

Til bestyrelsen for
Grosserer Robert Delfers Mindefond

Sendt pr. e-mail til sidse@synoptik-fonden.dk

3. april 2023
Sag X23-AD-63-YP
/EmiWor

Transaktioner med nærtstående parter, Grosserer Robert Delfers Mindefond, CVR-nr. 11 65 62 85

Erhvervsstyrelsen har den 23. februar 2023 modtaget Grosserer Robert Delfers Mindefonds redegørelse for fondens transaktioner med dens nærtstående parter som svar på styrelsens anmodning af 26. januar 2023.

I fondens redegørelse fremgår blandt andet følgende:

- Fondens bestyrelse har generelt og løbende været opmærksom på de inhabilitetsforhold, der har foreligget i relation til fondens transaktioner med de virksomheder, som bestyrelsesmedlemmerne har eller har haft en tilknytning til. Bestyrelsesmedlemmerne har derfor efter det oplyste ikke deltaget i bestyrelsens behandling og beslutning om aftaler eller uddelinger, hvor de var inhabile.
- Bestyrelsens håndtering af inhabilitetsforhold er ikke konsekvent blevet ført til protokol. Dette gælder navnlig for år tilbage. Bestyrelsen vil sikre, at drøftelser om inhabilitet fremover konsekvent fremgår af bestyrelsens forhandlingsprotokol.
- Fondens bestyrelse indhentede ikke tilbud fra andre potentielle leverandører, inden der blev indgået aftale med de virksomheder, som bestyrelsesmedlemmerne har eller har haft en tilknytning til, men bestyrelsen vurderede med dens kendskab til markedet og alternative leverandørers priser etc., at tilbuddene fra de interesseforbundne parter var markedskonforme.

Afgørelse

På baggrund af oplysningerne i fondens redegørelse skal Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed for Grosserer Robert Delfers Mindefond, jf. erhvervsfondslovens § 24, stk. 1, påtale, at bestyrelsen ikke konsekvent har ført drøftelser om inhabilitet blandt bestyrelsens medlemmer til protokol, da det er i strid med erhvervsfondslovens § 53, stk. 4, 1. pkt.

Styrelsen skal samtidig udtale kritik af dette forhold, jf. erhvervsfondslovens § 24, stk. 1, da den mangelfulde protokollering af bestyrelsens drøftelser medfører, at det ikke er muligt for hverken bestyrelsen eller styrelsen som fondsmyndighed for fonden at genfinde forudsætningerne for de drøftelser om inhabilitet, der efter det oplyste har fundet sted i bestyrelsen.

ERHVERVSSTYRELSEN

Dahlerups Pakhus
Langelinie Allé 17
2100 København Ø

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

ERHVERVS MINISTERIET

Klagevejledning

Denne afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet via digital post, pr. e-mail til adressen ean@naevneneshus.dk eller pr. post til Nævnenes Hus, Toldboden 2, 8800 Viborg, senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt virksomheden, jf. erhvervsfondslovens § 130, stk. 1. Styrelsen skal til orientering oplyse, at Erhvervsankenævnet i forbindelse med en eventuel klage opkræver et gebyr, der helt eller delvis kan tilbagebetales, såfremt virksomheden får medhold i klagen. [Læs mere på Erhvervsankenævnets hjemmeside.](#)

Supplerende bemærkninger

Erhvervsstyrelsen skal bemærke, at erhvervsfondsloven ikke er til hinder for, at en erhvervsdrivende fond køber ydelser på almindelige markedsmæssige vilkår fra en virksomhed, som et medlem af fondsbestyrelsen eksempelvis ejer, sidder i ledelsen for eller er ansat i. Der er dog ved handel med interesseforbundne parter en indbygget risiko for, at der kan ske en sammenblanding af interesser, hvilket erhvervsfondslovens bestemmelser om bl.a. inhabilitet og protokollering af bestyrelsens forhandlinger har som sigte at forhindre.

Dette gør sig tilsvarende gældende i kapitalselskaber, og selskabslovens bestemmelser om bestyrelsens inhabilitet og pligt til at føre en forhandlingsprotokol er således identiske med erhvervsfondslovens bestemmelser.

Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse har bestyrelsesmedlemmerne i de erhvervsdrivende fonde i modsætning til kapitalselskaber et særligt ansvar for at imødegå sådanne risici ved at have de fornødne procedurer og arbejdsgange som følge af den manglende interne kontrol med bestyrelsens dispositioner.

En fondsbestyrelse bør derfor, når der indgås aftale med interesseforbundne parter, være særlig opmærksom på, at aftalen er indgået på almindelige markedsmæssige vilkår. Dette kan eksempelvis ske ved, at der foretages en undersøgelse af markedet, at der indhentes forskellige tilbud eller at bestyrelsen med sit kendskab til markedet foretager en vurdering af tilbuddet.

