

HORTEN



SAMSPILLET MELLEM KOMMUNER OG FONDE

Rikke Søgaard Berth

20. april 2017

DAGENS PROGRAM

- Fondens karakteristika
- De retlige rammer i forbindelse med stiftelse, drift, ændring og opløsning
- Særligt om kommuner og fonde: Hvad skal man være opmærksom på?
- Udskillelse af opgaver til en fond – tilrettelæggelse og gennemførelse
- Konkrete erfaringer med samarbejdet med fonde



FONDENS KARAKTERISTIKA



FONDSBEGREBET

- Juridisk person
- Besidder af en formue
- Uigenkaldeligt udskilt fra stifters formue
- Til varetagelse af et eller flere formål
- Skal kunne efterleves i en længere årrække (praksis min. 10 år)
- Rådighedsbeføjelserne over enheden skal tilkomme en selvstændig ledelse
- Hvor ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten (selvejende)
- Væsentlige gavgivere og bidragsydere sidestilles i alle henseender med stifter



HVORNÅR ER EN FOND ERHVERVSDRIVENDE?

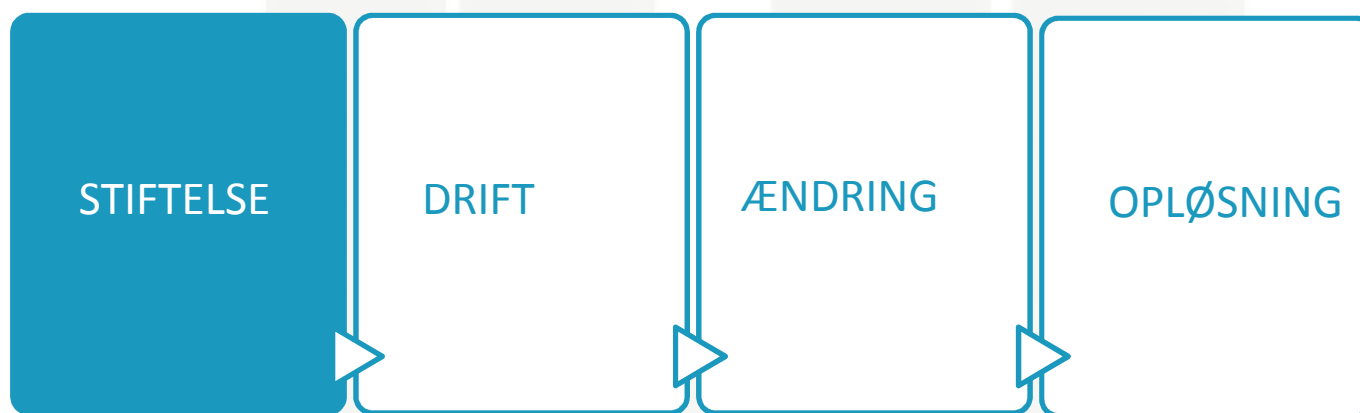
- Overdrager varer eller immaterielle rettigheder eller udfører tjenesteydelser; salg eller udlejning af fast ejendom
- Fonden har faktisk bestemmende indflydelse over en anden juridisk person (kapitalselskab)
- Dog ikke omfattet, hvis de erhvervsmæssige bruttoindtægter er under 250.000 kr., **eller** de udgør mindre end 10 % af fondens samlede indtægter, **eller** de erhvervsmæssige aktiver udgør mindre end 10 % af fondens samlede aktiver



DE RETLIGE RAMMER

HORTEN

side 6



HVAD SKAL MAN VÆRE OPMÆRKSOM PÅ VED STIFTELSEN?

