

Kendelse af den 31. januar 2025 - J.NR. 23/13171

Ankenævnet stadfæster Erhvervsstyrelsens afgørelse om ulovlig uddeling i erhvervsdrivende fond

Erhvervsfundslovens § 87, stk. 1, § 88, stk. 1 og § 63, stk. 1

Sys Roving, Katrine Illum Larsen og Michael Kistrup

Kendelse

KL [erhvervsdrivende fond]. Født KL X [erhvervsdrivende fond]

mod

Erhvervsstyrelsen

Ved skrivelse af 13. november 2023 har Advokat CC på vegne af den erhvervsdrivende fond KL [erhvervsdrivende fond]. Født KL X [erhvervsdrivende fond] (klager) påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 16. oktober 2023, hvorved styrelsen har truffet afgørelse om, at den fastsatte leje for lejemålet [adresse 1], fraviger så væsentligt fra markedslejen, at den udgør en indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD, herunder et påbud til klager om at opgøre det samlede krav, som fondens bestyrelse vurderer at have mod DD inklusiv de hertil knyttede lovpligtige renter, at søge de ulovlige uddelinger tilbagebetalt til fonden inklusiv lovpligtige renter straks, og at der indsendes dokumentation i form af en erklæring fra både bestyrelsen og en godkendt revisor om, at uddelingerne inklusiv de lovpligtige renter er blevet tilbagebetalt til fonden, jf. erhvervsfundslovens § 87, stk. 1.

Sagens omstændigheder:

Erhvervsstyrelsen har i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 19. december 2023 over sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

”...

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen i det hele fastholder sin afgørelse af 16. oktober 2023.

Faktiske omstændigheder

KL [erhvervsdrivende fond]. Født KL X [erhvervsdrivende fond] er en erhvervsdrivende fond stiftet den [dato 1]. Fonden har til formål at vedligeholde og drive den af fonden ejede ejendom. Fondens resterende midler skal udbetales til descendenter af afdødes slægt og til nationale, kristelige, sociale eller

andre ædle formål efter legatbestyrelsens skøn. Fondens erhvervsdrift består i ejendomsdrift. **[se bilag 1]**

Erhvervsstyrelsen udtog den 14. juli 2022 fonden til kontrol, jf. årsregnskabslovens § 159 b og erhvervsfondslovens § 24. I brev af 14. juli 2022 anmodede styrelsen om en række oplysninger inddelt i nedenstående overordnede emner: **[se bilag 2]**

- Oplysninger om fondens administrator
- Transaktioner med nærtstående parter
- Oplysninger om ledelsens vederlag

Den 30. august 2022 modtog Erhvervsstyrelsen følgende materiale fra fondens bestyrelse:

- Bestyrelsens redegørelse **[se bilag 3]**
- Et bestyrelsesmødereferat af 19. august 2022 **[se bilag 4]**
- En administrationsaftale af 19. december 2014. **[se bilag 5]**

På baggrund af det modtagne materiale fra fondens bestyrelse anmodede Erhvervsstyrelsen den 21. september 2022 fondens bestyrelse om supplerende oplysninger til brug for styrelsens videre behandling af sagen. **[se bilag 6]**

Den 14. oktober 2022 modtog Erhvervsstyrelsen følgende materiale som besvarelse på Erhvervsstyrelsen anmodning om supplerende oplysninger:

- Bestyrelsens redegørelse **[se bilag 7]**
- Lejekontrakt af 31. januar 1963 med tillæg **[se bilag 8]**
- Allonge til lejekontrakt af 31. januar 1963 mellem fonden og Advokatfirmaet EE vedrørende lejemålet [adresse 1] af 13. oktober 2022 **[se bilag 8a]**
- Erhvervslejekontrakt og allonge mellem fonden og FF vedrørende lejemålet [adresse 2] **[se bilag 9]**
- Tillæg til erhvervslejekontrakt mellem fonden og FF om overdragelse af lejemålet til GG A/S CVR-nr. [...], [adresse 2] **[se bilag 9a]**
- Erhvervslejekontrakt mellem fonden og II A/S CVR-nr. [...], vedrørende lejemålet [adresse 3] **[se bilag 10]**
- Erhvervslejekontrakt mellem fonden og JJ vedrørende lejemålet [adresse 4] **[se bilag 11]**
- Erhvervslejekontrakt mellem fonden og KK ApS, CVR-nr. [...] vedrørende lejemålet [adresse 5] **[se bilag 12]**
- Erhvervslejekontrakt mellem fonden og LL vedrørende lejemålet [adresse 4] **[se bilag 13]**
- Erhvervslejekontrakt mellem fonden og MM [selvejende institution], CVR-nr. [...] vedrørende lejemålet [adresse 5] **[se bilag 14]**
- Bestyrelsesmødereferat af 8. juli 1993 **[se bilag 15]**
- Vurdering af lejemålet mellem fonden og Advokatfirmaet EE [adresse 1]. Lejemål B **[se bilag 16]**

Den 3. november 2022 traf Erhvervsstyrelsen afgørelse i [sag 1], hvor styrelsen vurderede, at den fastsatte leje for lejemålet [adresse 1], væsentligt fraveg markedslejen, hvorved den udgjorde en indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD, hvilket er i strid med erhvervsfondsloven. Styrelsen påbød endvidere bestyrelsen at oplyse om ledelsens vederlag, transaktioner med nærtstående parter og administrators vederlag i fondens kommende årsrapporter **[se bilag 17]**

Den 30. november 2022 indbragte fonden Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. november 2022 for erhvervsankenævnet. Klagen vedrørte alene den del af afgørelsen, som omhandlede den lovstridige uddeling **[se bilag 18]**. Bestyrelsen anmodede i denne forbindelse om, at klagen fik opsættende virkning. Sammen med klagen indsendte fonden bl.a. et indhentet viceværtstilbud af 22. november 2022 **[se bilag 19]**.

Den 24. januar 2023 traf Erhvervsankenævnet delkendelse i sagen vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning **[se bilag 20]**. På denne baggrund anmodede Erhvervsstyrelsen den 20. marts 2023 fonden om at efterkomme anmodningen om oplysninger af 3. november 2022 **[se bilag 21]**.

Den 7. februar 2023 sendte Erhvervsstyrelsen sin udtalelse til Erhvervsankenævnet **[se bilag 22]**.

Den 27. februar 2023 sendte fonden sine bemærkninger til styrelsens udtalelse **[se bilag 23]** sammen med EYs analyse af ledelsesvederlag i erhvervsdrivende fonde i Danmark fra 2019 **[se bilag 24]**.

Den 28. marts 2023 modtog Erhvervsstyrelsen følgende fra fonden som svar på styrelsens anmodning af 3. november 2022:

- Henvendelse til DD fra fondens advokat vedrørende betalingspåkravet **[se bilag 25]**
- Orienteringsskrivelse til Erhvervsstyrelsen **[se bilag 26]**
- En opgørelse over fondens krav mod DD **[se bilag 27]**

Den 13. april 2023 anmodede Erhvervsstyrelsen om en redegørelse for de beregninger, som lå til grund for opgørelsen **[se bilag 28]**.

Den 27. april 2023 modtog Erhvervsstyrelsen følgende materiale fra fondens bestyrelse:

- Viceværtstilbud af 3. april 2023 **[se bilag 29]**
- Viceværtstilbud af 12. april 2023 **[se bilag 30]**
- Ny opgørelse af fondens krav **[se bilag 31]**
- En mailkorrespondance mellem fondens advokat og DD **[se bilag 32]**
- Bestyrelsens redegørelse af 27. april 2023 **[se bilag 33]**.

Den 24. maj 2023 traf Erhvervsankenævnet kendelse i sagen, hvor ankenævnet hjemviste sagen til fornyet behandling **[se bilag 34]**.

Den 16. oktober 2023 traf Erhvervsstyrelsen ny afgørelse om påbud om inddrivelse af tilbagebetalingskrav mod DD [se bilag 35].

Den 13. november 2023 indbragte fonden Erhvervsstyrelsens afgørelse af 16. oktober 2023 for erhvervsankenævnet.

Den 1. december 2023 modtog Erhvervsstyrelsen følgende fra fonden:

- Ledelseserklæring om tilbagebetaling [se bilag 36]
- Uafhængig revisorerklæring om tilbagebetaling [se bilag 37]”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 16. oktober 2023 hedder det:

”Erhvervsstyrelsen anmodede den 14. juli 2022 om en række oplysninger vedrørende ovennævnte fonds administrator, transaktioner med nærtstående parter og oplysninger om ledelsens vederlag. Den 19. august 2022 modtog styrelsens bestyrelsens svar på anmodningen om oplysninger.

På baggrund af besvarelsen anmodede styrelsen den 21. september 2022 om en række supplerende oplysninger vedrørende fondens lejeaftaler samt bestyrelsens håndtering af DDs habilitet i forbindelse med hans hverv som bestyrelsesmedlem og administrator og lejer af et af fondens erhvervslejemål.

Styrelsen modtog den 14. oktober 2022 bestyrelsens besvarelse, som blandt andet indeholdt bestyrelsens besvarelse, øvrige lejemål i ejendommen [adresse 2] [by 1], en ejendomsmæglers vurdering af lejemålet [adresse 1] tv. samt tilføjelse til lejekontrakten af 31. januar 1963.

På denne baggrund traf Erhvervsstyrelsen den 3. november 2022 afgørelse i sagen.

Den 30. november 2022 påklagede fonden Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. november 2022 til Erhvervsankenævnet for så vidt angår den del af afgørelsen, som vedrører lovstridige uddelinger. Fondens anmodede i samme ombæring om, at sagen blev tillagt opsættende virkning. Erhvervsstyrelsen sendte den 7. februar 2023 sin udtalelse til Erhvervsankenævnet, og den 27. februar 2023 kom fonden med sine supplerende bemærkninger i sagen.

Den 24. januar 2023 meddelte ankenævnet ved delkendelse, at anmodningen om opsættende virkning ikke kunne blive imødekommet. Erhvervsstyrelsen anmodede på denne baggrund den 20. marts 2023 bestyrelsen om at efterleve og besvare styrelsens afgørelse af 30. november 2022.

Styrelsen modtog den 28. marts 2023 fondens opgørelse over kravets størrelse, som strakte sig tre år tilbage i tid, og som blev opgjort til 132.846,17 kr., hvoraf de hertil knyttede renter udgjorde 3.454,97 kr.

Den 13. april 2023 anmodede Erhvervsstyrelsen bestyrelsen om at indsende en række overvejelser vedrørende opgørelsen af kravet, herunder størrelsen

af renterne og forældelsen af tilbagebetalingskravet, herunder forældelseslovens § 10.

Den 27. april 2023 modtog styrelsen to viceværtstilbud indhentet den 3. april 2023 og 12. april 2023, en ny opgørelse over de tilknyttede renter samt en redegørelse fra fondens bestyrelse vedrørende en række forhold herunder forældelse. Denne opgørelse strakte sig ligeledes tre år tilbage i tid, og blev samlet opgjort til 155.292,74 kr., hvoraf de hertil knyttede renter udgjorde 25.901,54 kr.

Den 24. maj 2023 hjemviste ankenævnet sagen til fornyet behandling hos Erhvervsstyrelsen, da ankenævnet ikke fandt, at der var truffet en egentlig afgørelse i sagen.

Det er på denne baggrund, at Erhvervsstyrelsen dags dato træffer nedenstående afgørelse.

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen vurderer, at den fastsatte leje for lejemålet [adresse 1], fraviger så væsentligt fra markedslejen, at den udgør en indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD, hvilket er i strid med erhvervsfondslovens § 87, stk. 1.

Styrelsen skal på denne baggrund påbyde bestyrelsen:

- at opgøre det samlede krav, som fondens bestyrelse vurderer at have mod DD inklusiv de hertil knyttede lovpligtige renter,
- at søge de ulovlige uddelinger tilbagebetalt til fonden inklusiv lovpligtige renter straks,
- at der indsendes dokumentation i form af en erklæring fra både bestyrelsen og en godkendt revisor om, at uddelingerne inklusiv de lovpligtige renter er blevet tilbagebetalt til fonden.

Erhvervsstyrelsens påbud om at søge uddelingerne foretaget i strid med erhvervsfondslovens § 87, stk. 1, tilbagebetalt til fonden sker i henhold til lovens §§ 88, stk. 1 og 24, stk. 2. De ulovlige uddelinger skal tilbagebetales med en årlig rente, der er fastsat efter rentelovens § 5, stk. 1 og 2 med et tillæg af 2 pct, jf. erhvervsfondslovens § 88, stk. 1.

Ovenstående dokumentation bedes være modtaget hos Erhvervsstyrelsen **senest 6 uger fra dags dato – den 27. november 2023.**

...

Lovgrundlag

Retlige omstændigheder

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 38, stk. 1, 1. pkt., at:

”Bestyrelsen skal alene varetage fondens formål og interesser.”

I lovbemærkningerne til lovens § 38 fremgår følgende:

”Varetagelse af fondens interesser indebærer en pligt for bestyrelsen til at sikre, dels at aktivitets- og uddelingsformål fremmes bedst muligt, dels at direktionen og øvrige ansatte også i den daglige drift alene varetager fondens interesser”

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 37, stk. 1, at:

”En erhvervsdrivende fond ledes af en bestyrelse, der ud over de medlemmer af bestyrelsen, der vælges efter § 64, stk. 1, 1. pt., består af mindst 3 medlemmer.”

I lovbemærkningerne til lovens § 37 fremgår følgende:

”Bestyrelsen har ansvaret for, at fondens aktiviteter udføres i overensstemmelse med vedtægten, herunder formålet, og at erhvervsvirksomheden drives bedst muligt, så det resulterer i et overskud, der anvendes i overensstemmelse med vedtægtens bestemmelse om anvendelse af overskud og reserver (uddelingsformål).”

Bestyrelsen og direktionen har det fulde ansvar for den daglige drift af fonden, uanset om der er indgået aftale med en administrator, jf. erhvervsfondslovens § 43.

I fonde, hvor bestyrelsen ikke har ansat en direktion, skal bestyrelsen også varetage den daglige ledelse og overordnede drift af fonden, jf. erhvervsfondslovens § 38, stk. 2.

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 63, stk. 2, at:

”Stk. 2. Aftaler mellem fonden og et eller flere medlemmer af ledelsen er kun gyldige, hvis de affattes på en måde, som senere kan dokumenteres, medmindre der er tale om aftaler på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende.”

Af lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 63 fremgår følgende:

”I det foreslåede stk. 2 indsættes en afvigelse fra det normale aftaleretlige udgangspunkt om, at mundtlige aftaler er bindende. Baggrunden for bestemmelsen er, at ledelsesmedlemmer ikke kontrolleres af en ejerkreds, hvorfor der er behov for, at aftaler efter indgåelsen kan dokumenteres. Dokumentation er til bestyrelsens brug, men også til fondsmyndigheden, hvis denne vurderer det nødvendigt.”

Bestemmelsen er baseret på selskabslovens § 127, stk. 2. I lovbemærkningerne til denne bestemmelse fremgår følgende:

”Ved »aftaler på sædvanlige vilkår« forstås sådanne vilkår, som gælder mellem uafhængige parter. I øvrigt må fastlæggelsen af, hvilke aftaler, der er omfattet af den foreslåede bestemmelses krav, blandt andet bero

på karakteren af den virksomhed, der udøves i det enkelte kapitalsselskab."

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 76, stk. 1, nr. 1 og 2, at:

"Afgang af en erhvervsdrivende fonds midler kan kun finde sted som

- 1) uddeling, jf. §§ 77-79, eller*
- 2) kapitalnedsættelse, jf. §§ 81-86."*

Af lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 76 fremgår blandt andet følgende om uddelingsbegrebet:

"Reglerne om uddeling omfatter også andre former for økonomiske begunstigelser end traditionelle udbetalinger af kontanter eller formuegoder fra fonden.

Situationer, hvor en fond f.eks. køber aktiver eller serviceydelser til en pris over markedsprisen, kan efter omstændighederne være omfattet af bestemmelserne om uddeling og vil i givet fald skulle behandles som sådan og derfor også opfylde de krav, der er til sådanne.

Tilsvarende gælder, hvis en fond yder et lån på favorable rentevilkår, og hvor den aftalte rente på lånet eksempelvis er lavere end markedrenten. I sådanne tilfælde vil den herved opståede renteforskel udgøre en uddeling fra fonden. Det samme gælder, hvis fonden udlejer en lejlighed til under markedslejen. I den situation vil forskellen mellem markedslejen og den leje, som lejerer betaler, udgøre en uddeling og skal fremgå af årsregnskabet som en sådan."

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 77, 1. pkt., at:

"Det påhviler bestyrelsen at foretage uddeling i overensstemmelse med § 78 til de formål, der er fastsat i vedtægten, jf. § 27, stk. 1, nr. 10."

Af lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 77, fremgår blandt andet følgende:

"Som nævnt i bemærkningerne til den foreslåede § 76 omfatter reglerne om fondes uddelinger også andre former for økonomiske begunstigelser end traditionelle udbetalinger af midler. Situationer, hvor en fond f.eks. køber aktiver eller serviceydelser til en pris over markedsprisen, kan efter omstændighederne være omfattet af bestemmelserne om uddeling og vil derfor skulle behandles som sådan og derfor også opfylde de krav, der er til sådanne. Hvis en fond yder et lån på favorable rentevilkår, og hvor den aftalte rente på lånet eksempelvis er lavere end markedrenten, vil den herved opståede renteforskel udgøre en uddeling fra fonden, og det vil således være denne økonomiske fordel, der bl.a. skal kunne opfylde de foreslåede krav i bl.a. den foreslåede § 77. Det samme gælder, hvis en erhvervsdrivende fond udlejer en lejlighed til under markedslejen. I den situation vil forskellen mellem markedslejen

og den leje, som lejerer betaler, udgøre en uddeling, som skal fremgå af årsregnskabet som en sådan."