Desto større og mere betydningsfuld en aftale er for den erhvervsdrivende fond, desto mere tilbunds gående bør bestyrelsens undersøgelse være. Dette kan konkret indebære, at det ved væsentlige aftaler med interesseforbundne parter ikke er tilstrækkeligt blot at foretage en overordnet vurdering af tilbuddet baseret på bestyrelsens forudgående kendskab til markedet, men at der i stedet skal foretages en tilbunds gående undersøgelse eller tilbudsindhentning.

Hvis det ikke er muligt for bestyrelsen at lave en tilbunds gående undersøgelse eller tilbudsindhentning og på den måde dokumentere, at aftalen er markedskonform, kan det i visse tilfælde betyde, at bestyrelsen af hensyn

til både fonden og bestyrelsesmedlemmernes eget ansvar, bør afstå fra at indgå væsentlige aftaler med interesseforbundne parter.

Dette skal ses i sammenhæng med, at bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond har en særlig forpligtelse til alene at varetage fondens formål og interesser. Denne forpligtelse skal bestyrelsen især være bevidst om, når fonden indgår aftaler med interesseforbundne parter.

Lovgrundlag

Erhvervsstyrelsens tilsyn

Erhvervsstyrelsen er i henhold til erhvervsfondslovens § 24, stk. 1, fondsmyndig for de erhvervsdrivende fonde. Som fondsmyndighed fører styrelsen fondsretligt tilsyn med, at fondene ledes forsvarligt i overensstemmelse med lovgivningen og fondsvedtægten, jf. lovbemærkningerne til bestemmelsen. Der er tale om et legalitetstilsyn, og styrelsen skal derfor ikke vurdere hensigtsmæssigheden af ledelsens forretningsmæssige dispositioner.

I henhold til lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 24, stk. 1, er baggrunden for styrelsens tilsyn, at fonde adskiller sig fra øvrige virksomhedsformer ved, at der ikke er en ejerkreds, som kan påse, at bestyrelsen administrerer fonden forsvarligt og i overensstemmelse med loven og fondens vedtægt.

Bestyrelsens ansvar og pligter

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 en eventuel direktion og øvrige ansatte også i den daglige drift alene varetager fondens interesser.

Bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond er altid ansvarlig for, at fonden køber ydelser på almindelige markedsmæssige vilkår. Det følger af det almindelige selskabsretlige og fondsretlige 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.

Forhandlingsprotokol

Bestyrelsen for en erhvervsdrivende fond har i henhold til erhvervsfondslovens § 53, stk. 4, 1. pkt., pligt til at føre en protokol over forhandlingerne i bestyrelsen. Bestemmelsen svarer til selskabslovens § 128.

I lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår det, at protokollen af hensyn til senere mulighed for dokumentation og eventuelt placering af ansvar skal være en forhandlingsprotokol og ikke kun en

beslutningsprotokol. Hensynet bag dette krav er, at det bagefter skal være muligt at genfinde forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted.

Bestyrelsens inhabilitet

Bestyrelsesmedlemmer må ikke deltage i bestyrelsens behandling af spørgsmål om aftaler eller søgsmål, hvis de er inhabile, jf. erhvervsfondslovens § 51. Bestemmelsen er i sit indhold identisk med selskabslovens § 131.

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

Et bestyrelsesmedlem vil altid være inhabilt ved aftaler mellem den pågældende og fonden. Et bestyrelsesmedlem vil derudover være inhabilt ved behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem fonden og tredjemand, hvis det pågældende bestyrelsesmedlem deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod fondens.

Erhvervsfondslovens § 51 angiver ikke, hvornår der foreligger en sådan væsentlig interesse, men det må antages, at der skal foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage fondens interesser. Dette skal ses i sammenhæng med, at bestemmelsen har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som er i modstrid med fondens. Bestemmelsen skal derfor forstås meget bredt og omfatter alle situationer, hvor der kan være tvivl om habiliteten.

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

Efter Erhvervsstyrelsens vurdering vil der som udgangspunkt være en formodning for inhabilitet hos de medlemmer af en erhvervsdrivende fonds bestyrelse, der også er medlemmer af ledelsen i eller ejer af den virksomhed, som fondens bestyrelse skal behandle spørgsmål om indgåelse mv. af aftale med, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 11. februar 1997, sag 96-76.437.

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

ugyldig. I visse tilfælde kan det medføre, at bestyrelsens beslutning er ugyldig, hvis det inhabile bestyrelsesmedlems stemme har været afgørende for, at forslaget blev vedtaget.

Bestyrelsens vurdering af inhabilitet hos et bestyrelsesmedlem skal fremgå af forhandlingsprotokollen, jf. erhvervsfondslovens § 53, stk. 4.

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

Med venlig hilsen



Emil Bach Worsøe

Chefkonsulent

Tlf. direkte 35 29 14 12

E-post EmiWor@erst.dk