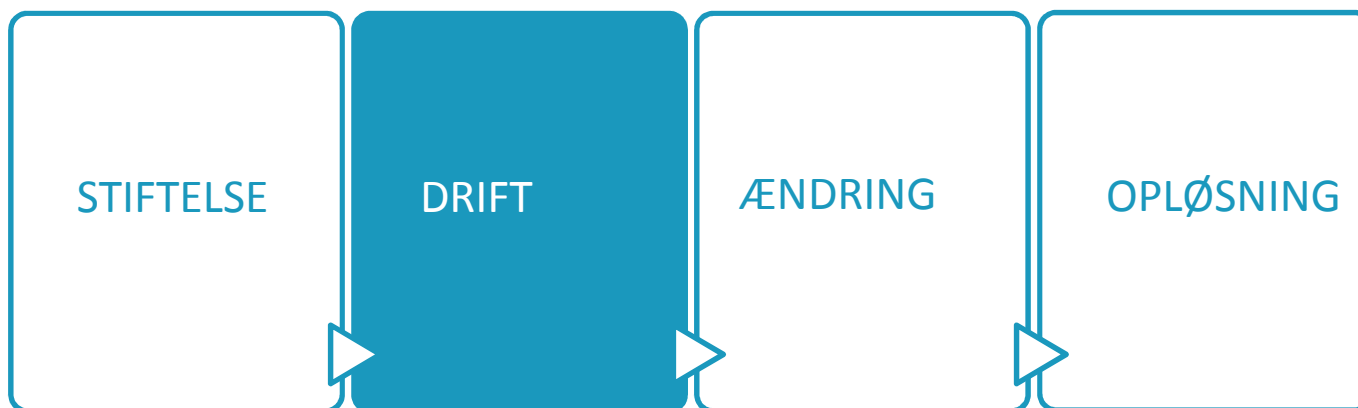
- Hvem stifter?
- Indflydelse: Bestyrelsens sammensætning
- Formålet
- Økonomi (business case, skat, moms)
- Klarhed vs. Flexibilitet
- Farvel...





HORTEN

side 9



UAFHÆNGIG SELVSTÆNDIG LEDELSE

- Fondsbestyrelsen er øverste myndighed
- Procedure for valg skal fremgå af vedtægten
- Bestyrelsesformanden skal vælges af bestyrelsen
- Ca. 1/3 skal være uafhængig af stifter
- Stifter kan ikke beholde en generel vetoet over for bestyrelsens beslutninger
- Dog forbeholde veto over for ændring af vedtægtens formål, uddelingsformål, udpegning af bestyrelse samt opløsning



STIFTERS REPRÆSENTATION I BESTYRELSEN

- Stifter og dennes nærtstående kan ikke udgøre bestyrelsens flertal uden fondsmyndighedens samtykke
- Kommunalretlige regler fører til, at en kommune som udgangspunkt ikke må udpege flertallet
- Særlig varsomhed ved udpegning af kommunalt ansatte pga. risiko for konflikt mellem den ansattes pligter og rettigheder i forhold til kommunalbestyrelsen kontra pligter ved varetagelse af bestyrelseshvervet

LEDELSEN

- Mindst tre medlemmer
- Ikke krav om direktør – hvis ingen direktør, varetager bestyrelsen den daglige ledelse
- Administrator er ikke direktør
- Udøve et aktivt ejerskab
- Varetage den overordnede strategiske ledelse
- Sikre en forsvarlig organisation



LEDELSE | SAMMENSÆTNING MV.

- Bestyrelsens flertal må ikke være direktører i fonden
- Forbud mod formand/næstformand er direktør i fonden eller i fondens datterselskaber
- Medarbejderrepræsentation
- Kønsrepræsentation
- Bestyrelsen er beslutningsdygtig, når mere end halvdelen af medlemmerne er til stede
- Ved stemmelighed er formandens stemme kun udslagsgivende, hvis det fremgår af vedtægten

LEDELSE | INTERESSEVARETAGELSE

- Bestyrelsen skal alene varetage fondens formål og interesser
- Sikre at aktivitet og uddelingsformål fremmes bedst muligt
- Sikre at direktion og andre ansatte også i den daglige drift alene varetager fondens interesser
- Hvis et bestyrelsesmedlem har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod fondens, er vedkommende inhabil
- Tæller ikke med ved quorum
- Beslutninger, den inhabile har deltaget i, er ugyldige
- Overtrædelse er strafbelagt