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 87, stk. 1, 1. pkt., at:

"Der kan ikke tillægges stiftere, medlemmer af ledelsen, revisorer eller personer, der indtager en ledende stilling i fonden, andre ydelser end et vederlag, som ikke må overstige, hvad der anses for sædvanligt efter hvervets art og arbejdets omfang"

Af lovbemærkningerne til § 87 fremgår følgende:

"Når det skal vurderes, hvorvidt der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der lægges afgørende vægt på, at sædvanlige forretningsmæssige dispositioner er kendetegnet ved, at der løbende foretages dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Der skal foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for fonden og inden for branchen.

Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredje mand."

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 88, stk. 1-3, at:

"Er der sket uddeling eller anden kapitalafgang i strid med bestemmelserne i denne lov, skal modtagerne tilbagebetale de modtagne beløb tillige med en årlig rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct. Dette gælder dog kun, hvis modtageren indså eller burde have indset, at udbetalingen af midler var ulovlig, jf. dog § 49, stk. 2.

Stk. 2. Hvis en erhvervsdrivende fond har ydet lån eller stillet sikkerhed for lån i strid med § 87, stk. 2, skal beløbet tilbageføres til fonden sammen med en årlig rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

Stk. 3. Kan tilbagebetaling efter stk. 1 eller 2 ikke finde sted, eller har modtageren ikke tilbagebetalingspligt, jf. stk. 1, 2. pkt., er de medlemmer af bestyrelsen, som har medvirket til beslutningen om udbetalingen eller gennemførelsen af denne eller til opstillingen eller godkendelsen af den urigtige regnskabsopgørelse, ansvarlige efter de almindelige erstatningsregler for det tab, som fonden måtte blive påført."

Det fremgår af lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 88, at:

”Det er bestyrelsen, der er ansvarlig for at få midlerne tilbagebetalt til fonden.”

I vestre Landsrets dom af den 17. marts 2016 fremgår følgende:¹

”Det er et almindeligt gældende selskabsretligt og fondsretligt udgangspunkt, at aftaler mellem selskaber med fælles interesser af en karakter som fonden og banken som udgangspunkt skal ske på markedsvilkår, og at formueforskydninger som følge af, at aftaler ikke er indgået på markedsvilkår, må håndteres som gaver, udlodninger, uddelinger mv.”

Det fremgår af rentelovens § 5, stk. 1 og 2, at:

”Renten efter forfaldsdagen fastsættes til en årlig rente, der svarer til den fastsatte referencesats med et tillæg på 8. pct. Som referencesats anses i denne lov den officielle udlånsrente, som Nationalbanken har fastsat i henholdsvis pr. den 1. januar og den 1. juli det pågældende år.

Stk. 2. Justitsministeren kan hvert andet år efter forhandling med Danmarks Nationalbank og Økonomi- og Erhvervsministeriet ændre renten, dog således at det i stk. 1 nævnte tillæg ikke kan fastsættes til mindre end 8. pct.”

Det fremgår af forvaltningslovens § 19, stk. 1, 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 frist for afgivelsen af den nævnte udtalelse.”

Det fremgår af forældelseslovens § 10, at:

”For fordringer, som tilkommer en fuldmagtsgiver mod fuldmægtigen, eller som tilkommer et selskab, en forening, en fond eller lignende mod et bestyrelsesmedlem eller en direktør i selskabet m.v., og som udspringer af den pågældendes tilsidesættelse af sine forpligtelser ved hvervets udførelse, indtræder forældelse tidligst, når der er forløbet 3 år efter hvervets ophør eller efter det tidligere tidspunkt, da fordringshaveren eller den, der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne, er eller burde være blevet bekendt med de omstændigheder, hvorpå kravet støttes.”

¹ Dom afsagt den 17. marts 2016 af Vestre Landsrets 1. afdeling, i 1. instanssagerne, V.L.B-0652-10, side 288. Se FED2016.92

Af lovbemærkningerne til forældelseslovens § 10, fremgår at:

”At kravet skal udspringe af den pågældendes ”tilsidesættelse af sine forpligtelser ved hvervets udførelse”, skal forstås bredt. I fuldmagtsforhold kan der f.eks. være tale om, at en fuldmægtig – f.eks. en advokat eller en prokurist i en virksomhed – misbruger sin stilling ved at undlade at afbryde forældelsen af et krav mod ham selv eller eventuelt – afhængigt af, hvad fuldmagtsforholdet går ud på – ved at undlade at afbryde forældelsesfristen for fuldmagtsgivers krav mod tredjemand. Hvad angår et selskabs krav mod bestyrelsesmedlemmer mv. kan der f.eks. være tale om, at bestyrelsen har foretaget ulovlige udlodninger til sig selv, eller at direktøren har handlet ansvarspådragende i forbindelse med driften af selskabet, f.eks. ved foretagelse af risikofyldte og tabsgivende dispositioner for selskabet.”

Erhvervsstyrelsens begrundelse

Den lovstridige uddeling

Det fremgår af fondens besvarelse af 19. august 2022, at det lejemål som fonden har indgået med fondens forrige formand, NN blev indgået med virkning fra den 1. januar 1963.

Det fremgår af lejekontrakten af 31. januar 1963, at lejemålet oprindeligt blev indgået mellem fonden som udlejer og NN som lejer. Bestyrelsen oplyser i brevet af 19. august 2022 og brevet af 14. oktober 2022, at lejen flere gange gennem tiden er blevet reguleret. Lejemålet er i dag beliggende på [adresse 1], og udlejes i dag til enkeltmandsvirksomheden Advokatfirmaet EE v/DD med DD som fuldt ansvarlig deltager.

DD fungerer herudover som bestyrelsesmedlem og administrator for fonden. Fra den 24. august 2007 til den 19. august 2022, fungerede DD som bestyrelsesformand, jf. registreringerne i CVR.

Bestyrelsen har oplyst i brev af 19. august 2022, at lejen udgjorde 7.217,40 kr. pr. kvartal, + moms og forbrug.

Vedlagt bestyrelsens besvarelse af 14. oktober 2022 var en vurderingsberetning af lejemålet foretaget den 30. september 2022. Det fremgår heraf, at lejen på almindelige markedsmæssige vilkår vurderes at ligge på 6.000 kr. pr. måned.

På baggrund af vurderingsberetningen er det efterfølgende aftalt, at lejemålet i løbet af de kommende 4 år forhøjes, således at lejen i 2026 vil udgøre 62.000 kr. pr. år + moms og forbrug. Dette fremgår af brevet af 14. oktober 2022 og af aftalen om husleje-forhøjelse til lejekontrakt vedrørende lejemålet [adresse 1] indgået 13. oktober 2022. At huslejen forhøjes løbende over de kommende 4 år mellem fonden og DD begrundes i erhvervslejelovens § 13, stk. 4.

Bestyrelsen anfører endvidere i brev af 14. oktober 2022, at den aftalte leje for DD, er lavere end vurderingen af 30. september 2022 og nablejemålet,

som aktuelt lejes ud for 74.767 kr. pr. år. Dette begrundes med en forskel i beliggenhed og lejemålenes stand.

Erhvervsstyrelsen kan på baggrund af det oplyste konstatere, at den månedlige husleje for lejemålet [adresse 1], er 2.405,8 kr. + moms og forbrug. Den årlige husleje for lejemålet er derfor 28.869,60 kr. + moms og forbrug pr. år. Markedslejen blev den 30. september 2022 vurderet til en årlig værdi af 72.000 kr. Lejen er således 43.130,40 kr. billigere årligt end den vurderede markedsleje.

Bestyrelsen har i brevet af 19. august 2022 anført, at bestyrelsen ikke har haft anledning til at antage, at lejemålet ikke oprindeligt skulle være indgået på almindelige markedsmæssige vilkår. Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at det er fondens bestyrelse, som har ansvaret for at varetage fondens formål og interesser, jf. erhvervsfondslovens § 38. Herudover har bestyrelsen ansvaret for den daglige og overordnede drift i de tilfælde, hvor fonden ikke har ansat en direktør – hvilket er tilfældet i nærværende fond.

Udover fonden virksomhed med udlejning af fast ejendom, indebærer dette blandt andet, at det er bestyrelsens og eventuelt administrators opgave løbende at sikre, at fondens lejeindtægter bliver fastsat til en rimelig husleje svarende til markedslejen i henhold til lejelovgivningen. Dette gælder navnlig i situationer, hvor bestyrelsen udlejer til en interesseforbundet part.

På baggrund af Erhvervsstyrelsens henvendelser og den indhentede mægler-vurdering af lejemålet, beslutter bestyrelsen som allerede nævnt, at lejen skal hæves, og anfører i den forbindelse følgende i deres besvarelse af 14. oktober 2022:

” Den aftalte leje er lavere end den, som fremgår af vurderingen, men det bringer lejen op på et niveau, så den ikke længere afviger væsentligt fra markedslejen [...] ”

Besvarelsen må forstås således, at fondens bestyrelse selv vurderer at have udlejet lejemålet på fordelagtige vilkår til bestyrelsesmedlem og administrator i fonden DD.

Fonden anførte i klagen af 30. november 2022 til ankenævnet, at bestyrelsen ved fastsættelsen af lejen havde lagt vægt på andre forhold end markedslejen alene. I klageskriftet er det blandt andet anført, at:

”Bestyrelsen har således taget hensyn til, at der er tale om en mange-årig lejer, at lejemålet ikke er istandsat og således stadig har gamle støbejernsradiatorer mv., at lejereren har påtaget sig andre opgaver end det, der ligger i forpligtelsen som lejer og administrator, nemlig vice-værtopgaver, at ejendommen og kvarteret er udfordret med tomgang, og at fastholdelse af lejerne derfor er højere prioriteret, end det måske ville være i andre områder af landet, hvor den ene lejer kan afløses af den anden lejer, uden at der er en lang tomgangsperiode”

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at lejemålets stand og områdets tomgangsperioder nødvendigvis vil være forhold, som altid indgår i en ejendomsmæglers vurdering af et lejemål. Mægler anførte i sin vurdering af 30. september 2022 følgende, som må ses at understøtte styrelsens opfattelse:

”Lejemålet er ikke moderniseret. Ud fra lejemålets stand og beliggenhed, vurderer jeg lejen i det nuværende marked til Kr. 6.000,00 pr. måned, hvilket svarer til kr. 511/m².”

Styrelsen finder derfor ikke, at fondens anbringender om lejemålets stand og beliggenhed kan føre til en anderledes vurdering, eftersom ejendomsmæglerens vurdering allerede baserer sig på disse forhold.

Derudover lægger fonden i klageskriftet vægt på, at bestyrelsen ved prisfastsættelsen af lejemålet har tillagt det betydning, at DD er mangeårig lejer af [adresse 1].

Hertil skal Erhvervsstyrelsen indvende, at det ikke ses at være relevant for sagen, at DD har været fast lejer gennem flere år. Netop fordi der er tale om en aftale mellem nærtstående parter, er det særligt vigtigt, at bestyrelsen sikrer, at lejeaftalen er indgået på markedsmæssige vilkår. Eftersom der er tale om et løbende retsforhold, påhviler det bestyrelsen løbende at sikre, at lejeaftalen er på markedsvilkår.

Erhvervsstyrelsen skal yderligere bemærke, at DD må antages at have været langt mere tilbøjelig til at fortsætte i lejemålet og dermed blive mangeårig lejer, eftersom lejeaftalen er indgået på favorable vilkår og løbende har begunstiget ham.

Det er et almindeligt gældende fongsretsligt udgangspunkt, at aftaler mellem fonde og nærtstående parter skal ske på markedsvilkår, og at formueforskydninger som følge af, at aftaler ikke er indgået på markedsvilkår, må håndteres som gaver, udlodninger, uddelinger mv. Dette hænger sammen med, at kapitalafgang i en erhvervsdrivende fond kun kan ske som uddelinger og kapitalnedsættelser.

Uddeling omfatter også andre former for økonomiske begunstigelser end traditionelle udbetalinger af kontanter eller formuegoder fra fonden, jf. lovbetænkningerne til erhvervsfondslovens § 77. En situation, hvor en fond udlejer en lejlighed til under markedslejen, kan efter omstændighederne være omfattet af bestemmelserne om uddeling og vil i givet fald skulle behandles som sådan og derfor også opfylde de krav, der er til sådanne.

I henhold til erhvervsfondslovens § 87 må bestyrelsesmedlemmer eller personer, der indtager en ledende stilling i fonden, ikke tillægges andre ydelser end et vederlag. Forbuddet er overordnet begrundet i en interessekonflikt, idet andre ydelser end et vederlag betragtes som uddeling. Der er hermed sammenfald mellem dem, der foretager uddeling, og modtagerne heraf. Dette gælder uanset om det tilgodesete bestyrelsesmedlem, har deltaget i behandlingen af den disposition, som udgør en uddeling eller ej.

Ved markedslejen må forstås den lovlige leje, der kan opnås ved udlejning af ejendomme efter erhvervslejelovens regler til en ikke-nærtstående part med modstående interesser. Den opkrævede husleje fraviger meget væsentligt fra den markedsleje, som fonden i henhold til mæglervurderingen kan opkræve for lejemålet.

Det er på denne baggrund Erhvervsstyrelsens samlede vurdering, at lejeaftalen mellem fonden og bestyrelsesmedlem DD ikke er sket på markedsvilkår. Den formueforskydning, som er en følge af, at lejen er blevet fastsat til væsentlig under markedslejen, udgør derfor en indirekte uddeling i strid med erhvervsfondslovens § 87.

Uddelinger foretaget i strid med erhvervsfondslovens § 87 skal tilbagebetales til fonden, jf. lovens § 88. Ved tilbagebetaling af ulovlige uddelinger, skal beløbene tilbageføres til fonden sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., jf. erhvervsfondslovens § 88, stk. 1.

I henhold til rentelovens § 5, stk. 1, er den lovpligtige rente defineret som Nationalbankens officielle udlånsrente med et tillæg på 8 pct. og med et yderligere tillæg på 2 pct., jf. erhvervsfondslovens § 88.

Modtagerens tilbagebetaling af modtagne beløb og renter gælder dog kun, hvis modtageren indså eller burde have indset, at udbetalingen af midler var ulovlig.

Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at styrelsen vurderer, at DD som bestyrelsesmedlem og administrator i fonden burde have indset, at hans egen leje af [adresse 1] skete til væsentligt under markedslejen, og at der dermed var tale om en ulovlig uddeling fra fonden i medfør af erhvervsfondsloven. I denne forbindelse skal det samtidigt bemærkes, at ukendskab til erhvervsfondslovens regler ikke fritager for ansvar.

Det er bestyrelsen, som er ansvarlige for at søge midlerne tilbagebetalt til fonden.

Såfremt tilbagebetalingen ikke kan finde sted, eller hvis modtageren af uddelingen som følge af god tro ikke har tilbagebetalingspligt, er de personer, som har medvirket til beslutningen om udbetalingen eller gennemførslen af denne, ansvarlige efter de almindelige erstatningsregler for det tab, som fonden måtte blive påført, jf. erhvervsfondslovens § 88, stk. 3.

Arbejdet som vicevært

I fondens klage af 30. november 2022 til Erhvervsankenævnet blev Erhvervsstyrelsen for første gang gjort bekendt med det påståede forhold, at DD i gennemsnit har brugt ca. en time om dagen på viceværtsopgaver på ejendommen, og som betaling for arbejdet har modtaget en lavere leje. Det fremgår desuden af klagen, at der ikke er indgået en skriftlig aftale om viceværtsarbejdet mellem DD og fonden.

Det fremgår således hverken af det indsendte materiale af 30. august 2022, 14. oktober 2022 eller af fondens årsrapporter, at DD tillige skulle have fungeret som vicevært for fonden

Erhvervsstyrelsen er i øvrigt ikke bekendt med, at fonden på et tidligere tidspunkt skulle have oplyst overfor styrelsen, at DD skulle have fungeret som vicevært for fonden.

Erhvervsstyrelsen finder det påfaldende, at bestyrelsen har undladt at informere styrelsen om viceværtsarbejdet i forbindelse med styrelsens indhentning af oplysninger fra fondens bestyrelse.

Erhvervsstyrelsen skal i denne forbindelse fremhæve følgende besvarelser fra fondens bestyrelse:

I bestyrelsens redegørelse af 30. august 2022 har bestyrelsen anført, at:

"Den hidtidige formand for bestyrelsen har ikke varetaget andre hverv for fonden."

I bestyrelsens redegørelse af 14. oktober 2022 har bestyrelsen anført, at:

"Den aktuelle leje for administrators lejemål er lavere end for nabolejemålet. Det skyldes dels den gamle lejekontrakt, dels den forskel i beliggenhed og stand som er nævnt ovenfor. Der er nu blevet lavet en ny vurdering af markedslejen for administrators lejemål af ejendomsmægler OO, [by I]. Vurdering vedlægges. På baggrund af denne vurdering er det nu aftalt, at lejen for administrators lejemål forhøjes til 62.000 kr. pr. år. + moms og forbrug. Stigningen fordeles over de kommende år, i overensstemmelse med princippet i erhvervslejelovens § 13, stk. 4."

Såfremt DD reelt har udført en times viceværtsarbejde for fonden i gennemsnit om dagen, og hans betaling herfor er sket gennem en lavere leje, må oplysningen anses at være helt central for sagen. Det fremstår derfor undringsværdigt, at bestyrelsen enten har glemt at oplyse herom eller simpelthen har vurderet, at forholdet ikke var af betydning for sagen, og derfor valgt ikke at informere styrelsen om forholdet.

Erhvervsstyrelsen anførte derfor i sin udtalelse af 7. februar 2023, at det har karakter af en efterrationalisering, når fonden anfører, at Advokat DD desuden har udført en times viceværtsarbejde om dagen i ejendommen, og at fondens betaling for dette arbejde er sket igennem en lavere fastsat leje.

