det er ikke korrekt, når foreningen anfører, at "*det fulgte således af den hidtidige vedtægt, at når en funktionsperiode udløb, skulle det pågældende medlem udtræde af bestyrelsen, og der skulle udpeges et nyt medlem*"

Der er intet grundlag for at fortolke fondens vedtægt således, at forening AA's godkendelsesret er knyttet op på funktionsperioden, og at der ved "nye" medlemmer menes "nye" funktionsperioder, idet ordlyden af bestemmelsen naturligvis ville have afspejlet dette.

Der er heller ikke i ordlyden grundlag for at antage, at "*nye medlemmer til bestyrelsen*" skal forstås som en henvisning til, at der er en ledig post, der skal besættes.

"Nye" medlemmer kan således ikke forstås som andet end nye fysiske personer, der skal indtræde i fondens bestyrelse.

8. Fonden har naturligvis retlig interesse i en prøvelse af Erhvervsstyrelsens fortolkning af fondens vedtægter

Erhvervsstyrelsen lægger ved sin afgørelse i sagen betydelig vægt på en specifik fortolkning § 4 i fondens vedtægter om bestyrelsens udpegning. Bestemmelsen om bestyrelsens udpegning har naturligvis en væsentlig betydning for fonden, hvorfor fondsmyndighedens fortolkning af bestemmelsen naturligvis også har en væsentlig, konkret og individuel betydning for fonden.

Det reelle er således, at Erhvervsstyrelsens afgørelse af 27. juni 2023 også er en afgørelse vedrørende fortolkningen af vedtægtens bestemmelser om bestyrelsesudpegning, som fondsbestyrelsen ikke vil kunne se bort fra i fondsbestyrelsens videre arbejde med og fortolkning af fondens vedtægter.

Der kan således ikke herske tvivl om, at fonden har en retlig interesse i også at få prøvet Erhvervsstyrelsens fortolkning af en så central bestemmelse i fondens vedtægter.
..."

Ankenævnet udtaler:

Efter indstilling fra fondens bestyrelse meddelte Erhvervsstyrelsen ved den (af handelsforeningen) påklagede afgørelse af 10. november 2021 forhåndstilladelse til ændring af en række bestemmelser i fondens vedtægt. Erhvervsstyrelsen traf afgørelsen uden forudgående høring af foreningen.

Foreningen er i fondsvedtægtens § 4 tillagt rettigheder med hensyn til udpegning (valg) af medlemmer til fondens bestyrelse. Ankenævnet finder, at forening AA derfor har en væsentlig, individuel interesse i sagen, der angår ændringer i fondens vedtægt, herunder i § 4. Erhvervsstyrelsen burde derfor have oplyst sagen yderligere ved at gennemføre partshøring af foreningen, inden styrelsen traf afgørelse i sagen, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 1. Tilsidesættelsen af pligten til at partshøre foreningen er en væsentlig sagsbehandlingsfejl, som efter ankenævnets opfattelse indebærer, at Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021 som udgangspunkt er ugyldig i sin helhed. Ankenævnet finder, at i hvert fald den del af afgørelsen, der vedrører fondsvedtægtens § 4, rammes af ugyldighed.

Efter foreningen den 21. november 2022 klagede over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. november 2021, traf Erhvervsstyrelsen derpå den (af fonden) påklagede

afgørelse af 27. juni 2023. Ved denne afgørelse annullerede Erhvervsstyrelsen den del af styrelsens afgørelse af 10. november 2021, der angår ændring af fondsvedtægtens § 4, stk. 7, idet styrelsen fandt denne del af afgørelsen ugyldig. Erhvervsstyrelsen traf endvidere afgørelse om, at den af fondsbestyrelsen indstillede ændring af fondsvedtægtens § 4, stk. 7, ikke tillades.

Som anført ovenfor er i hvert fald den del af afgørelsen af 10. november 2021, der vedrører fondsvedtægtens § 4, ugyldig. Det har allerede derfor ikke været berettiget, at Erhvervsstyrelsen ved afgørelsen af 27. juni 2023 alene har annulleret den del af styrelsens afgørelse af 10. november 2021, der angår ændring af fondsvedtægtens § 4, stk. 7.

Hertil kommer, at Erhvervsstyrelsen i afgørelsen af 27. juni 2023 og i udtalelsen af 25. september 2023 udtrykkeligt har anført, at styrelsen i forbindelse med sagens behandling og afgørelse den 27. juni 2023 har anset foreningen for at være part i sagen *alene* for så vidt angår ændringen af fondsvedtægtens § 4, stk. 7, og ikke for så vidt angår ændringen af § 4, stk. 5. Ankenævnet finder, at Erhvervsstyrelsen burde have anset foreningen som part i sagen, og i hvert fald for så vidt angår de omhandlede ændringer af fondsvedtægtens § 4, jf. ovenfor. Det anførte indebærer, at det er forbundet med betydelig usikkerhed, om Erhvervsstyrelsen i tilstrækkeligt omfang har inddraget foreningens synspunkter i forbindelse med afgørelsen af 27. juni 2023.

Ankenævnet finder det allerede på denne baggrund rettest, at sagerne – som reelt er én sag – hjemvises til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen med hensyn til de omhandlede ændringer i fondsvedtægtens § 4.

Ankenævnet bemærker, at det også taler for hjemvisning af sagerne til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen, at styrelsen i begrundelsen for afgørelsen af 27. juni 2023 og i forbindelse med sagernes behandling i ankenævnet har anlagt forståelser (fortolkninger) af fondsvedtægtens § 4, som i realiteten indebærer afgørelse(r) fra Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed. Dette er f.eks. tilfældet med hensyn til synspunkterne om henholdsvis, *at* genvalg af bestyrelsesmedlemmer også tidligere har kunnet finde sted, og *at* foreningens udpegningsret efter fondsvedtægtens § 4, stk. 6, gælder alle

bestyrelsesmedlemmer, herunder i tilfælde af fondsbestyrelsens indstilling om genvalg af et bestyrelsesmedlem.

Ankenævnet hjemviser herefter sagerne til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen med henblik på, at styrelsen – under behørig inddragelse af både fonden og forening AA – træffer én samlet afgørelse vedrørende ændring af fondsvedtægtens § 4.