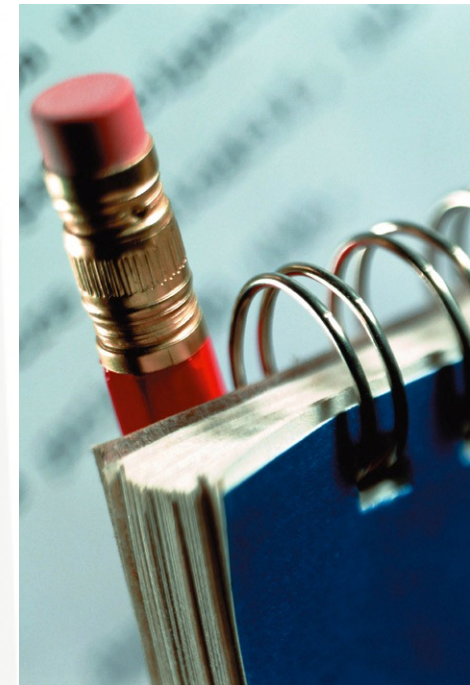
LEDELSE | FORTSAT

- Forbud mod utilbørlige dispositioner
- Ikke handle på en måde der er åbenbart egnet til at skaffe ledelsen eller andre en utilbørlig fordel på fondens bekostning
- Ugyldighed hvis de utilbørlige dispositioner strider mod lovgivningen eller vedtægten



LEDELSE | MØDERNE

- Formanden indkalder til bestyrelsesmøder når nødvendigt
- Ethvert ledelsesmedlem, revisor og fondsmyndigheden kan forlange indkaldelse
- Bestyrelsesmedlemmer kan deltage ved fuldmagt – tæller kun med ved quorum, hvis betryggende
- Skriftlige eller elektroniske møder muligt – dog kan et medlem kræve mundtlig drøftelse
- Direktionen har ret til at deltage, medmindre bestyrelsen konkret beslutter andet
- Revisor har pligt til at deltage i årsregnskabsmødet, medmindre alle er enige om andet (og i øvrigt pligt blot ét medlem anmoder herom og ret under behandling af årsregnskaber i øvrigt)



UDDELINGER

- Bestyrelsen – og den alene – har beslutningskompetencen
- Skal være i overensstemmelse med vedtægten
- Skal være forsvarligt
- Skal holdes inden for den frie reserve og den ramme, der er afsat som led i overskudsdisponeringen på årsregnskabsmødet
- Bestyrelsen skal formulere en uddelingspolitik og offentliggøre den i årsrapporten eller på hjemmesiden
- Bestyrelsen skal indsende en legatarfortegnelse
- Offentliggørelse kan undgås