I fondens supplerende bemærkninger af 27. februar 2023 fastholder fonden, at DD arbejder som vicevært, og anfører samtidig at årsagen til, at der ikke er blevet oplyst herom, skyldes, at Erhvervsstyrelsen ikke har spurgt:

"Det forhold, at den ikke er medtaget i forbindelse med Erhvervsstyrelsens forespørgsel, må alene antages at skyldtes, at fonden og lejer har været fokuseret på at fremkomme med de oplysninger, der blev efterspurgt.

Det fremgår således ikke, at Erhvervsstyrelsen har spurgt, om der er udført andet arbejde, der kunne medføre en lavere leje."

Det er uklart for Erhvervsstyrelsen, hvad fonden reelt mener med ovenstående anbringender, eftersom bestyrelsen gentagende gange har haft klare og indlysende anledninger til at oplyse om det påståede forhold. Eksempelvis anmodede styrelsen den 14. juni 2022 blandt andet om følgende:

"Bestyrelsens overvejelser om, hvorvidt formanden udfører hverv for fonden af varig eller tilbagevendende karakter, der ikke er en del af hvervet som formand, jf. erhvervsfondslovens § 52, stk. 3, 1. pkt."

I forlængelse heraf anmodede styrelsen den 21. september 2022 om supplerende oplysninger, som kunne være med til at belyse, hvorvidt lejemålet var indgået på markedsmæssige vilkår. Erhvervsstyrelsen har således af flere omgange anmodet om oplysninger, hvor bestyrelsen må anses for retligt forpligtet til at oplyse om det påståede forhold, men hvor bestyrelsen ikke desto mindre har undladt det.

Det skal endvidere bemærkes, at bestyrelsen den 14. oktober 2022 blandt andet indsendte en redegørelse, hvori bestyrelsen anfører, at det er blevet besluttet at bringe lejen op på et niveau, hvor lejen ikke længere afviger væsentligt fra markedslejen. Heller ikke i denne forbindelse fandt bestyrelsen det relevant at oplyse om, at DD fungerede som vicevært for fonden, og at lejen derfor var markedskonform, da betalingen for arbejdet skete gennem en lavere leje. I stedet blev det alene besluttet at hæve lejen.

Først efter Erhvervsstyrelsen den 3. november 2022 gør bestyrelsen opmærksom på, at fonden har et tilbagebetalingskrav mod DD, oplyser bestyrelsen om viceværtsforholdet i klagen af 30. november 2022 til Erhvervsankenævnet.

Endvidere har bestyrelsen heller ikke efterfølgende været i stand til at fremføre nogen form for dokumentation for, at DD har fungeret som vicevært for fonden, og i gennemsnit udført ca. 1 times arbejde om dagen. Det skal hertil tilføjes, at de indhentede viceværtstilbud ikke ses at dokumentere, hvorvidt DD hidtil har fungeret som vicevært for fonden.

Erhvervsstyrelsen finder på denne baggrund fortsat ikke, at det er relevant for sagen om den indirekte uddeling og fondens krav mod DD, når fonden anfører, at DD tillige har udført viceværtsarbejde for fonden.

Afslutningsvist skal styrelsen endnu en gang opfordre bestyrelsen til at indsende skatteregnskaber for henholdsvis fonden og DD (advokatfirmaet v/DD) som dokumentation for forholdets rigtighed. Erhvervsstyrelsen opfordrede

også til dette i sin udtalelse af 7. februar 2023, men bestyrelsen har fortsat ikke forholdt sig til hertil.

Krav om skriftlighed

I det omfang det lægges til grund, at DD også har udført viceværtsarbejde for fonden, skal Erhvervsstyrelsen komme med følgende bemærkninger.

Som nævnt ovenfor, er der ikke indgået en skriftlig aftale om viceværtsarbejdet mellem DD og fonden. Af klagen den 30. november 2022 fremgår blandt andet følgende om forholdet:

"Der burde have været indgået en aftale herom med aflønning for viceværttopgaverne, men en sådan aftale er ikke indgået.

Bestyrelsen har selv sagt været vidende om ejendommens udlejningsforhold helt overordnet, men henset til det arbejde, administrator ligger i ejendommen, har der ikke været indsigelser mod lejefastsættelsen."

Af fondens brev den 27. april 2023 anføres desuden, at:

"Administrators/lejers eventuelle brøde består i, at han ikke har indgået en aftale med fonden om betaling af hans ydelse som vicevært, således at forholdene var afklaret, og der var transparens i relation til fonden."

På baggrund af de indsendte redegørelser anser styrelsen det fortsat for uklart, hvorvidt bestyrelsen har behandlet spørgsmålet om DDs ansættelse som vicevært, eller hvorvidt bestyrelsen har været vidende om viceværtsarbejdets præcise omfang samt aflønningen for arbejdet, hvilket i sig selv er meget problematisk.

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 63, stk. 2, at aftaler mellem fonden og et eller flere medlemmer af ledelsen kun er gyldige, hvis de affattes på en måde, som senere kan dokumenteres, medmindre der er tale om aftale på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende. Bestemmelsen fraviger således fra det aftaleretlige udgangspunkt, hvorefter mundtlige aftaler er bindende.

Det fremgår af lovbemærkningerne til lovens § 63, stk. 2, at baggrunden for bestemmelsen er, at der ikke er nogen kontrollerende ejerkreds, hvorfor der i fonde er et særligt behov for, at bestyrelsen kan dokumentere de aftaler, som fonden indgår med medlemmer af ledelsen.

Fondsbestyrelsen har ikke været i stand til at dokumentere aftalen, hvorfor aftalens gyldighed afhænger af, hvorvidt aftalen kan karakteriseres som værende på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende.

Sædvanlige vilkår er kendetegnet ved vilkår, som gælder mellem uafhængige parter, jf. lovbemærkningerne til selskabslovens § 127, stk. 2, som erhvervsfondslovens § 63, stk. 2, er baseret på. De få oplysninger, som fonden har

anført om viceværttaftalen, indikerer ikke, at viceværttaftalen er indgået på sædvanlige vilkår, idet en aftale mellem fonden og med en uafhængig part netop må antages at være baseret på et skriftligt grundlag og indeholde nærmere bestemmelser om viceværtarbejdets kvalitet, omfang, pris, mv.

Derudover vil sædvanlige vilkår efter Erhvervsstyrelsens vurdering også være kendetegnet ved, at fonden løbende foretager dispositioner af lignende karakter med uafhængige parter, og om de kan betragtes som sædvanlige for fonden og inden for branchen, jf. lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 87.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at allerede fordi fonden ikke foretager dispositioner af lignende karakter med uafhængige parter, så kan viceværttaftalen ikke anses som værende indgået på sædvanlige vilkår, da dette nødvendigvis må forudsætte, at fonden har flere viceværter ansat, inden for senere tid har indgået andre aftaler med uafhængige viceværter eller lignende.

Det er således Erhvervsstyrelsen vurdering, at viceværttaftalen er ugyldig i henhold til erhvervsfondslovens § 63, stk. 2.

Selv hvis viceværttaftalen kunne anses for at være indgået på sædvanlige vilkår, som led i et løbende mellemværende, må den også ud fra almindelige aftaleretlige overvejelser anses for at være ugyldig. Dels er den i strid med selvkontraheringsforbuddet (en fuldmagtshaver kan ikke disponere til fordel for sig selv), og administrationsaftalens § 3, stk. 6, hvor det fremgår, at viceværtarbejdet ikke må udføres af lejerne:

”Administrator kan på legatets vegne indgå aftale med en vicevært el.lign. om fornøden renholdelse af ejendommens fællesarealer, herunder vinduer, i den udstrækning arbejdet ikke udføres af lejerne.”

Bestyrelsens opgørelse af kravet

Det fremgår af fondens bemærkninger af 27. februar 2023 og brev af 27. april 2023, at bestyrelsen er af den fejlagtige opfattelse, at Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. november 2022 indeholder en opgørelse af det beløb, som DD skal tilbagebetale til fonden.

I brevet af 27. april 2023 fremgår følgende:

”Erhvervsstyrelsens brev er således svært at forstå anderledes end, at afgørelsen indeholder en vurdering af, at det beløb, der efter Erhvervsstyrelsens opfattelse, er udbetalt i strid med Erhvervsfondslovens § 87, udgør forskellen imellem det, som mægleren har vurderet til maks. leje og den reelt betalte leje.”

Erhvervsstyrelsen skal endnu engang slå fast over for bestyrelsen, at styrelsen ikke har opgjort kravets størrelse. Styrelsen har derimod, alene fundet, at den betalte leje fraviger væsentligt fra markedslejen, hvorfor fonden har et tilbagebetalingskrav mod DD. Selve opgørelsen af kravets størrelse påhviler bestyrelsen, herunder hvornår misforholdet er opstået.

Bestyrelsen anfører endvidere i brev af 27. april 2023 følgende vedrørende opgørelsen af kravet:

”Det er tillige i sagen ikke klarlagt, hvornår markedslejen er steget, og hvornår misforholdet er opstået.”

Det skal hertil bemærkes, at Erhvervsstyrelsen er enig i, at det på nuværende tidspunkt hverken er klarlagt, hvornår de indirekte uddelinger er opstået, og i hvilket beløbsmæssigt omfang de indirekte uddelinger har fundet sted. Bestyrelsen skal derfor først og fremmest klarlægge disse forhold, sådan at fondens krav mod DD kan gøres op.

Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at styrelsen anerkender de vanskeligheder, som er forbundet med at foretage denne samlede opgørelse, hvilket først og fremmest skyldes, at tilbagebetalingskravet udspringer af et løbende retsforhold, hvor en lejer har betalt en leje, som ligger væsentligt under markedslejen. Konkret består udfordringen således i at anslå markedslejen for lejemålet bagud i tid. Hvordan dette gøres på den mest hensigtsmæssige måde, er ligeledes bestyrelsens ansvar at sikre.

Såfremt det lægges til grund, at de indirekte uddelinger strækker sig mere end 3 år tilbage i tid, rejser opgørelsen af kravets samlede størrelse endvidere en række forældelsesretlige spørgsmål.

Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse forældes de enkelte lejeudbetalinger som selvstændige krav, og udgangspunktet er herefter, at disse enkelte fordringer forældes 3 år efter lejen har kunnet kræves indbetalt, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1.

Dette forældelsesretlige udgangspunkt modificeres imidlertid af en række undtagelser, herunder forældelseslovens § 10, hvorefter der kan ske udskydelse af forældelsen for krav, der tilkommer en fuldmagtsgiver eller et selskab mv. i anledning af, at en fuldmægtig eller et medlem af selskabets ledelse har tilsidesat sine forpligtelser i forhold til fuldmagtsgiveren/selskabet.

Bestemmelsen omfatter alle krav, som vedrører udførelsen af hvervet som ledelsesmedlem, og medfører i princippet, at krav som en virksomhed har mod et ledelsesmedlem, er uforældelige. Af hensyn til skyldneren indtræder forældelse dog i følgende to tilfælde:

- i. *tidligst, når der er forløbet 3 år efter hvervets ophør*
- ii. *eller fra det tidligere tidspunkt da fordringshaveren eller den, der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne, er eller burde være blevet bekendt med de omstændigheder, hvorpå kravet støttes.*

Særreglen i forældelseslovens § 10 er medtaget i loven af hensyn til fordringshaveren, fordi der mellem parterne bestod et særligt pligtforhold, og de heraf følgende forpligtelser er blevet tilsidesat, samtidig med at den hvis interesser

er blevet tilsidesat, var afhængig af, at skyldneren skulle varetage disse interesser.

I lovbemærkningerne til bestemmelsen bruges som eksempel på et krav omfattet af bestemmelsen situationen, hvor bestyrelsen har foretaget ulovlige udlodninger til sig selv.

Det er på denne baggrund Erhvervsstyrelsens vurdering, at fondens tilbagebetalingskrav mod DD er en fordring omfattet af undtagelsesbestemmelsen i forældelseslovens § 10, da årsagen til at kravet aldrig er blevet rejst, er, at den som fonden afhænger af rejser kravet, er skyldneren i selvsamme retsforhold.

Spørgsmålet bliver herefter, om der på grund af udskiftning i bestyrelsen eller på grund af kendskab til de omstændigheder hvorpå kravet støttes, alligevel må anses for at være sket forældelse i henhold til forældelseslovens § 10.

For så vidt angår udskiftning i bestyrelsen, så fremgår det af fondens registrerede oplysninger i CVR, at der ikke har været foretaget udskiftninger i bestyrelsen siden DD, indtrådte i bestyrelsen den 19. juni 2007. Der kan således ikke være indtrådt forældelse som følge af hvervets ophør.

For så vidt angår de øvrige bestyrelsesmedlemmers kendskab til de omstændigheder, hvorpå kravet støttes, så er det fortsat styrelsens opfattelse, at den øvrige bestyrelse ikke har været bekendt med samtlige af de omstændigheder, som tilbagebetalingskravet støttes. Styrelsens opfattelse baserer sig blandt andet på, at der ses at have været en uheldig magtkoncentration i bestyrelsen, hvor DD frem til den 19. august 2022, både fungerede som bestyrelsesformand og administrator.

Det er på denne baggrund uklart, hvorvidt den øvrige bestyrelse reelt har været bekendt med lejeforholdets præcise vilkår.

Lægges ovenstående til grund, begyndte forældelsesfristen efter forældelseslovens § 10 således tidligst at løbe fra oktober 2022, da Erhvervsstyrelsen blev bekendt med de omstændigheder, hvorpå tilbagebetalingskravet støttes. Dette medfører, at et eventuelt tilbagebetalingskrav opstået helt tilbage i 2007, som udgangspunkt ikke vil være forældet.

Opgørelsen af det samlede tilbagebetalingskrav bør derfor ikke tidsmæssigt afgrænses til alene at omfatte krav opstået inden for de sidste 3 år, men må i stedet strække sig helt tilbage i tid til første gang, hvor der blev betalt en leje, som væsentligt fraveg fra markedslejen.

Hvis det derimod lægges til grund, at den øvrige bestyrelse kendte til de omstændigheder, hvorpå tilbagebetalingskravet støttes, hvormed kravet mod DD alligevel er forældet, jf. forældelseslovens § 10, og tilbagebetalingen derfor ikke kan finde sted, kan de medlemmer af bestyrelsen, som har medvirket til beslutningen eller gennemførelsen af de indirekte uddelinger være erstatningsansvarlige, jf. erhvervsfondslovens § 88, stk. 3.

Såfremt de erstatningsretlige grundbetingelser er opfyldt, risikerer bestyrelsen i så fald at hæfte solidarisk for det samlede tab, som fonden har lidt. Hvis bestyrelsen i dette tilfælde har været bekendt med samtlige af de omstændigheder, hvorpå kravet støttes, men ikke desto mindre har undladt at kræve beløbet tilbagebetalt til fonden, ses den samlede bestyrelse, efter Erhvervsstyrelsens opfattelse, at være erstatningsansvarlige over for fonden for det tab, som fonden har lidt.

Det er endvidere styrelsens opfattelse, at fondens erstatningskrav mod den samlede bestyrelse vil være omfattet af forældelseslovens § 10, hvorfor forældelsesfristen også i dette tilfælde først begyndte at løbe fra oktober 2022.

Erhvervsstyrelsens vurdering af forældelseslovens § 10 understøttes af Vestre Landsrets dom af 8. februar 2019.²

I sagen var den samlede bestyrelse bekendt med samtlige omstændigheder vedrørende en aktieoverdragelse, som skete til væsentligt under markedsprisen på fondens bekostning. Landsretten fandt den samlede bestyrelse erstatningsansvarlige som følge af aktieoverdragelsen, selvom overdragelsen havde fundet sted 12 år før sagen blev anlagt. Landsretten udtalte i denne forbindelse, at erstatningskravet ikke var forældet, jf. forældelseslovens § 10, da forældelsesfristen først begyndte at løbe fra det tidspunkt, hvor fondsmyndigheden blev gjort bekendt med de omstændigheder, der kunne begrunde, at der blev gjort et krav gældende mod fondens bestyrelse.

Erhvervsstyrelsen skal på denne baggrund påbyde bestyrelsen, at der i opgørelsen af tilbagebetalingskravets størrelse tages højde for undtagelsesbestemmelsen i forældelseslovens § 10.

Afsluttende bemærkninger

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. november 2022 blev bestyrelsen blandt andet påbudt at sikre, at fondens årsrapporter for 2022 og herefter oplyser om de beløbsmæssige størrelser på transaktioner mellem fonden og dens nærtstående parter, jf. årsregnskabslovens §§ 69, stk. 3 og 98 c, stk. 2. Bestyrelsen har i årsrapporten for 2022 alene oplyst følgende om lejeforholdet mellem fonden og DDs enkeltmandsvirksomhed:

”Der er indgået lejemål med en erhvervsvirksomhed ejet af et bestyrelsesmedlem. Fondens administrator.”

Bestyrelsen ses således ikke at efterleve styrelsens påbud af 3. november 2022, da der fortsat ikke oplyses om lejemålets beløbsmæssige størrelse.

Styrelsen skal derfor endnu en gang påbyde bestyrelsen at sikre, jf. årsregnskabslovens § 161, stk. 1, nr. 2, at fondens fremtidige årsrapporter aflægges i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 69, stk. 3”

² BS-2087/2012-VLR <https://domsdbasen.dk/#sag/2025/2426>

I klageskrivelsen af 13. november 2023 har Advokat CC på vegne af KL [erhvervsdrivende fond]. Født KL X [erhvervsdrivende fond] blandt andet anført:

”Som advokat for KL [erhvervsdrivende fond]. Født KL X [erhvervsdrivende fond] skal jeg herved påklage den af Erhvervsstyrelsen ved brev af 16. oktober 2023 meddelte afgørelse, hvorefter den fastsatte leje for lejemålet fraviger så væsentligt fra markedslejen, at den udgør en indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD.

...

Som det fremgår af afgørelsen, må det antages at have væsentlig betydning, at DD tillige har virket og fortsat virker som vicevært på ejendommen.

Vicevært delen har ikke tidligere været formaliseret, og der har således ikke været indgået konkret aftaler om det, men DD har bestridt hvervet, idet det var naturligt, at han påtog sig opgaverne i stedet for, at der blev antaget en tredjemand som vicevært, hvilket ville medføre en betydelig fordyrelse af omkostningerne hertil for fonden.

Som det tidligere er vist på sagen, vil omkostningerne til vicevært være betydelige, idet viceværten efter de indhentede oplysninger tager kr. 480 + moms pr. time.

Årsagen til at viceværtarbejdet ikke er formaliseret har alene været fordi, det var opfattelsen, at der ikke skete indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD, idet lejen, henset til de opgaver, som DD havde påtaget sig, lejemålets stand, tilsvarende leje i området mv., ikke gav anledning til, at der var mistanke om, at dette kunne være tilfældet.

På baggrund af det medsendte materiale må det antages at være dokumenteret, at DD udfører viceværtarbejde.

Han sørger således for småreparationer, blandt andet af kældervægge, fastgørelse af dørblik, indkøb af spande og vådstøvsuger, almindelig rengøring, reninger, aftale om indlæggelse af fibernet, forskellige maleropgaver, herunder overmaling af graffiti og udskiftning af elpærer.

DD har gennem sit langvarige lejemål, der afløste lejemålet, som DDs far havde, et indgående kendskab til ejendommen og ved derfor, hvordan ejendommen fungerer, og hvilke problemer, der kan opstå.

Det fremgår tillige af de medsendte erklæringer fra lejere, at DD har udført viceværtarbejde på ejendommen.

Som det tillige fremgår af de fremlagte regnskaber, har fonden ikke haft udgifter til fremmed viceværthjælp, selvom en udlejningsejendom med flere lejere selvsagt kræver viceværtarbejde udført.

Vedrørende lejefastsættelsen skal jeg henvise til, at det af Erhvervslejelovens § 13 fremgår, at der kan ske regulering til markedslejen, hvis lejen er væsentligt lavere eller højere end den betalte leje.

En tilsvarende vurdering må kunne anlægges i forbindelse med en vurdering af, om der sker indirekte uddeling til DD som lejer og bestyrelsesmedlem.

En vurdering kan således tage udgangspunkt i en overvejelse om der over for lejerens DD, hvis han ikke var bestyrelsesmedlem, ville kunne være sket et krav om forhøjelse ud fra den betalte leje.

Lejen i 2004 var kr. 6.750 pr. kvartal, der svarede til den daværende markedsleje. I 2022 var lejen kr. 7.212 pr. kvartal, svarende til en stigning på knap 7 %.

Set i forhold til udviklingen i nettopristallet, er det først i 2021, at lejen afviger væsentligt fra den indekserede leje.

Lejeniveauet er først klarlagt i forbindelse med den vurdering, der er foretaget af ejendomsmægler OO, [by 1].

Der er således ikke grundlag for at udvide tilbagesøgningskravet til et tidligere tidspunkt, end hvor det tydeligt kan ses, at lejen, forudsat, at der ikke vil ske tilgodeskrivning for det udførte viceværtarbejde, har været væsentligt højere end den nettoprisindekserede markedsleje for 2004.

Det gøres således fortsat gældende, at der ikke er sket indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD, subsidiært at den indbetaling, der er sket af DD beregnet fra november 2019 med tilhørende rente, er dækkende for en indirekte uddeling til DD.”

I Erhvervsstyrelsens udtalelse af 19. december 2023 anføres på ny de bestemmelser og forarbejder, som var angivet i styrelsens påbudsskrivelse af 16. oktober 2023. Endvidere anføres om sagens retlige omstændigheder:

”Retlige omstændigheder

I Vestre Landsrets dom af 8. februar 2019 fremgår følgende:³

”Det fremgår af fondens årsrapport for 2000 og 2001, at produktions- og salgsselskaberne var blevet solgt fra, hvilket havde givet fonden en regnskabsmæssig fortjeneste på 19.598.547 kr.

Det fremgår imidlertid ikke, hvem køberne var, eller hvordan handlerne i øvrigt er blevet gennemført, herunder hvordan prisen var fastsat. Der var herefter ikke på baggrund af oplysningerne i årsrapporterne eller

³ BS-2087/2012-VLR <https://domsdatabasen.dk/#sag/2025/2426>

på andet grundlag anledning for fondsmyndigheden til at tage spørgsmålet om aktiehandlernes gyldighed op til vurdering. Tidligst da fondsmyndigheden i september 2010 modtog de første mails fra Person 13, blev fondsmyndigheden gjort bekendt med de omstændigheder, der kunne begrunde, at der blev gjort krav gældende mod fondens bestyrelse, jf. herved den dagældende § 45 i lov om erhvervsdrivende fonde.

Forældelsesfristen efter forældelseslovens § 10 begyndte således tidligst at løbe fra september 2010. Sagen blev anlagt den 13. januar 2012, og kravet er derfor ikke forældet.”

Erhvervsstyrelsens udtalelse

Det bemærkes indledningsvist, at Erhvervsstyrelsens udtalelse alene baserer sig på forhold, der har relevans for styrelsens afgørelse af 16. oktober 2023. Efter at have gennemgået klagen af 13. november 2023, fastholder Erhvervsstyrelsen i sin helhed afgørelsen af 16. oktober 2023.

Klager har som sine principale og subsidiære påstand anført følgende:

”Det gøres således fortsat gældende, at der ikke er sket indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD, subsidiært at den indbetaling, der er sket af DD beregnet fra november 2019 med tilhørende rente, er dækkende for en indirekte uddeling til DD.”

Bestyrelsens ansvar og pligter

I modsætning til for eksempel kapitalselskaber, findes der ikke nogen ejerkreds i fonde. Dette betyder, at der ikke er nogen ejere, der – som en generalforsamling – kan påvirke fondsbestyrelsens dispositioner eller kan påse, at bestyrelsen administrerer fonden forsvarligt og i overensstemmelse med loven og fondens vedtægt.

Den manglende interne og eksterne kontrol med bestyrelsen i erhvervsdrivende fonde bevirker således, at det er væsentligt, at de grundlæggende betingelser om uafhængighed overholdes og respekteres af bestyrelsen. I modsat fald øges risikoen for misbrug af denne særlige retsform. Kravene til en aktiv og uafhængig bestyrelse, der loyalt arbejder for fondens formål og interesser, er derfor af afgørende betydning for fondsdannelsen som organisationsform.

Erhvervsfondslovens inhabilitetsbestemmelse er kodificeret i § 51. Bestemmelsens formål er at sikre imod interessekonflikter mellem ledelsesmedlemmer og fonden, men kravene til bestyrelsens uafhængighed strækker sig videre end til blot at sikre ledelsesorganets egen habilitet.

Bestyrelsen bør endvidere sikre, at der ikke kan rejses tvivl om, hvorvidt bestyrelsen har handlet i overensstemmelse med erhvervsfondsloven og fondens interesser, eller om der ved de foretagne dispositioner er inddraget uvedkommende hensyn.

Særligt kan der opstå tvivl, om en aftale er i fondens interesse, hvis aftalen er indgået mellem nærtstående parter. Dette skyldes, at bestyrelsen i disse situationer kan være mere tilbøjelig til at lade særinteresser forstyrre dets egen evne til loyalt at handle på vegne af fonden og i dennes interesse.

Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at der intet er til hinder for, at en erhvervsdrivende fond indgår aftaler med nærtstående parter. Bestyrelsen skal dog være opmærksom på, at når fonden vælger at indgå aftale med en nærtstående part - i stedet for at indgå aftale med en ikke-interesseforbunden part - så medfører sammenblandingen af interesser en risiko for, at bestyrelsen ved udøvelsen af sine beføjelser har forfulgt uvedkommende interesser.

Det er derfor afgørende, at bestyrelsen overholder reglen om inhabilitet og altid undersøger og er i stand til at dokumentere, at aftaler med nærtstående parter er indgået på markedsvilkår. Såfremt der er tale om et løbende retsforhold, påhviler det bestyrelsen løbende at sikre, at aftalen er udtryk for markedsvilkår.

Den lovstridige uddeling

Det fremgår af fondens besvarelse af 19. august 2022, at det lejemål som fonden har indgået med fondens forrige formand, NN blev indgået med virkning fra den 1. januar 1963.

Det fremgår af lejekontrakten af 31. januar 1963, at lejemålet oprindeligt blev indgået mellem fonden som udlejer og NN som lejer. Bestyrelsen oplyser i brevet af 19. august 2022 og brevet af 14. oktober 2022, at lejen flere gange gennem tiden er blevet reguleret. Lejemålet er i dag beliggende på [adresse 1], og udlejes i dag til enkeltmandsvirksomheden Advokatfirmaet EE v/DD med DD som fuldt ansvarlig deltager.

DD fungerer herudover som bestyrelsesmedlem og administrator for fonden. Fra den 24. august 2007 til den 19. august 2022, fungerede DD som bestyrelsesformand, jf. registreringerne i CVR.

Bestyrelsen har oplyst i brev af 19. august 2022, at lejen udgjorde 7.217,40 kr. pr. kvartal, + moms og forbrug.

Vedlagt bestyrelsens besvarelse af 14. oktober 2022 var en vurderingsberetning af lejemålet foretaget den 30. september 2022. Det fremgår heraf, at lejen på almindelige markedsmæssige vilkår vurderes at ligge på 6.000 kr. pr. måned.

På baggrund af vurderingsberetningen er det efterfølgende aftalt mellem fonden og Advokatfirmaet EE v/DD, at lejemålet i løbet af de kommende 4 år forhøjes, således at lejen i 2026 vil udgøre 62.000 kr. pr. år + moms og forbrug. Dette fremgår af brevet af 14. oktober 2022 og af aftalen om husleje-forhøjelse til lejekontrakt vedrørende lejemålet [adresse 1] indgået 13. oktober 2022. At huslejen forhøjes løbende over de kommende 4 år mellem fonden og DD begrundes i erhvervslejelovens § 13, stk. 4.

Bestyrelsen anfører endvidere i brev af 14. oktober 2022, at den aftalte leje for DD, er lavere end vurderingen af 30. september 2022 og nabo lejemålet, som aktuelt lejes ud for 74.767 kr. pr. år. Dette begrundes med en forskel i beliggenhed og lejemålenes stand.

Erhvervsstyrelsen kan på baggrund af det oplyste konstatere, at den månedlige husleje for lejemålet [adresse 1], er 2.405,8 kr. + moms og forbrug. Den årlige husleje for lejemålet er derfor 28.869,60 kr. + moms og forbrug pr. år. Markedslejen blev den 30. september 2022 vurderet til en årlig værdi af 72.000 kr. Lejen er således 43.130,40 kr. billigere årligt end den vurderede markedsleje.

Bestyrelsen har i brevet af 19. august 2022 anført, at bestyrelsen ikke har haft anledning til at antage, at lejemålet ikke oprindeligt skulle være indgået på almindelige markedsmæssige vilkår. Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at det er fondens bestyrelse, som har ansvaret for at varetage fondens formål og interesser, jf. erhvervsfondslovens § 38. Herudover har bestyrelsen ansvaret for både den daglige og overordnede drift i de tilfælde, hvor fonden ikke har ansat en direktør – hvilket er tilfældet i nærværende fond.

Udover fonden virksomhed med udlejning af fast ejendom, indebærer dette blandt andet, at det er bestyrelsens og eventuelt administrators opgave løbende at sikre, at fondens lejeindtægter bliver fastsat til en rimelig husleje svarende til markedslejen i henhold til lejelovgivningen. Dette gælder navnlig i situationer, hvor bestyrelsen udlejer til en interesseforbundet part.

På baggrund af Erhvervsstyrelsens henvendelser og den indhentede mægler-vurdering af lejemålet, besluttede bestyrelsen som allerede nævnt, at lejen skulle hæves, og anførte i den forbindelse følgende i deres besvarelse af 14. oktober 2022:

” Den aftalte leje er lavere end den, som fremgår af vurderingen, men det bringer lejen op på et niveau, så den ikke længere afviger væsentligt fra markedslejen [...] ”

Besvarelsen må forstås således, at fondens bestyrelse selv vurderer at have udlejet lejemålet på fordelagtige vilkår til bestyrelsesmedlem og administrator i fonden DD.

Fonden anførte i klagen af 30. november 2022 til ankenævnet, at bestyrelsen ved fastsættelsen af lejen havde lagt vægt på andre forhold end markedslejen alene. I klageskriftet er det blandt andet anført, at:

”Bestyrelsen har således taget hensyn til, at der er tale om en mange-årig lejer, at lejemålet ikke er istandsat og således stadig har gamle støbejernsradiatorer mv., at lejereren har påtaget sig andre opgaver end det, der ligger i forpligtelsen som lejer og administrator, nemlig vice-vært opgaver, at ejendommen og kvarteret er udfordret med tomgang, og at fastholdelse af lejerne derfor er højere prioriteret, end det måske

ville være i andre områder af landet, hvor den ene lejer kan afløses af den anden lejer, uden at der er en lang tomgangsperiode”

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at lejemålets stand og områdets tomgangsperioder nødvendigvis vil være forhold, som altid indgår i en ejendomsmæglerens vurdering af et lejemål. Mægler anførte i sin vurdering af 30. september 2022 følgende, som må ses at understøtte styrelsens opfattelse:

”Lejemålet er ikke moderniseret. Ud fra lejemålets stand og beliggenhed, vurderer jeg lejen i det nuværende marked til Kr. 6.000,00 pr. måned, hvilket svarer til kr. 511/m². ”

Styrelsen finder derfor ikke, at fondens anbringender om lejemålets stand og beliggenhed kan føre til en anderledes vurdering, eftersom ejendomsmæglerens vurdering allerede baserer sig på disse forhold.

Derudover lægger fonden i klageskriftet vægt på, at bestyrelsen ved prisfastsættelsen af lejemålet har tillagt det betydning, at DD er mangeårig lejer af [adresse 1].

Hertil skal Erhvervsstyrelsen indvende, at det ikke ses at være relevant for sagen, at DD har været fast lejer gennem flere år. Netop fordi der er tale om en aftale mellem nærtstående parter, er det særligt vigtigt, at bestyrelsen sikrer, at lejeaftalen er indgået på markedsmæssige vilkår. Eftersom der er tale om et løbende retsforhold, påhviler det bestyrelsen løbende at sikre, at lejeaftalen er på markedsvilkår.

Erhvervsstyrelsen skal yderligere bemærke, at DD må antages at have været langt mere tilbøjelig til at fortsætte i lejemålet og dermed blive mangeårig lejer, eftersom lejeaftalen er indgået på favorable vilkår og løbende har begunstiget ham.

I fondens klageskrift af 13. november 2023, anføres der blandt andet følgende om lejeniveauet for ejendommen:

”Lejen i 2004 var kr. 6.750 pr. kvartal, der svarede til den daværende markedsleje.

I 2022 var lejen kr. 7.212 pr. kvartal, svarende til en stigning på knap 7 %.

Set i forhold til udviklingen i nettopristallet, er det først i 2021, at lejen afviger væsentligt fra den indekserede leje.

Lejeniveauet er først klarlagt i forbindelse med den vurdering, der er foretaget af ejendomsmægler OO, [by 1].

Der er således ikke grundlag for at udvide tilbagesøgningskravet til et tidligere tidspunkt, end hvor det tydeligt kan ses, at lejen, forudsat, at der ikke vil ske tilgodeskrivning for det udførte viceværtarbejde, har

været væsentligt højere end den nettoprisindekserede markedsleje for 2004.”

Det er uklart for Erhvervsstyrelsen, hvad der reelt menes med ovenstående. Styrelsen skal dog igen understrege, at det altid påhviler bestyrelsen at sikre, at fondens transaktioner og aftaler, herunder navnlig aftaler med nærtstående parter, indgås på markedsvilkår. Det er således ikke en formildende omstændighed, at bestyrelsen først i forbindelse med styrelsens anmodning om oplysninger indhenter en uafhængig mæglervurdering den 30. september 2022. Tværtimod kan anbringendet indikere, at bestyrelsen først i 2022 får den nødvendige indsigt i erhvervslejemålets reelle værdi.

Det skal hertil tilføjes, at bestyrelsens manglende viden om erhvervslejemålets reelle værdi disharmonerer med fondens principale påstand, som er, at DD har modtaget betaling for viceværtsopgaver i fonden ved at modregne betalingen herfor i lejeudgiften. Som det også fremgår af nedenstående, har bestyrelsen aldrig indgået en aftale om viceværtsarbejdet, hvilket blandt andet indebærer, at der aldrig er aftalt en pris for det påståede ekstraarbejde. Der er med andre ord angiveligt sket modregning i to fordringer, hvor værdien af både hovedfordringen og modfordringen har være ukendte. Hvordan dette er muligt, er ligeledes uklart for styrelsen. For så vidt angår det påståede viceværtsforhold, henvises der til afsnittet herom nedenfor.

Det er et almindeligt gældende fongsretsligt udgangspunkt, at aftaler mellem fonde og nærtstående parter skal ske på markedsvilkår, og at formueforskydninger som følge af, at aftaler ikke er indgået på markedsvilkår, må håndteres som gaver, udlodninger, uddelinger mv. Dette hænger sammen med, at kapitalafgang i en erhvervsdrivende fond kun kan ske som uddelinger og kapitalnedsættelser.

Uddeling omfatter også andre former for økonomiske begunstigelser end traditionelle udbetalinger af kontanter eller formuegoder fra fonden, jf. lovbetænkningerne til erhvervsfondslovens § 77. En situation, hvor en fond udlejer en lejlighed til under markedslejen, kan efter omstændighederne være omfattet af bestemmelserne om uddeling og vil i givet fald skulle behandles som sådan og derfor også opfylde de krav, der er til sådanne.

I henhold til erhvervsfondslovens § 87 må bestyrelsesmedlemmer eller personer, der indtager en ledende stilling i fonden, ikke tillægges andre ydelser end et vederlag. Forbuddet er overordnet begrundet i en interessekonflikt, idet andre ydelser end et vederlag betragtes som uddeling. Der er hermed sammenfald mellem dem, der foretager uddeling, og modtagerne heraf. Dette gælder uanset om det tilgodesete bestyrelsesmedlem, har deltaget i behandlingen af den disposition, som udgør en uddeling eller ej.