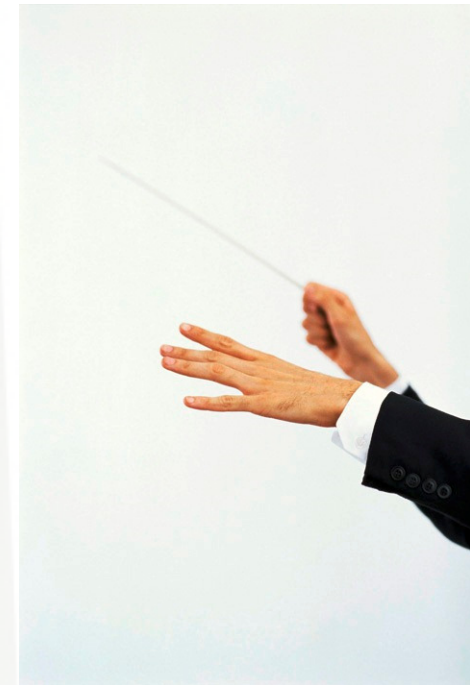
EKSTRAORDINÆRE DISPOSITIONER

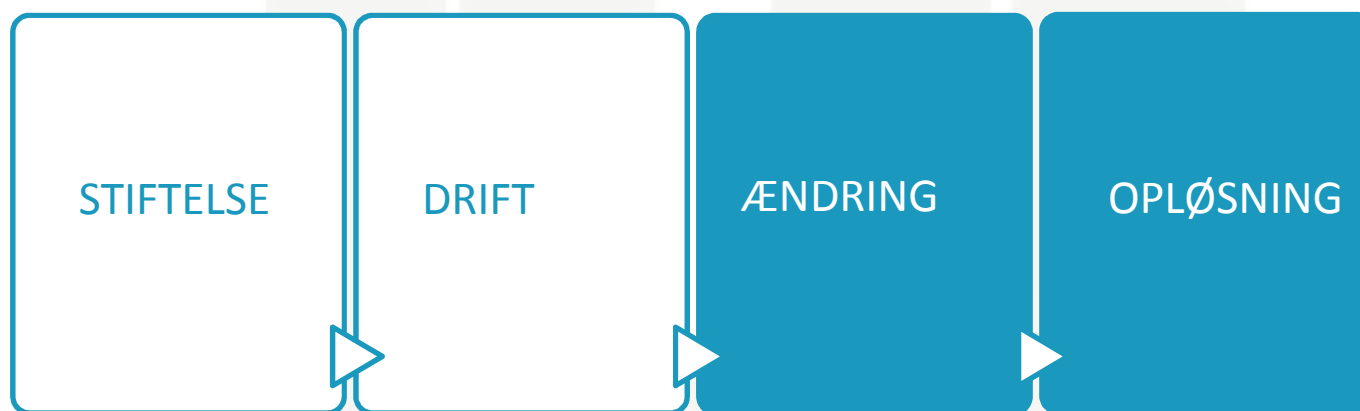
- Samtykke kræves – før der disponeres
- Dispositioner der er på "kanten" af vedtægten
- Vedtægtens konkrete formulering er afgørende – kan støttes af andre fortolkningsbidrag



SOFT LAW

- Anbefalinger for god fondsledelse
- Alene krav om at fondsbestyrelsen forholder sig til dem og enten efterlever dem, eller forklarer, hvorfor man ikke efterlever dem
- Se nærmere på hjemmesiden: www.godfondsledelse.dk





VEDTÆGTSÆNDRINGER

- Fondsmyndigheden skal godkende ændringer i fondens vedtægt, også opløsning
 - Dog ikke kapitalforhøjelser
- Fondsmyndigheden er for erhvervsdrivende fonde Erhvervsstyrelsen, for andre fonde Civilstyrelsen
- For de erhvervsdrivende fonde: Ændring af formål, uddelingsformål og likvidation kræver også Civilstyrelsens samtykke



TILSYN



HORTEN

side 23

TILSYN

- Udøves af fondsmyndigheden – et legalitetstilsyn
- Fonde, der på anden måde er undergivet offentligt tilsyn og økonomisk kontrol, kan undtages
- Stifter kan ikke erstatte fondsmyndigheden som tilsynsmyndighed



FONDSMYNDIGHEDENS ROLLE

- Vejleder
- Fortolker
- Tillader
- Henstiller
- Giver sammentykke
- Udsteder påbud – samt fører tilsyn

TILSYN | PÅBUD

- Fondsmyndigheden kan give bestyrelsesmedlemmer påbud om at overholde loven og/eller vedtægten
- Fondsmyndigheden kan give bestyrelsen påbud om at afskedige en direktør, hvis denne klart ikke lever op til de krav, der stilles for at varetage fondens daglige ledelse
- Kort om revisors rolle...



TILSYN | ØVRIGE KOMPETENCER

- Kan afsætte et bestyrelsesmedlem, der har vist sig uegnet
- Kan nedsætte vederlag til bestyrelsen
- Kan udpege en medrevisor
- Kan henstille eller påbyde nedsættelse af grundkapitalen
- Kan henstille eller påbyde ændring af uddelinger
- Kan iværksætte granskning

TILSYN | PRØVELSE AF FONDSMYNDIGHEDENS AFGØRELSE

- Fondsmyndighedens afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet, der suppleres med særlige sagkyndige i fondsforhold
- Kan indbringes direkte for domstolene – uden at have været indbragt for Erhvervsankenævnet



KOMMUNER OG FONDE: HVAD SKAL MAN VÆRE
OPMÆRKSOM PÅ?



OVERVEJELSER...

Kan opgaven
placeres i en
fond?

Kan kommunen
udpege
medlemmer af
bestyrelsen?

Hvilken indflydelse
har kommunen på
bestyrelsens
beslutninger?

Kan kommunen
bidrage til fondens
finansiering?

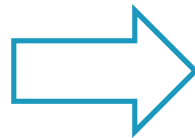
Hvad bør kommunen
overveje som stifter?
Som gavegiver?