Ved markedslejen må forstås den lovlige leje, der kan opnås ved udlejning af ejendomme efter erhvervslejelovens regler til en ikke-nærtstående part med modstående interesser. Den opkrævede husleje fraviger meget væsentligt fra den markedsleje, som fonden i henhold til mæglervurderingen kan opkræve for lejemålet.

Det er på denne baggrund Erhvervsstyrelsens samlede vurdering, at lejeaftalen mellem fonden og bestyrelsesmedlem DD ikke er sket på markedsvilkår. Den formueforskydning, som er en følge af, at lejen er blevet fastsat til væsentlig under markedslejen, udgør derfor en indirekte uddeling i strid med erhvervsfondslovens § 87.

Uddelinger foretaget i strid med erhvervsfondslovens § 87 skal tilbagebetales til fonden, jf. lovens § 88. Ved tilbagebetaling af ulovlige uddelinger, skal beløbene tilbageføres til fonden sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., jf. erhvervsfondslovens § 88, stk. 1.

I henhold til rentelovens § 5, stk. 1, er den lovpligtige rente defineret som Nationalbankens officielle udlånsrente med et tillæg på 8 pct. og med et yderligere tillæg på 2 pct., jf. erhvervsfondslovens § 88.

Modtagerens tilbagebetaling af modtagne beløb og renter gælder dog kun, hvis modtageren indså eller burde have indset, at udbetalingen af midler var ulovlig.

Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at styrelsen vurderer, at DD som bestyrelsesmedlem og administrator i fonden burde have indset, at hans egen leje af [adresse 1] skete til væsentligt under markedslejen, og at der dermed var tale om en ulovlig uddeling fra fonden i medfør af erhvervsfondsloven. I denne forbindelse skal det samtidigt bemærkes, at ukendskab til erhvervsfondslovens regler ikke fritager for ansvar.

Det er bestyrelsen, som er ansvarlige for at søge midlerne tilbagebetalt til fonden.

Såfremt tilbagebetalingen ikke kan finde sted, eller hvis modtageren af uddelingen som følge af god tro ikke har tilbagebetalingspligt, er de personer, som har medvirket til beslutningen om udbetalingen eller gennemførslen af denne, ansvarlige efter de almindelige erstatningsregler for det tab, som fonden måtte blive påført, jf. erhvervsfondslovens § 88, stk. 3.

Arbejdet som vicevært

I fondens klage af 30. november 2022 til Erhvervsankenævnet blev Erhvervsstyrelsen for første gang gjort bekendt med det påståede forhold, at DD i gennemsnit har brugt ca. en time om dagen på viceværtsopgaver på ejendommen, og som betaling for arbejdet har modtaget en lavere leje. Det fremgår desuden af klagen, at der ikke er indgået en skriftlig aftale om viceværtsarbejdet mellem DD og fonden.

Det fremgår således hverken af det indsendte materiale af 30. august 2022, 14. oktober 2022 eller af fondens årsrapporter, at DD tillige skulle have fungeret som vicevært for fonden.

Erhvervsstyrelsen er i øvrigt ikke bekendt med, at fonden på et tidligere tidspunkt skulle have oplyst overfor styrelsen, at DD skulle have fungeret som vicevært for fonden.

Erhvervsstyrelsen finder det påfaldende, at bestyrelsen har undladt at informere styrelsen om viceværtsarbejdet i forbindelse med styrelsens indhentning af oplysninger fra fondens bestyrelse.

Erhvervsstyrelsen skal i denne forbindelse fremhæve følgende besvarelser fra fondens bestyrelse:

I bestyrelsens redegørelse af 30. august 2022 har bestyrelsen anført, at:

”Den hidtidige formand for bestyrelsen har ikke varetaget andre hverv for fonden.”

I bestyrelsens redegørelse af 14. oktober 2022 har bestyrelsen anført, at:

”Den aktuelle leje for administrators lejemål er lavere end for nabolejemålet. Det skyldes dels den gamle lejekontrakt, dels den forskel i beliggenhed og stand som er nævnt ovenfor. Der er nu blevet lavet en ny vurdering af markedslejen for administrators lejemål af ejendomsmægler OO, [by 1]. Vurdering vedlægges. På baggrund af denne vurdering er det nu aftalt, at lejen for administrators lejemål forhøjes til 62.000 kr. pr. år. + moms og forbrug. Stigningen fordeles over de kommende år, i overensstemmelse med princippet i erhvervslejelovens § 13, stk. 4.”

Såfremt DD reelt har udført en times viceværtsarbejde for fonden i gennemsnit om dagen, og hans betaling herfor er sket gennem en lavere leje, må oplysningen anses at være helt central for sagen. Det fremstår derfor undringsværdigt, at bestyrelsen enten har glemt at oplyse herom eller simpelthen har vurderet, at forholdet ikke var af betydning for sagen, og derfor valgt ikke at informere styrelsen om forholdet.

Erhvervsstyrelsen anførte derfor i sin udtalelse af 7. februar 2023, at det har karakter af en efterrationalisering, når fonden anfører, at Advokat DD desuden har udført en times viceværtsarbejde om dagen i ejendommen, og at fondens betaling for dette arbejde er sket igennem en lavere fastsat leje.

I fondens supplerende bemærkninger af 27. februar 2023 fastholder fonden, at DD arbejder som vicevært, og anfører samtidig at årsagen til, at der ikke er blevet oplyst herom, skyldes, at Erhvervsstyrelsen ikke har spurgt:

”Det forhold, at den ikke er medtaget i forbindelse med Erhvervsstyrelsens forespørgsel, må alene antages at skyldes, at fonden og lejer har været fokuseret på at fremkomme med de oplysninger, der blev efterspurgt.”

Det fremgår således ikke, at Erhvervsstyrelsen har spurgt, om der er udført andet arbejde, der kunne medføre en lavere leje."

Det er uklart for Erhvervsstyrelsen, hvad fonden reelt mener med ovenstående anbringender, eftersom bestyrelsen gentagende gange har haft klare og indlysende anledninger til at oplyse om det påståede forhold. Eksempelvis anmodede styrelsen den 14. juni 2022 blandt andet om følgende:

"Bestyrelsens overvejelser om, hvorvidt formanden udfører hverv for fonden af varig eller tilbagevendende karakter, der ikke er en del af hvervet som formand, jf. erhvervsfondslovens § 52, stk. 3, 1. pkt."

I forlængelse heraf anmodede styrelsen den 21. september 2022 om supplerende oplysninger, som kunne være med til at belyse, hvorvidt lejemålet var indgået på markedsmæssige vilkår. Erhvervsstyrelsen har således af flere omgange anmodet om oplysninger, hvor bestyrelsen må anses for retligt forpligtet til at oplyse om det påståede forhold, men hvor bestyrelsen ikke desto mindre har undladt det.

Det skal endvidere bemærkes, at bestyrelsen den 14. oktober 2022 blandt andet indsendte en redegørelse, hvori bestyrelsen anfører, at det er blevet besluttet at bringe lejen op på et niveau, hvor lejen ikke længere afviger væsentligt fra markedslejen. Heller ikke i denne forbindelse fandt bestyrelsen det relevant at oplyse om, at DD fungerede som vicevært for fonden, og at lejen derfor var markedskonform, da betalingen for arbejdet skete gennem en lavere leje. I stedet blev det alene besluttet at hæve lejen.

Først efter Erhvervsstyrelsen den 3. november 2022 gør bestyrelsen opmærksom på, at fonden har et tilbagebetalingskrav mod DD, oplyser bestyrelsen om viceværtsforholdet i klagen af 30. november 2022 til Erhvervsankenævnet.

Endvidere har bestyrelsen heller ikke efterfølgende været i stand til at fremføre nogen form for dokumentation for, at DD har være ansat som vicevært i fonden, og i gennemsnit udført ca. 1 times arbejde om dagen. Det skal hertil tilføjes, at de efterfølgende indhentede viceværtstilbud, kvitteringer fra PP A/S og udsagn fra lejere i ejendommen ikke ses at dokumentere, hvorvidt DD hidtil har fungeret som vicevært for fonden.

Det skal i denne sammenhæng understreges, at Erhvervsstyrelsen ikke anfægter, at DD kan have udført opgaver, som normalvis ville udføres af en vicevært. Efter styrelsens opfattelse er der imidlertid allerede sket betaling for disse ydelser gennem administratorhvervet. Efterrationaliseringen består således hovedsageligt i den efterfølgende og bagudrettede kategorisering af arbejdet som særskilte viceværtsopgaver fremfor administratoropgaver.

Erhvervsstyrelsen finder på denne baggrund fortsat ikke, at det er relevant for sagen om den indirekte uddeling og fondens krav mod DD, når fonden anfører, at DD tillige har udført viceværtsarbejde for fonden.

Afslutningsvist bemærker Erhvervsstyrelsen, at såfremt viceværtsarbejdet rent faktisk har fundet sted, må DDs (advokatfirmaet v/DD) og fondens skatteregnskaber nødvendigvis vise dette. Styrelsen skal derfor endnu en gang opfordre bestyrelsen til at indsende skatteregnskaber for henholdsvis fonden og DD til Erhvervsankenævnet som dokumentation for forholdets rigtighed.

Erhvervsstyrelsen opfordrede også til dette i sin udtalelse af 7. februar 2023, men bestyrelsen har fortsat ikke forholdt sig til hertil.

Det skal for en fuldstændighedens skyld bemærkes, at det af fondens årsrapport for 2022 fremgår, at legatets advokat har modtaget 30.000 kr. i regnskabsåret for assistance med legatets lejemål. Årsrapporten blev godkendt af bestyrelsen den 1. maj 2023. Som også nævnt i ovenstående, har der ikke tidligere været oplyst herom i fondens årsrapporter for tidligere år.

Krav om skriftlighed

I det omfang det lægges til grund, at DD tillige har været ansat som vicevært i fonden, og at arbejder falder uden for hans arbejde som administrator, skal Erhvervsstyrelsen komme med følgende bemærkninger.

Som nævnt ovenfor, er der ikke indgået en skriftlig aftale om viceværtsarbejdet mellem DD og fonden. Af klagen den 30. november 2022 fremgår blandt andet følgende om forholdet:

"Der burde have været indgået en aftale herom med aflønning for vicevært opgaverne, men en sådan aftale er ikke indgået.

Bestyrelsen har selvsagt været vidende om ejendommens udlejningsforhold helt overordnet, men henset til det arbejde, administrator ligger i ejendommen, har der ikke været indsigelser mod lejefastsættelsen."

Af fondens brev den 27. april 2023 anføres desuden, at:

"Administrators/lejers eventuelle brøde består i, at han ikke har indgået en aftale med fonden om betaling af hans ydelse som vicevært, således at forholdene var afklaret, og der var transparens i relation til fonden."

På baggrund af de indsendte redegørelser anser styrelsen det fortsat for uklart, hvorvidt bestyrelsen har behandlet spørgsmålet om DDs ansættelse som vicevært, eller hvorvidt bestyrelsen har været vidende om viceværtsarbejdets præcise omfang samt aflønningen for arbejdet, hvilket i sig selv er meget problematisk.

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 63, stk. 2, at aftaler mellem fonden og et eller flere medlemmer af ledelsen kun er gyldige, hvis de affattes på en måde, som senere kan dokumenteres, medmindre der er tale om aftale på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende. Bestemmelsen fraviger således fra det aftaleretlige udgangspunkt, hvorefter mundtlige aftaler er bindende.

Det fremgår af lovbemærkningerne til lovens § 63, stk. 2, at baggrunden for bestemmelsen er, at der ikke er nogen kontrollerende ejerkreds, hvorfor der i fonde er et særligt behov for, at bestyrelsen kan dokumentere de aftaler, som fonden indgår med medlemmer af ledelsen.

Fondsbestyrelsen har ikke været i stand til at dokumentere aftalen, hvorfor aftalens gyldighed afhænger af, hvorvidt aftalen kan karakteriseres som værende på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende.

Sædvanlige vilkår er kendetegnet ved vilkår, som gælder mellem uafhængige parter, jf. lovbemærkningerne til selskabslovens § 127, stk. 2, som erhvervsfondslovens § 63, stk. 2, er baseret på. De få oplysninger, som fonden har anført om viceværtaftalen, indikerer ikke, at viceværtaftalen er indgået på sædvanlige vilkår, idet en aftale mellem fonden og med en uafhængig part netop må antages at være baseret på et skriftligt grundlag og indeholde nærmere bestemmelser om viceværtarbejdets kvalitet, omfang, pris, mv.

Derudover vil sædvanlige vilkår efter Erhvervsstyrelsens vurdering også være kendetegnet ved, at fonden løbende foretager dispositioner af lignende karakter med uafhængige parter, og om de kan betragtes som sædvanlige for fonden og inden for branchen, jf. lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 87.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at allerede fordi fonden ikke foretager dispositioner af lignende karakter med uafhængige parter, så kan viceværttaftalen ikke anses som værende indgået på sædvanlige vilkår, da dette nødvendigvis må forudsætte, at fonden har flere viceværter ansat, inden for senere tid har indgået andre aftaler med uafhængige viceværter eller lignende.

Det er således Erhvervsstyrelsen vurdering, at viceværttaftalen er ugyldig i henhold til erhvervsfondslovens § 63, stk. 2.

Selv hvis viceværttaftalen kunne anses for at være indgået på sædvanlige vilkår, som led i et løbende mellemværende, må den også ud fra almindelige aftaleretlige overvejelser anses for at være ugyldig. Dels er den i strid med selvkontraheringsforbuddet (en fuldmagtshaver kan ikke disponere til fordel for sig selv), og administrationsaftalens § 3, stk. 6, hvor det fremgår, at viceværtarbejdet ikke må udføres af lejere:

”Administrator kan på legatets vegne indgå aftale med en vicevært el.lign. om fornøden renholdelse af ejendommens fællesarealer, herunder vinduer, i den udstrækning arbejdet ikke udføres af lejerne.”

Bestyrelsens opgørelse af kravet

Erhvervsstyrelsen anmodede den 3. november 2022 fondens bestyrelse om at udarbejde en opgørelse over de samlede krav, som bestyrelsen vurderede at have mod DD.

Den 27. april 2023 modtog styrelsen blandt andet en opgørelse som viser, at DD har tilbagebetalt 155.292,74 kr. til fonden, hvoraf renterne udgør 25.901,54 kr. heraf. Tilbagebetalingen omfatter 36 lejebetalinger og strækker sig 3 år tilbage i tid.

Det er uklart for Erhvervsstyrelsen, hvorvidt bestyrelsens tidsmæssige afgrænsning af fondens tilbagebetalingskrav skyldes forældelsesretlige overvejelser eller at bestyrelsen har vurderet, at der kun er sket indirekte uddelinger 3 år tilbage i tid.

Det fremgår af fondens bemærkninger af 27. februar 2023 og brev af 27. april 2023, at bestyrelsen er af den fejlagtige opfattelse, at Erhvervsstyrelsen i sin afgørelse af 3. november 2022 opgjorde størrelsen af det tilbagebetalingskrav, som styrelsen mener, at fonden har mod DD.

I brevet af 27. april 2023 fremgår følgende:

"Erhvervsstyrelsens brev er således svært at forstå anderledes end, at afgørelsen indeholder en vurdering af, at det beløb, der efter Erhvervsstyrelsens opfattelse, er udbetalt i strid med Erhvervsfondslovens § 87, udgør forskellen imellem det, som mægleren har vurderet til maks. leje og den reelt betalte leje."

Erhvervsstyrelsen skal derfor endnu engang slå fast, at styrelsen ikke har opgjort kravets størrelse. Styrelsen har derimod alene fundet, at den betalte leje fraviger væsentligt fra markedslejen, hvorfor fonden har et tilbagebetalingskrav mod DD. Selve opgørelsen af kravets størrelse påhviler bestyrelsen, herunder hvornår misforholdet er opstået.

Bestyrelsen anfører endvidere i brev af 27. april 2023 følgende vedrørende opgørelsen af kravet:

"Det er tillige i sagen ikke klarlagt, hvornår markedslejen er steget, og hvornår misforholdet er opstået."

Det skal hertil bemærkes, at Erhvervsstyrelsen er enig i, at det på nuværende tidspunkt hverken er klarlagt, hvornår de indirekte uddelinger er opstået, og i hvilket beløbsmæssigt omfang de indirekte uddelinger har fundet sted. Bestyrelsen skal derfor først og fremmest klarlægge disse forhold, sådan at fondens krav mod DD kan gøres op.

Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at styrelsen anerkender de vanskeligheder, som er forbundet med at foretage denne samlede opgørelse, hvilket først og fremmest skyldes, at tilbagebetalingskravet udspringer af et løbende retsforhold, hvor en lejer har betalt en leje, som ligger væsentligt under markedslejen. Konkret består udfordringen således i at anslå markedslejen for lejemålet bagud i tid. Hvordan dette gøres på den mest hensigtsmæssige måde, er ligeledes bestyrelsens ansvar at sikre.

Såfremt det lægges til grund, at de indirekte uddelinger strækker sig mere end 3 år tilbage i tid, rejser opgørelsen af kravets samlede størrelse endvidere en række forældelsesretlige spørgsmål.

Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse forældes de enkelte lejeydelser som selvstændige krav, og udgangspunktet er herefter, at disse enkelte fordringer forældes 3 år efter lejen har kunnet kræves indbetalt, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1.

Dette forældelsesretlige udgangspunkt modificeres imidlertid af en række undtagelser, herunder forældelseslovens § 10, hvorefter der kan ske udskydelse af forældelsen for krav, der tilkommer en fuldmagtsgiver eller et selskab mv. i anledning af, at en fuldmægtig eller et medlem af selskabets ledelse har tilsidesat sine forpligtelser i forhold til fuldmagtsgiveren/selskabet.

Bestemmelsen omfatter alle krav, som vedrører udførelsen af hvervet som ledelsesmedlem, og medfører i princippet, at krav som en virksomhed har mod et ledelsesmedlem, er uforældelige. Af hensyn til skyldneren indtræder forældelse dog i følgende to tilfælde:

- i. *tidligst, når der er forløbet 3 år efter hvervets ophør*
- ii. *eller fra det tidligere tidspunkt da fordringshaveren eller den, der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne, er eller burde være blevet bekendt med de omstændigheder, hvorpå kravet støttes.*

Særreglen i forældelseslovens § 10 er medtaget i loven af hensyn til fordringshaveren, fordi der mellem parterne bestod et særligt pligtforhold, og de heraf følgende forpligtelser er blevet tilsidesat, samtidig med at den hvis interesser er blevet tilsidesat, var afhængig af, at skyldneren skulle varetage disse interesser.

I lovbemærkningerne til bestemmelsen bruges som eksempel på et krav omfattet af bestemmelsen situationen, hvor bestyrelsen har foretaget ulovlige udlodninger til sig selv.

Det er på denne baggrund Erhvervsstyrelsens vurdering, at fondens tilbagebetalingskrav mod DD er en fordring omfattet af undtagelsesbestemmelsen i forældelseslovens § 10, da årsagen til at kravet aldrig er blevet rejst, er, at den som fonden afhænger af rejser kravet, er skyldneren i selvsamme retsforhold.

Spørgsmålet bliver herefter, om der på grund af udskiftning i bestyrelsen eller på grund af kendskab til de omstændigheder hvorpå kravet støttes, alligevel må anses for at være sket forældelse i henhold til forældelseslovens § 10.

For så vidt angår udskiftning i bestyrelsen, så fremgår det af fondens registrerede oplysninger i CVR, at der ikke har været foretaget udskiftninger i bestyrelsen siden DD, indtrådte i bestyrelsen den 19. juni 2007. Der kan således ikke være indtrådt forældelse som følge af hvervets ophør.

For så vidt angår de øvrige bestyrelsesmedlemmers kendskab til de omstændigheder, hvorpå kravet støttes, så er det fortsat styrelsens opfattelse, at den øvrige bestyrelse ikke har været bekendt med samtlige af de omstændigheder, som tilbagebetalingskravet støttes. Styrelsens opfattelse baserer sig blandt andet på, at der ses at have været en uheldig magtkoncentration i bestyrelsen og sammenblanding af roller, hvor DD frem til den 19. august 2022, både fungerede som bestyrelsesformand, administrator og lejer. Det er på denne baggrund uklart, hvorvidt den øvrige bestyrelse reelt har været bekendt med lejeforholdets præcise vilkår.

Lægges ovenstående til grund, begyndte forældelsesfristen efter forældelseslovens § 10 således tidligst at løbe fra oktober 2022, da Erhvervsstyrelsen blev bekendt med de omstændigheder, hvorpå tilbagebetalingskravet støttes. Dette medfører, at et eventuelt tilbagebetalingskrav opstået helt tilbage i 2007, som udgangspunkt ikke vil være forældet.

Opgørelsen af det samlede tilbagebetalingskrav bør derfor ikke tidsmæssigt afgrænses til alene at omfatte krav opstået inden for de sidste 3 år, men må i stedet strække sig helt tilbage i tid til første gang, hvor der blev betalt en leje, som væsentligt fraveg fra markedslejen.

Hvis det derimod lægges til grund, at den øvrige bestyrelse kendte til de omstændigheder, hvorpå tilbagebetalingskravet støttes, hvormed kravet mod DD alligevel er forældet, jf. forældelseslovens § 10, og tilbagebetalingen derfor ikke kan finde sted, kan de medlemmer af bestyrelsen, som har medvirket til beslutningen eller gennemførelsen af de indirekte uddelinger være erstatningsansvarlige, jf. erhvervsfondslovens § 88, stk. 3.

Såfremt de erstatningsretlige grundbetingelser er opfyldt, risikerer bestyrelsen i så fald at hæfte solidarisk for det samlede tab, som fonden har lidt. Hvis bestyrelsen i dette tilfælde har været bekendt med samtlige af de omstændigheder, hvorpå kravet støttes, men ikke desto mindre har undladt at kræve beløbet tilbagebetalt til fonden, ses den samlede bestyrelse, efter Erhvervsstyrelsens opfattelse, at være erstatningsansvarlige over for fonden for det tab, som fonden har lidt.

Det er endvidere styrelsens opfattelse, at fondens erstatningskrav mod den samlede bestyrelse vil være omfattet af forældelseslovens § 10, hvorfor forældelsesfristen også i dette tilfælde først begyndte at løbe fra oktober 2022.

Erhvervsstyrelsens vurdering af forældelseslovens § 10 understøttes af Vestre Landsrets dom af 8. februar 2019.⁴

I sagen var den samlede bestyrelse bekendt med samtlige omstændigheder vedrørende en aktieoverdragelse, som skete til væsentligt under markedsprisen på fondens bekostning. Landsretten fandt den samlede bestyrelse erstatningsansvarlige som følge af aktieoverdragelsen, selvom overdragelsen havde fundet sted 12 år før sagen blev anlagt. Landsretten udtalte i denne

⁴ BS-2087/2012-VLR <https://domsdbasen.dk/#sag/2025/2426>

forbindelse, at erstatningskravet ikke var forældet, jf. forældelseslovens § 10, da forældelsesfristen først begyndte at løbe fra det tidspunkt, hvor fondsmyndigheden blev gjort bekendt med de omstændigheder, der kunne begrunde, at der blev gjort et krav gældende mod fondens bestyrelse.

Som sagen på nuværende tidspunkt er oplyst, er det styrelsens opfattelse, at fondens samlede tilbagebetalingskrav er større end 155.292,74 kr. Det påhviler imidlertid som allerede nævnt fondens bestyrelse at foretage denne opgørelse, og opgørelsen forudsætter selvsagt, at der foretages en grundig og faglig undersøgelse af de faktiske omstændigheder, som tilbagebetalingskravet baserer sig på. En sådan undersøgelse har fondens bestyrelse endnu ikke foretaget.”

I skrivelse af 23. januar 2024 har intervenient DD anført bl.a.:

”...

Arbejdet som vicevært

Erhvervsstyrelsen anfører flere steder, at spørgsmålet om viceværtsarbejdet må anses for at være helt centralt for sagen. Det fremgår bl.a. af udtalelsen af 19. december 2023, s. 16 og af styrelsens skrivelse af 16. oktober 2023, s. 12.

Men Erhvervsstyrelsen betvivler fortsat, at viceværtsarbejdet rent faktisk er blevet udført. På s. 17 i udtalelsen af 19. december 2023 står:

Endvidere har bestyrelsen heller ikke efterfølgende været i stand til at fremføre nogen form for dokumentation for, at DD har være ansat som vicevært i fonden, og i gennemsnit udført ca. 1 times arbejde om dagen. Det skal hertil tilføjes, at de efterfølgende indhentede viceværtstilbud, kvitteringer fra PP A/S og udsagn fra lejere i ejendommen ikke ses at dokumentere, hvorvidt DD hidtil har fungeret som vicevært for fonden.

Det må på baggrund af de indsendte erklæringer fra lejerne i fondens ejendom, kvitteringer for indkøb af materialer og listen med eksempler på udførte arbejder være dokumenteret ud over enhver rimelig tvivl, at undertegnede har fungeret som vicevært.

De nævnte erklæringer fra lejerne, kvitteringer og eksempler på udført viceværtsarbejde er fremlagt af Advokat CC med hans klage af 13. november 2023. Bilagene er ikke medtaget på Erhvervsstyrelsens bilagsoversigt.

Det citerede er da også i modstrid med hvad Erhvervsstyrelsen skriver efterfølgende:

Det skal i denne sammenhæng understreges, at Erhvervsstyrelsen ikke anfægter, at DD kan have udført opgaver, som normalvis ville udføres af en vicevært.

Som noget nyt anfører Erhvervsstyrelsen:

Efter styrelsens opfattelse er der imidlertid allerede sket betaling for disse ydelser gennem administratorhvervet.

Det er et nyt anbringende, og det er forkert. Der er ikke betalt for viceværtsarbejdet gennem vederlaget for administrationen. Det fremgår af administrationsaftalen af 19. december 2014, at administrator kunne antage en vicevært, ikke at arbejdet som administrator også omfattede viceværtsarbejdet. Det er i øvrigt ikke sædvanligt, at de to funktioner er sammenfaldende.

Erhvervsstyrelsens opfattelse støttes således hverken af sagens skriftlige materiale, eller af, hvad der er sædvanligt på området.

Påstanden støttes heller ikke af de økonomiske fakta: Administrationshonoraret var i 2021 på 47.300 kr. (bilag 3). Udgiften til en ekstern vicevært ville ifølge de indhentede tilbud (bilag 29 og 30) være på mellem 53.000 og 111.000 kr. pr. år. Disse tal understøtter ikke påstanden om, at der er ydet betaling for arbejdet som vicevært gennem administrationshonoraret.

Endelig hedder det i udtalelsen af 19. december 2023:

Erhvervsstyrelsen finder på denne baggrund fortsat ikke, at det er relevant for sagen om den indirekte uddeling og fondens krav mod DD, når fonden anfører, at DD tillige har udført viceværtsarbejde for fonden.

Det er i modstrid med, hvad der anføres flere andre steder, hvor det anføres, at spørgsmålet om viceværtsarbejdet er helt centralt.

Der er allerede fremlagt erklæringer fra flere af ejendommens lejere og eksempler på kvitteringer for indkøb af materialer til viceværtsarbejdet. Som bilag A fremlægges yderligere en kvittering for indkøb af en affugter d. 13. januar 2023. Hvis det ønskes, kan der fremlægges flere, f.eks. for indkøb af cement, murrist m.v. (anvendt til reparation af væg i en kælder), stige (anvendt bl.a. til reparation af nedløbsrør), osv. Der er desuden indkøbt spande og en vådstøvsuger, anvendt i forbindelse med nogle vandskader.

Såfremt der ønskes yderligere dokumentation, kan der bl.a. fremlægges aftaler om indlæg af fibernetværk i fondens ejendom. Alle aftaler indeholder detaljeret fotodokumentation, der viser den valgte kabelføring til de enkelte lejemål. Kabelføringen er fastlagt under en grundig gennemgang af ejendommen, foretaget af en tekniker fra teleselskabet og undertegnede i fællesskab.

Undertegnede er ligeledes i besiddelse af diverse maling, pensler m.v., som bl.a. har været anvendt til overmaling af graffiti og andre mindre skader, håndværktøj, elpærer m.v. Alt kan fremvises. Erhvervsstyrelsen og Ankenævnet er velkomne til at besigtige ejendommen, og få en rundvisning.

Mange af viceværtsopgaverne kræver et godt kendskab til ejendommen. Det er en ældre etageejendom på ca. 1.000 m² etageareal + udendørsarealer. Der

er nogle gange behov for akut nødvendige reparationer m.v., f.eks. af låse, døre og andet.

Det har derfor vist sig upraktisk at antage en ekstern vicevært, der ikke ville være til stede i bygningen dagligt, og ikke have det fornødne kendskab til ejendommen. Det er årsagen til, at der ikke er antaget en ekstern vicevært. I stedet har undertegnede i praksis udført de opgaver, der normalt ville blive udført af en vicevært.

Flere steder i Erhvervsstyrelsens skrivelse af 16. oktober 2023, bl.a. på s. 11, 12 og 13, omtales "betaling" for viceværtsarbejdet. Det er en misforståelse. Der har ikke tidligere været en formel og eksplicit aftale om viceværtsarbejdet, og derfor heller ikke en tilsvarende aftale om betaling herfor.

Der har været tale om en fulgt praksis, en faktisk fulgt adfærd, som måske bedst kan sammenlignes med aftalerettens kvasiløfter eller realaftaler. Der forelå ikke en udtrykkelig aftale om funktionen som vicevært før den nye administrationsaftale af 22. april 2023 (bilag B). Der forelå derimod en praksis eller stiltiende ordning, hvorefter viceværtsfunktionen blev varetaget af undertegnede.

Erhvervsstyrelsen gentager en opfordring til at fremlægge skatteregnskaber til belysning af spørgsmålet om viceværtsarbejdet. Disse er ikke relevante, netop fordi der ikke tidligere har eksisteret en formel aftale og tilsvarende aflønning. Det er mere relevant at henvise til fondens regnskab, der dokumenterer, at fonden ikke har haft en udgift til en vicevært.

Med det fremlagte må det være godtgjort, at viceværtsarbejdet er udført.

Det skal dog bemærkes, at der ikke er foretaget en løbende tidsregistrering af viceværtsarbejdet. Der er derfor tale om et overslag, når der nævnes ca. en times arbejde pr. dag. Overslaget kan sammenlignes med de overslag over arbejdets omfang og værdi, som fremgår af de to tilbud på viceværtsarbejdet der er fremlagt som bilag 29 og 30. Her anslår to uafhængige virksomheder, som begge har beset ejendommen, arbejdet til 2 – 4 t. pr. uge. Det må antages, at en del af det faktisk udførte arbejde, f.eks. i forbindelse med vandskader, ville have medført ekstraarbejde ud over det anslåede timetal. Sådant ekstraarbejde er medtaget i mit overslag på (i gennemsnit) 5 t. pr. uge.

Tilbuddet fra QQ A/S indeholdt et underbilag med det anslåede timetal, en såkaldt service-beskrivelse. Dette underbilag er ikke med i bilag 29, og fremlægges derfor som bilag C.

Som eksempel på ekstraarbejde kan nævnes en vandskade d. 13. januar 2023. Fra bygningens 2. sal trængte der om formiddagen en del vand ned på 1. sal, og videre ned i en butik i stueetagen ([adresse 4]). Der blev øjeblikkeligt sat spande op, der blev tilkaldt håndværkere, bl.a. en elektriker, da strømmen var gået i den nævnte butik. Butikken lukkede pga. vandskaden. For at begrænse tabet måtte der fjernes mest muligt vand fra både 1. sal og selve butikken. Arbejdet tog meget af dagen. Om aftenen, kl. 18.24 (jf. bilag A), blev der

indkøbt en affugter, som blev sat i drift samme aften. De følgende dage (incl. lørdag og søndag) blev spande og affugter tømt.

Værdien af viceværtsarbejdet dokumenteres af de fremlagte tilbud. Tilbuddet fra RR A/S af 12. april 2023 er på 111.600 kr. pr. år, mens tilbuddet fra QQ A/S er på ca. 53.000 kr. (104 t. á 510 kr.).

Erhvervsstyrelsen skriver, at man finder det uklart, hvorvidt bestyrelsen har behandlet spørgsmålet om ansættelsen som vicevært.

Hertil kan jeg oplyse, at spørgsmålet ikke har været særskilt behandlet af bestyrelsen før den nuværende administrationsaftale (bilag B) blev indgået, jf. ovenstående oplysninger om, at der ikke tidligere har været en formel aftale om arbejdet. Der forelå ikke tidligere en eksplicit aftale, men en praksis fulgt gennem tiden.

Erhvervsstyrelsen undrer sig over, at der ikke oplyses om viceværtsarbejdet i de første besvarelser fra fondens side.

Det forstår jeg godt. Det var imidlertid først da Advokat CC påtog sig sagen i november 2022, at bestyrelsen blev gjort opmærksom på, at viceværtsarbejdet efter hans opfattelse kunne være af afgørende betydning for sagen. Som nævnt ovenfor, forelå der ikke tidligere en udtrykkelig eller skriftlig aftale om viceværtsarbejdet, og der var derfor heller ikke noget skriftligt, der kunne fremlægges.

Nederst s. 17 i udtalelsen af 19. december 2023 henviser Erhvervsstyrelsen til, at det fremgår af fondens årsrapport for 2022, at legatets advokat har modtaget 30.000 kr. i regnskabsåret for assistance med legatets lejemål.

Det er korrekt. Det nævnte beløb er honorar for arbejde udført i forbindelse med lejerskift i to af fondens butiklejemål, [adresse 4] og [adresse 5]. Honoraret dækker indgåelse af formidlingsaftale med mægler, godkendelse af lejepropekt, løbende kontakt med mægler gennem ca. 2 år (bl.a. løbende drøftelser af tiltag med henblik på at fremme udlejningen), forhandlinger med nye lejere om lejekontrakter og om ændringer i lejemål og lagerlokaler, flytteafregning, avertering til leje, korrespondance med interesserede lejere, m.v. – dvs. administrationsarbejde, som ligger ud over det daglige arbejde som administrator, jf. administrationsaftale af 14. dec. 2014 § 4. Der kan argumenteres for, at en nøgleoverdragelse måske kan betragtes som en sædvanlig viceværtøpgave. Men det er også den eneste del af det arbejde, der er udført for det nævnte honorar, som evt. kan kaldes viceværtarbejde.

Erhvervsstyrelsen anfører, at gyldigheden af viceværtsaftalen afhænger af, hvorvidt aftalen kan karakteriseres som værende på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende. Det mener Erhvervsstyrelsen ikke.

Det er imidlertid helt sædvanligt, at et lejemål udlejes til en nedsat leje, mod at lejer påtager sig funktionen som vicevært. Funktionen som vicevært kan her som nævnt måske bedst karakteriseres som en stiltiende aftale eller

kvasiaftale, jf. ovenfor, som er indgået på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende. Det er som nævnt ikke usædvanligt, at en lejer fungerer som vicevært, og til gengæld har en lidt lavere leje.

Erhvervsstyrelsen skriver videre:

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at allerede fordi fonden ikke foretager dispositioner af lignende karakter med uafhængige parter, så kan viceværtsaftalen ikke anses som værende indgået på sædvanlige vilkår, da dette nødvendigvis må forudsætte, at fonden har flere viceværter ansat, inden for senere tid har indgået andre aftaler med uafhængige viceværter eller lignende.

Hertil vil jeg bemærke, at der løbende indgås mundtlige aftaler med håndværkere om udførelse af diverse reparations- og vedligeholdelsesarbejder. P.t. er der en aftale med en VVS-mester om udskiftning af tærede rør i en kælder, en aftale med en murer om omlægning af fliser og etablering af en pumpebrønd, samt en aftale med en håndværker om en mindre reparation af ejendommens skiffertag. Alle tre aftaler er mundtlige.

Det kan bemærkes, at alle tre aftaler også indebærer viceværtsarbejde. Skaderne er opdaget ved det (daglige) tilsyn med ejendommen, og udbedringsarbejderne indebærer at håndværkerne skal vises rundt, der skal laves aftaler med berørte lejere om adgang, arbejdet inspiceres (godkendes) efter endt udførelse, mv.

Endelig anfører Erhvervsstyrelsen:

Selv hvis viceværtaftalen kunne anses for at være indgået på sædvanlige vilkår, som led i et løbende mellemværende, må den også ud fra almindelige aftaleretlige overvejelser anses for at være ugyldig. Dels er den i strid med selvkontraheringsforbuddet (en fuldmagtshaver kan ikke disponere til fordel for sig selv), og administrationsaftalens § 3, stk. 6, hvor det fremgår, at viceværtsarbejdet ikke må udføres af lejerne:

”Administrator kan på legatets vegne indgå aftale med en vicevært el.lign. om fornøden renholdelse af ejendommens fællesarealer, herunder vinduer, i den udstrækning arbejdet ikke udføres af lejerne.”

Jeg mener ikke, der er tale om selvkontrahering, og den fulgte praksis er ikke i strid med den tidligere administrationsaftales § 3 stk. 6. Den nævnte bestemmelse forbyder ikke lejerne at udføre viceværtsarbejde. Bestemmelsen betyder ikke andet, end hvad der står: Den giver administrator mulighed for at antage en vicevært eller lignende, til renholdelse af fællesarealer, i den udstrækning disse arealer ikke allerede renholdes af de enkelte lejere. Det fremgår af lejekontrakterne, i hvilken udstrækning noget sådant er aftalt med de enkelte lejere.

Realiteten er, at arbejdet er udført, og at det har medført en besparelse for legatet. Tages der højde for det udførte viceværtsarbejde, har legatet ikke lidt

noget tab som følge af at lejen – hvis der ses bort fra viceværtsarbejdet – i en periode har været lavere end markedslejen.

Der er altså reelt udført viceværtsarbejde. Der forelå ikke tidligere en skriftlig aftale om dette arbejdes omfang og aflønning, men det ændrer ikke ved, at arbejdet er udført. Såfremt der skal nås frem til en materielt rigtig afgørelse i sagen, må der tages hensyn til værdien af det udførte viceværtsarbejde. Samlet set må det antages, at fonden ikke har lidt noget tab, hvis den lave husleje ses i lyset af det udførte viceværtsarbejde. Snarere tværtimod.

Fondens administrationsudgifter ligger langt under de gennemsnitlige administrationsudgifter for danske fonde. En analyse af danske fondes administrationsudgifter, som Ey har udarbejdet for Erhvervsstyrelsen i 2019 (bilag 24), viser at det gennemsnitlige vederlag til administrator i 2018 var på 394.000 kr. Legatets samlede administrationsudgifter, incl. bestyrelseshonorar m.v., er væsentligt mindre end dette gennemsnit.

Udregning af et evt. krav

Såfremt ankenævnet kommer frem til, at der skal ses bort fra værdien af viceværtsarbejdet, kan det blive relevant at opgøre størrelsen af markedslejen tilbage i tid, med henblik på at fastlægge hvornår lejen begyndte af afvige væsentligt fra markedslejen.

Der foreligger ikke statistik over udviklingen i markedslejen. Vurderingen af den til enhver tid værende markedsleje er konkret i forhold til de enkelte lejemåls størrelse, stand, beliggenhed og de øvrige lejevilkår. Der er endvidere tale om oplysninger, som af konkurrencehensyn normalt betragtes som fortrolige. Det gør det ofte vanskeligt at dokumentere markedslejen i sager om regulering af leje efter erhvervslejeloven § 13.

Lejen for erhvervslejemål er imidlertid normalt knyttet til udviklingen i nettoprisindekset. Det fremgår bl.a. af Karin Laursen m.fl., "Erhvervslejeret", 2. udgave, s. 190: "En pristalsregulering er formentlig den i praksis almindeligste reguleringsmetode ...", og (samme side): "I praksis er det almindeligste reguleringsgrundlag ved pristalsregulering nettoprisindekset ...". I mangel af en statistik for markedslejen kan det derfor være relevant at bruge udviklingen i nettoprisindekset, som udtryk (også) for udviklingen i markedslejen.

Forudsætningen for, at der kan rejses et krav er, at lejen afviger væsentligt fra markedslejen.

Retspraksis har fastsat en margin på +/- 10-15%, før en afvigelse fra markedslejen kan betegnes som væsentlig. Højesteret fastslog i U.2011.1639, at en afvigelse på 10,2% i den konkrete sag ikke var væsentlig. Det hedder i dommen, at der til opfyldelse af kravet om væsentlighed må foreligge en forskel på plus eller minus 10-15 % beregnet i forhold til markedslejen, og at det beror på en samlet konkret bedømmelse, om der foreligger en væsentlig

forskel. Det anføres i dommen, at det ved bedømmelsen bl.a. må indgå, hvor sikkert det er muligt at fastslå, hvad markedslejen er.

Det må betyde, at der skal anvendes en margin på +/- 15% i denne sag.

Som bilag D vedlægges en graf over udviklingen i nettoprisindekset fra 2004 - 2023. Grafen er hentet fra Danmarks Statistik. Oven på grafen har jeg fået indtegnet to linjer, der viser intervallet +/- 15% fra indekset. Endelig har jeg indtegnet lejen for lejemålet. Der er taget udgangspunkt i, at lejen i 2004 må antages at have svaret til markedslejen, jf. vedlagte notat om lejemålet fra 2004, hvor der skete en opdeling af lejemålet i tre selvstændige lejemål (bilag E).

Som anført i notatet, var lejen i 2004 på 6.750 kr. pr. kvartal. I 2022 var lejen 7.212 kr. pr. kvartal. Lejen er altså steget ca. 6,9% i perioden.

Ifølge grafen var det først medio 2021, at lejen begyndte at afvige så meget fra markedslejen (pristallet), at afvigelsen kunne karakteriseres som væsentlig.

Et eventuelt krav om efterbetaling må derfor tage udgangspunkt i, at lejen først medio 2021 begyndte at afvige væsentligt fra markedslejen.

Det skal dog bemærkes, at også andre faktorer end pristallet spiller en rolle for markedslejen. I den sammenhæng vil jeg henvise til debatten om de lejestigninger, som udviklingen i pristallet lagde op til i 2021 -2022, og det politiske indgreb, som forhindrede at udviklingen i pristallet slog igennem for boliglejemål (Lov om ændring af lov om leje og lov om boligforhold (Loft over huslejestigninger som følge af udviklingen i nettoprisindekset), lov nr. 1311 af 27. september 2022).

Loven gælder ikke for erhvervslejemål, men selv blandt udlejere af erhvervslejemål blev der argumenteret for, at udlejere burde afstå fra at lade udviklingen i pristallet slå igennem med tilsvarende lejestigninger. Der kan f.eks. henvises til advokat Erik Aagaard Poulsens artikel i magasinet Danske Udlejere nr. 7/2022 s. 34-35, hvor det foreslås at udlejere af erhvervslejemål ikke lader den store stigning i pristallet slå igennem med tilsvarende store stigninger i erhvervslejen.

Det kan altså ikke tages for givet, at udviklingen i nettoprisindekset er slået igennem i markedslejen. Grafen overdriver således muligvis størrelsen af markedslejen, hvilket betyder at den betalte leje måske først afveg væsentligt fra markedslejen *senere* end det tidspunkt, der fremgår af grafen.

Ejendomsmægler OO har d. 9. januar 2023 lavet en ny vurdering af markedslejen for lejemålet (bilag F). Denne nye vurdering tager højde for, at ca. 40 m² af lejemålet består af uopvarmede loftsrums, uden nogen værdi som kontor.

Der er en række forhold, som må tages i betragtning, såfremt der skal udregnes et krav om tilbagebetaling til fonden:

1. Beregningen må tage hensyn til, at der først må antages at have været tale om en væsentlig afvigelse fra markedslejen medio 2021.
2. Beregningen må tage udgangspunkt i den nye vurdering af markedslejen for lejemålet som er lavet af ejendomsmægler OO d. 9. januar 2023 (bilag F).
3. Erhvervslejelovens § 13 stk. 4, må føre til, at en regulering skal ske over 4 år. Det betyder, at der skal ske en regulering med 25% i det første år, hvor lejen afveg væsentligt, osv., så den fulde regulering først sker efter 4 år.
4. Såfremt der skal beregnes et krav der går mere end et eller to år tilbage, skal der tages hensyn til, at markedslejen for år tilbage ikke var så høj som i dag. Der skal altså regnes bagud med pristallet.”

Erhvervsstyrelsen har den 8. februar 2024 fremkommet med supplerende bemærkninger, hvoraf det fremgår bl.a.:

”...

Styrelsen finder ikke, at der i bestyrelsens eller advokat DD's indlæg af henholdsvis 22. og 23. januar 2024 samt bilag er fremkommet nye eller ændrede oplysninger, som kan medføre en ændret vurdering af sagen. Styrelsen henviser derfor til styrelsens tidligere indlæg afgivet i sagen.

Styrelsen finder dog anledning til at præcisere enkelte forhold.

Den lovstridige uddeling

I den nyligt udarbejdede mæglervurdering af 9. januar 2024, som DD har indsendt i forbindelse med sit indlæg til ankenævnet, fremgår det, at ejendomsmægler OO vurderer lejemålet til 4.500 kr. om måneden. Dette er 1.500 kr. mindre om måneden end mæglervurdering af 30. september 2022, som ligeledes blev udarbejdet af OO. Som begrundelse for det voldsomme prisfald anføres blandt andet, at:

”Markedet er desværre ikke blevet bedre siden sidste vurdering. Eksempelvis ledigt lejemål [adresse 6]. 79 m². Årlig leje pr. m²: 456,00.”

og at:

”Efterfølgende er arealet korrigeret, idet 40 m² udgør et uopvarmet arkivrum der ikke værdimæssigt indgår som kontorlejemål.”

Erhvervsstyrelsen skal hertil bemærke, at hvis markedet har ændret sig til det markant værre, så må dette naturligvis afspejles i bestyrelsens vurdering af, hvor stort et tilbagebetalingskrav fonden har mod DD. I denne sammenhæng skal det for fuldstændighedens skyld igen bemærkes, at Erhvervsstyrelsen i

løbet af sagsbehandlingen ikke på noget tidspunkt har angivet, hvad den korrekte markedsleje for DD er, idet det som nævnt alene er bestyrelsens ansvar af fastsætte denne.

Det er med andre ord bestyrelsens opgave at opgøre størrelsen på det krav, som fonden har mod DD. Dette kunne eksempelvis gøres ved, at bestyrelsen indhenter flere sagkyndige og uafhængige vurderinger af lejemålet.

For så vidt angår den vedlagte mæglervurdering af 9. januar 2024, skal styrelsen henlede opmærksomheden på en række umiddelbare fejl og mangler ved den udarbejdede vurdering.

Styrelsen skal først fremhæve henvisningen til lejemålet [adresse 6]. 79 m², hvor den årlige leje efter det oplyste er 456,00 kr. pr. m². Henvisningen er efter styrelsens opfattelse både misvisende og vildledende. Dette skyldes dels henvisningens vilkårlighed, og dels de væsentlige vilkår ved prisfastsættelsen som er udeladt af mæglervurderingen. Eksempelvis er kontorlejemålet på [adresse 6] fastsat efter såkaldt trappeleje, hvilket ikke fremgår af vurderingen. Trappelejen for lejemålet på [adresse 6] medfører, at:

- første års leje udgør 36.000 kr. (leje pr. m² 456 kr.),
- andet års leje udgør 42.000 kr. (leje pr. m² 531 kr.) og
- tredje års leje udgør 48.000 kr. (leje pr. m² 607 kr.)

Hertil skal det tilføjes, at lejemålet desuden har en årlig driftsudgift på 7.268 kr.⁵ Leje og driftsudgifter udgør således ca. 55.000 kr. om året for 79 m² kontorlejemål efter to års leje for kontorlejemålet på [adresse 6]. Til sammenligning oplyste bestyrelsen den 19. august 2022, at DDs leje udgjorde 2.405 om måneden + moms og forbrug, svarende til 28.869 kr. om året for 141 m² kontorlejemål.

Kontorlejemålet i [adresse 6] er, som det fremgår ovenfor, tillige 60 m² mindre end kontorlejemålet i [adresse 1], hvorfor en mere nærliggende parallel formentlig kunne have været draget til nogle af fondens egne kontorlejemål.

Eksempelvis kontorlejemålet i [adresse 5], hvor lejen udgør 72.000 kr. pr. år for 130 m² eller kontorlejemålet [adresse 3], hvor lejen udgør 60.000 kr. pr. år for 108 m². Dette fremgår af henholdsvis lejekontrakten underskrevet 22. oktober 2019 i bilag 12 og lejekontrakten underskrevet 30. august 2017 i bilag 10.

Desuden har OO i sin nye vurdering valgt at fraregne et arkivrum på 40 m² med den umiddelbare begrundelse, at rummet er uopvarmet. Når lejemålet således vurderes til 4.500,00 kr. pr. måned, svarende til 535 kr./m², indgår de 40 m² dermed tilsyneladende slet ikke i vurderingen. Hvorfor et arkivrum på 40 m² er uden værdi, blot fordi det er uopvarmet, er også uklart for styrelsen.

⁵ ¹ Oplysningerne er hentet fra den ansvarlige mæglers hjemmeside, og er derfor offentligt tilgængelige. Lejeopstillingen fra mæglers hjemmeside er desuden vedlagt disse bemærkninger som bilag.

Det er blandt andet på denne baggrund Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der må sættes spørgsmålstegn ved mæglervurderingen af 9. januar 2024.

Erhvervsstyrelsen forstår afsnittet om *udregning af et evt. krav* i DDs bemærkninger af 23. januar 2024 således, at lejemålet efter hans beregninger og opfattelse ikke afveg væsentligt fra markedslejen og subsidiært at afvigelsen først begyndte medio 2021.

Afsnittet skal efter styrelsens vurdering ikke tillægges betydning i sagen, da afsnittet er behæftet med en række retlige og faktiske mangler. Eksempelvis konstateres det uden nogen former for dokumentation, at markedslejen i 2004 var markedskonform, ligesom de retlige forudsætninger, der lægger til grund for beregningen af markedslejen, må betegnes som uklare og irrelevante.

Det skal i denne sammenhæng slås fast, at markedslejen er den lovlige leje, der kan opnås ved udlejning af ejendomme efter erhvervslejelovens regler til en ikke-nærtstående part med modsatrettede interesser.

Erhvervsstyrelsen har gentagende gange gjort bestyrelsen opmærksom på sin pligt til at sørge for, at aftaler indgås på markedsvilkår og i fondens interesse. Pligten er særligt aktuel i de tilfælde, hvor en aftale indgås mellem fonden og et medlem af fondens bestyrelse, da der i disse tilfælde må anses for at være en forøget risiko for interessekonflikter.

Selv anfører bestyrelsen følgende i deres udtalelse af 22. januar 2024, at:

”Kendskab til markedslejen for kontorlokaler i [by 1] må antages at være specialistviden og således ikke viden, som bestyrelsesmedlemmerne må antages at have.

Bestyrelsesmedlemmerne har således ikke haft anledning til at fatte mistanke til, at lejen var væsentligt under markedslejen”

Fonden har ikke ansat en direktion, hvorfor bestyrelsen tillige er ansvarlige for den daglige drift af fonden, og det skal for en fuldstændighedens skyld tilføjes, at fondens eneste erhvervsdrift er udlejning af kontor og butikslokaler i [by 1].

Det må også derfor anses for en af bestyrelsens kerneopgaver, hvis ikke den absolut vigtigste, at sørge for at sikre, at fondens lejekontrakter er på markedsmæssige vilkår. Dette kunne eksempelvis være sket ved at indhente uvidelige sagkyndige mæglervurderinger. Bestyrelsen har imidlertid åbenlyst forsømt denne pligt og har tilsyneladende aldrig undersøgt eller i øvrigt gjort sig bekendt med, om fonden udlejede på markedsmæssige vilkår til DD.

De øvrige bestyrelsesmedlemmers ukendskab til markedet, fondens erhvervsdrift og udlejningspraksis, skyldes efter styrelsens opfattelse blandt andet den uheldige magtkoncentration hos DD, som indtil den 19. august 2022 både var bestyrelsesformand, ejendomsadministrator, lejer og advokat for fonden.

Henset til de mange roller i fonden burde det også have stået klart for DD, at lejen fraveg væsentlig fra markedslejen.

Det er således fortsat Erhvervsstyrelsens vurdering, at lejeaftalen mellem fonden og bestyrelsesmedlem DD ikke er sket på markedsvilkår, og at den opkrævede leje fraviger meget væsentligt fra markedslejen. Den formueforskydning, som er en følge af, at lejen er blevet fastsat til væsentlig under markedslejen, udgør derfor en indirekte uddeling i strid med erhvervsfondslovens § 87.

Arbejdet som vicevært

Erhvervsstyrelsen finder det fortsat ikke relevant for sagen om den indirekte uddeling og fondens krav mod DD, når fonden anfører, at han tillige har udført viceværtsarbejde. Styrelsen skal dog alligevel komme med nedenstående bemærkninger.

I DD bemærkninger af 23. januar 2024 anfægtes det, at der allerede skulle være sket betaling gennem administratorhvervet. Erhvervsstyrelsen kan imidlertid konstatere, at de mange hverv og funktioner, som DD har påtaget sig i fonden, har medvirket til, at han tilsyneladende også selv har mistet overblikket over, i hvilken egenskab en opgave udføres i. Eksempelvis beskriver DD selv sine viceværtsopgaver i sit indlæg som følgende:

"Såfremt der ønskes yderligere dokumentation, kan der bl.a. fremlægges aftaler om indlæg af fibernetværk i fondens ejendom. Alle aftaler indeholder detaljeret fotodokumentation, der viser den valgte kabelføring til de enkelte lejemål. Kabelføringen er fastlagt under en grundig gennemgang af ejendommen, foretaget af en tekniker fra teleselskabet og undertegnede i fællesskab.

[...]

Som eksempel på ekstraarbejde kan nævnes en vandskade d. 13. januar 2023. Fra bygningens 2. sal trængte der om formiddagen en del vand ned på 1. sal, og videre ned i en butik i stueetagen ([adresse 4]). Der blev øjeblikkeligt sat spande op, der blev tilkaldt håndværkere, bl.a. en elektriker, da strømmen var gået i den nævnte butik. Butikken lukkede pga. vandskaden. For at begrænse tabet måtte der fjernes mest muligt vand fra både 1. sal og selve butikken. Arbejdet tog meget af dagen. Om aftenen, kl. 18.24 (jf. bilag A), blev der indkøbt en affugter, som blev sat i drift samme aften. De følgende dage (incl. lørdag og søndag) blev spande og affugter tømt.

[...]

Hertil vil jeg bemærke, at der løbende indgås mundtlige aftaler med håndværkere om udførelse af diverse reparations- og vedligeholdelsesarbejder. P.t. er der en aftale med en VVS-mester om udskiftning af tærende rør i en kælder, en aftale med en murer om omlægning af fliser og etablering af en pumpebrønd, samt en aftale med en håndværker om en

mindre reparation af ejendommens skiffertag. Alle tre aftaler er mundtlige.

Det kan bemærkes, at alle tre aftaler også indebærer viceværtsarbejde. Skaderne er opdaget ved det (daglige) tilsyn med ejendommen, og udbedringsarbejderne indebærer at håndværkerne skal vises rundt, der skal laves aftaler med berørte lejere om adgang, arbejdet inspiceres (godkendes) efter endt udførelse, mv.”

I administrationsaftalen af 19. december 2014 § 3, anføres de primære opgaver, som er underlagt administratorhvervet i fonden:

”Administrator sørger endvidere for ind- og udflytningssyn, bestilling af håndværkere til istandsættelse, kontrol med arbejdets udførelse, kontakt til og forhandling med ejendomsmæglere, indgåelse af formidlingsaftaler, kontraktforhandlinger med nye lejere, nøgleoverdragelser, afregninger til tidligere lejere, måleaflæsninger, samt indberetninger til forsyningsselskaber i forbindelse med ud- og indflytninger.

[...]

Administrator fører tilsyn med legatets ejendom, og sørger for fornøden løbende vedligeholdelse og reparation, og bestilling af og kontrol med håndværkere. Administrator fører endvidere tilsyn med ejendommens låse- og nøglesystem, renovation m.v.”

Der ses således at eksistere et tydeligt sammenfald mellem de ydelser, som DD er forpligtet til at levere som ejendomsadministrator for fonden - og som han allerede har modtaget betaling for - og de ydelser som efter det påståede er sket i hans funktion som vicevært. Hvorvidt den øvrige bestyrelse selv er klar over sammenfaldet, må anses for uklart.

Erhvervsstyrelsen skal i denne forbindelse gøre Erhvervsankenævnet opmærksom på tilføjelsen til den nye administrationsaftale af 22. april 2023 indsendt af DD i forbindelse med hans indlæg. Den nye administrationsaftale er udarbejdet imens nærværende sag verserede, og fastslår som et nyt forhold, at administrator ligeledes har ansvaret for de *almindelige viceværtsopgaver*, jf. aftalens § 3, stk. 10. Denne nyere affattede version af administrationsaftalen er derfor naturligvis ikke relevant for sagen.

For så vidt angår de mange kvitteringer, billeder af redskaber, udsagn og indhentede viceværtstilbud, så ses disse ikke at være relevante for sagen, og bestyrelsen har ikke at være i stand til at dokumentere eller sandsynliggøre, at DD har udført en times viceværtsarbejde i gennemsnit for fonden. Bestyrelsen har ej heller været i stand til at dokumentere eller sandsynliggøre, at det arbejde som er udført, ikke er sket som led i DDs hverv som ejendomsadministrator.

Krav om skriftlighed og manglende indberetning til skattemyndighederne Såfremt det alligevel lægges til grund, at DD har udført særskilt

viceværtsarbejde for fonden, så vil aftalen, som også tidligere anført, være ugyldig i henhold til erhvervsfondslovens § 63, stk. 2. Dette skyldes, at aftalen ikke kan dokumenteres, som bestemmelsen kræver, og heller ikke kan anses at være på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende. Det skal i forlængelse heraf tilføjes, at en såkaldt *kvasiaftale*, hvor betalingen for realydelsen aldrig er blevet fastlagt, ligesom selve realydelsen aldrig er blevet defineret mellem fonden og DD, næppe kan anses for at være på sædvanlige vilkår.

Styrelsen har af flere omgange opfordret DD til at dokumentere det påståede viceværtsarbejde ved at indsende relevante skatteregnskaber, hvoraf det nødvendigtvis må fremgå, at der er sket betaling for ydelserne.

I sine bemærkninger anfører DD blandt andet følgende om forholdet:

”Der har ikke tidligere været en formel og eksplicit aftale om viceværtsarbejdet, og derfor heller ikke en tilsvarende aftale om betaling herfor.

[...]

Erhvervsstyrelsen gentager en opfordring til at fremlægge skatteregnskaber til belysning af spørgsmålet om viceværtsarbejdet. Disse er ikke relevante, netop fordi der ikke tidligere har eksisteret en formel aftale og tilsvarende aflønning. [...]”

Ovenstående må forstås således, at DD ikke anser den fordelagtige leje for betaling, fordi der aldrig har eksisteret en eksplicit aftale herom, og derfor er skattemyndighederne heller aldrig blevet orienteret om indkomsten.

Udover at man selvfølgelig ikke gennem ukonkrete og upræcise aftaler kan aftale sig ud af, hvorvidt en indtægt er skattepligtig eller ej, så ses det anførte tillige at være direkte i strid med de mange steder, hvor bestyrelsen og DD samtidig og modsætningsvist fastholder, at den lave leje er udtryk for betaling for særskilt viceværtsarbejde i fonden.

Størrelsen af betalingen for det påståede arbejde må i dette tilfælde svare til differencen mellem den faktisk betalte leje og markedslejen, og denne tilbagevendende indtægt må som det klare udgangspunkt anses for skattepligtig indkomst. Alligevel kan styrelsen nu konstatere, at DD aldrig har oplyst skattemyndighederne om indtægten.

Erhvervsstyrelsen fastholder fortsat, at DD ikke ses at have leveret særskilt viceværtsarbejde, som der kan ydes et særskilt vederlag for.”

Ankenævnet udtaler:

Sagen angår en prøvelse af Erhvervsstyrelsen afgørelse af 16. oktober 2023, hvorved styrelsen i medfør af erhvervsfondslovens §§ 87, stk. 1, 88, stk. 1 og 24, stk. 2 har påbudt den erhvervsdrivende fond KL [erhvervsdrivende fond]. Født KL X

[erhvervsdrivende fond] at opgøre det samlede krav, som fondens bestyrelse vurderer at have mod DD inklusiv de hertil knyttede lovpligtige renter, at søge de ulovlige uddelinger tilbagebetalt til fonden inklusiv lovpligtige renter straks, og at der indsendes dokumentation i form af en erklæring fra både bestyrelsen og en godkendt revisor om, at uddelingerne inklusiv de lovpligtige renter er blevet tilbagebetalt til fonden, idet den fastsatte leje for lejemålet [adresse 1], fraviger så væsentligt fra markedslejen, at den udgør en indirekte uddeling til bestyrelsesmedlem DD.

Retsgrundlag

Det fremgår af erhvervsfondslovens § 63, stk. 2, at aftaler mellem fonden og et eller flere medlemmer af ledelsen er kun gyldige, hvis de affattes på en måde, som senere kan dokumenteres, medmindre der er tale om aftaler på sædvanlige vilkår som led i et løbende mellemværende.

Af forarbejderne til erhvervsfondslovens § 63, stk. 2 (lovforslag nr. 154 – forslag til lov om erhvervsdrivende fonde, fremsat den 12. marts 2014 – bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser) fremgår følgende:

”I det foreslåede stk. 2 indsættes en afvigelse fra det normale aftaleretlige udgangspunkt om, at mundtlige aftaler er bindende. Baggrunden for bestemmelsen er, at ledelsesmedlemmer ikke kontrolleres af en ejerkreds, hvorfor der er behov for, at aftaler efter indgåelsen kan dokumenteres. Dokumentationen er til bestyrelsens brug, men også til fondsmyndigheden, hvis denne vurderer det nødvendigt.”

Det fremgår ikke af forarbejderne til erhvervsfondslovens § 63, stk. 2 hvad, der forstås ved sædvanlige vilkår, men til sammenligning fremgår det af forarbejderne til selskabslovens § 127, stk. 2 ((lovforslag nr. 170 – forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) fremsat den 25. marts 2009 – bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser), som erhvervsfondslovens § 63, stk. 2 er baseret på, at:

”Ved »aftaler på sædvanlige vilkår« forstås sådanne vilkår, som gælder mellem uafhængige parter. I øvrigt må fastlæggelsen af, hvilke aftaler, der er omfattet af den foreslåede bestemmelses krav, blandt andet bero på karakteren af den virksomhed, der udøves i det enkelte kapitalselskab.”

og af forarbejderne til erhvervsfondslovens § 87 (lovforslag nr. 154 – forslag til lov om erhvervsdrivende fonde, fremsat den 12. marts 2014 – bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser), at:

”Når det skal vurderes, hvorvidt der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der lægges afgørende vægt på, at sædvanlige forretningsmæssige dispositioner er kendetegnet ved, at der løbende foretages dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Der skal foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for fonden og inden for branchen.

*Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v. **skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.***

En klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at fonden har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Begrebet »sædvanlige forretningsmæssige dispositioner« er et fleksibelt og dynamisk begreb, der vil kunne ændre sig over tid.” (ankenævnets fremhævning)

Det fremgår af erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 159 alm. del stillet af Folketingets erhvervsudvalg den 19. januar 2022 efter ønske fra Peter Skaarup (DF), at:

”En bestyrelse for en erhvervsdrivende fond skal alene varetage fondens formål og interesser, jf. erhvervsfondslovens § 38, stk. 1, 1. pkt. Varetagelse af fondens interesser indebærer en pligt for bestyrelsen til at sikre, dels at aktivitets- og uddelingsformål fremmes bedst muligt, dels at direktionen og øvrige ansatte også i den daglige drift alene varetager fondens interesser. En fondsbestyrelse og fondens ansatte må derfor ikke varetage uvedkommende hensyn og interesser, herunder egne interesser. Erhvervsfondsloven er ikke til hinder for, at en erhvervsdrivende fond køber ydelser på almindelige markedsmæssige vilkår fra en virksomhed, som et medlem af fondsbestyrelsen ejer, sidder i ledelsen for eller er ansat i, men et inhabilt bestyrelsesmedlem må, som det fremgår af gennemgangen nedenfor, ikke deltage i sagens behandling i bestyrelsen, hvorfor en sådan beslutning skal træffes af de øvrige bestyrelsesmedlemmer. Bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond er altid ansvarlig

for, at fonden køber ydelser på almindelige markedsmæssige vilkår. Det følger af det almindelige selskabsretlige og fondsretslige princip, om at aftaler mellem virksomheder med fælles interesser som udgangspunkt skal ske på markedsvilkår, og at formueforskydninger som skyldes, at aftaler ikke er indgået på markedsvilkår, efter omstændighederne må håndteres som uddelinger eller anden kapitalafgang. En fondsbestyrelse bør derfor altid, når der indgås aftaler med eksempelvis en administrator eller en rådgiver påse, at aftalen er indgået på almindelige markedsmæssige vilkår – navnlig hvis aftalen indgås med interesseforbundne parter. Dette kan eksempelvis ske ved, at der foretages en undersøgelse af markedet eller ved at der indhentes forskellige tilbud. Erhvervsfundsloven og årsregnskabsloven indeholder flere bestemmelser, som har til formål at sikre varetagelsen af fondens interesser, herunder at fondens aftaler indgås på almindelige markedsvilkår, og åbenhed om bestyrelsens dispositioner, når en fondsbestyrelse eksempelvis køber ydelser hos et bestyrelsesmedlem eller en virksomhed, som et bestyrelsesmedlem ejer eller deltager i ledelsen af. De enkelte bestyrelsesmedlemmer må ikke deltage i bestyrelsens behandling af spørgsmål om aftaler, hvis de er inhabile, jf. erhvervsfundslovens § 51. **Et bestyrelsesmedlem vil altid være inhabilt ved aftaler mellem den pågældende og fonden.** Et bestyrelsesmedlem vil som udgangspunkt også være inhabilt, hvis den pågældende er medlem af ledelsen i eller ejer af den virksomhed, som en fond indgår aftale med, da bestyrelsesmedlemmet må antages at have en interesse i sagen, der kan være stridende mod fondens interesser. Hvis et inhabilt bestyrelsesmedlem deltager i behandlingen af spørgsmål om aftaler med tredjemand, vil det inhabile bestyrelsesmedlems stemme være ugyldig. I visse tilfælde kan det medføre, at bestyrelsens beslutning som sådan er ugyldig, hvis det inhabile bestyrelsesmedlems stemme har været afgørende for, at forslaget blev vedtaget.” (ankenævnets fremhævning)

Det fremgår af erhvervsfundslovens § 87. stk. 1, at der ikke kan tillægges stiftere, medlemmer af ledelsen, revisorer eller personer, der indtager en ledende stilling i fonden, andre ydelser end et vederlag, som ikke må overstige, hvad der anses for sædvanligt efter hvervets art og arbejds omfang.

En uddeling efter erhvervsfundsloven omfatter ifølge forarbejderne til erhvervsfundslovens § 76 (lovforslag nr. 154 – forslag til lov om erhvervsdrivende fonde, fremsat den

12. marts 2014 – bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser) bl.a. de tilfælde, hvor ”fonden udlejer en lejlighed til under markedslejen. I den situation vil forskellen mellem markedslejen og den leje, som lejerer betaler, udgøre en uddeling”.

Det fremgår endvidere af erhvervsfondslovens § 88 stk. 1, at hvis der er sket uddelinger i strid med bestemmelserne i denne lov, skal modtagerne tilbagebetale de modtagne beløb tillige med en årlig rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct. Dette gælder dog kun, hvis modtageren indså eller burde have indset, at udbetalingen af midler var ulovlig, jf. dog § 49, stk. 2.

Det fremgår af forarbejderne til erhvervsfondslovens § 88 (lovforslag nr. 154 – forslag til lov om erhvervsdrivende fonde, fremsat den 12. marts 2014 – bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser), at:

”Det er bestyrelsen, der er ansvarlig for at få midlerne tilbagebetalt til fonden.”

Den konkrete sag

Uanset om man lægger mæglervurderingen af lejemålet [adresse 1], af 9. januar 2024 på kr. 4.500 pr. måned eller mæglervurderingen af 30. september 2022 på kr. 6.000 pr. måned til grund, er den gældende leje lavere end markedslejen, idet bestyrelsen i brev af 19. august 2022 har oplyst, at lejen udgør 7.217,40 kr. pr. kvartal + moms og forbrug. Denne økonomiske begunstiging er en uddeling i erhvervsfondslovens forstand. Da uddelingen er sket til et bestyrelsesmedlem, er uddelingen sket i strid med erhvervsfondslovens § 87, stk. 1.

Hvis forskellen mellem den gældende leje og markedslejen er tilsigtet og forskellen udgør et vederlag for viceværtsgaver udført af DD, afhænger viceværttaftalens gyldighed bl.a. af, at der er indgået en skriftlig aftale mellem klager og DD, jf. erhvervsfondslovens § 63, stk. 2. Da en sådan aftale ikke er dokumenteret, kan den ikke anses for at være gyldig og kan, som følge af den manglende overholdelse af skriftlighedskravet i erhvervsfondsloven § 63, stk. 2, ikke påberåbes af klager. Efter ankenævnets vurdering har klager ikke løftet bevisbyrden for, at der er tale om en viceværttaftale på sædvanlige vilkår (herunder i forhold til serviceydelser, pris og betalingsbetingelser) som led i et løbende mellemværende – og dermed at undtagelsen fra skriftlighedskravet finder

anvendelse – og end ikke at fonden har indgået en viceværtaftale. Det bemærkes i den forbindelse, at det følger af de almindelige habilitetsregler, at DD ikke på vegne af fonden kan indgå aftale med sig selv, hvor der er modstridende interesser, selvom han er enetegningsberettiget. Ankenævnet finder herefter ikke, at DD's udførelse af vicevært-opgaver på ejendommen kan tillægges betydning i sagen.

Endelig finder ankenævnet – under henvisning til de ovenfor citerede forarbejder til erhvervsfondslovens § 76 – ikke, at spørgsmålet om hvorvidt der foreligger en indirekte uddeling afhænger af, om lejen afviger væsentligt fra markedslejen.

Uddelingen er derfor i strid med § 87, stk. 1, og klager skal opføre, hvor meget klager skal søge tilbagebetalt, samt kræve dette beløb tilbagebetalt i henhold til erhvervsfondslovens § 88, stk. 1, idet ankenævnet vurderer, at DD som bestyrelsesmedlem og administrator i fonden burde have indset, at Advokatfirmaet EE v/DD's leje af [adresse 1] skete til væsentligt under markedslejen, og at der dermed var tale om en ulovlig uddeling.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 16. oktober 2023.

I ankenævnets afgørelse har Sys Rovsing, Katrine Illum Larsen og Michael Kistrup deltaget.

Michael Kistrup
næst formand for ankenævnet