KAN OPGAVEN OVERLADES TIL ANDRE?

Myndighedsopgaver

Ex:

- Afgørelser
- Tilsyn
- Kontrol

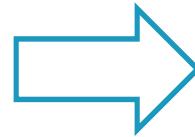


Nej, medmindre særskilt hjemmel

Faktisk forvaltningsvirksomhed

Ex:

- Kulturevents
- Bosteder
- Idrætslokaler



Ja, medmindre lovgivningen indeholder særskilt forbud

KOMMUNENS RELATION TIL FONDEN

STIFTER/BIDRAGSYDER:

Yder kommunen bidrag til fondens grundkapital, er det efter praksis en betingelse, at fonden **udelukkende** varetager opgaver, som kommunen kan varetage

STØTTE:

Yder kommunen støtte til en fond, skal støtten **øremærkes** til lovlige kommunale opgaver, hvis fonden også varetager ikke-kommunale opgaver

LOVLIGE KOMMUNALE OPGAVER

De uskrevne retsgrundsætninger om kommunernes ulovbestemte opgaver – **kommunalfuldmagten** – giver kommunerne hjemmel til at udføre en række opgaver, herunder på fritids- og kulturområdet

HUSK:

- Almennytteskriteriet
- Lokalitetsprincippet
- Opgavefordelingsprincippet

Betydning for:

Kan kommunen
være stifter?
Kan kommunen
give støtte/
øremærket
støtte?

ERHVERVSVIRKSOMHED

Udgangspunktet efter kommunalfuldmagten:

Kommuner må **ikke** udøve erhvervsvirksomhed ("handel, håndværk, industri eller finansiel virksomhed")

Udgangspunktet **fraviges** ved:

1. Produktion til eget brug (ex. mad til egne borgere)
2. Salg af biprodukter (ex. know-how)
3. Salg af overkapacitet (ex. udlejning af ledige lokaler)
4. Accessorisk virksomhed (ex. kiosk i svømmehal)
5. Forsyningsvirksomhed

Virksomheden må ikke drives med henblik på at opnå fortjeneste



CASE: MADHUSET

En kommune ønskede at øge kendskabet til den lokale madkultur, herunder for at fremme turismen. Kommunen besluttede at stifte en fond, som også andre fonde og lokale fødevarevirksomheder bidrog til.

Fonden blev oprettet, og det viste sig at være en stor succes. Mad er det nye sort! Kommunen bidrog i begyndelsen med en årlig støtte til fondens foredrags- og brandingaktiviteter, men efterhånden lavede fonden så mange indtægtsgivende opgaver, at der ikke længere var behov for kommunal støtte.

Fondens direktør var vild med sit job! Hun var glad for at fremme lokalområdet, men fra tid til anden kunne hun godt ønske sig lidt mere "luft under vingerne". Hun og bestyrelsen fandt derfor ud af, at det ville give god mening at udvide aktiviteterne, så der dels kom en mere kommerciel vinkel, dels en større geografisk udbredelse af fondens aktiviteter.



KOMMUNENS INDFLYDELSE

Udpegning af bestyrelsesmedlemmer

- Kommunen kan som udgangspunkt ikke ”bevare rådigheden over opgavevaretagelsen”, hvis kommunal opgave varetages af en fond
- Vedbæk Havn-sagen – kommunen blev via sin ret til at udpege flertallet af bestyrelsens medlemmer anset for at have bestemmende indflydelse i fonden
- Hvis fonden (også) udfører ikke-kommunale opgaver
- Kommunestyrelseslovens § 68 a: Kommunen kan udpege bestyrelsesmedlemmer, hvis der er en kommunal interesse, men må ikke udpege flertallet

Instruktionsbeføjelse

- Bestyrelsesmedlemmer skal efter fondslovgivningen alene varetage fondens formål og interesser
- Fondens formål og interesser afviger ikke nødvendigvis fra de kommunale interesser, men de sætter – sammen med baggrunden for kommunalbestyrelsens udpegningsret – grænser for instruktionsbeføjelsen fra kommunalbestyrelsen



CASE: UDVIKLINGSFONDEN

En kommune ønskede at øge serviceniveauet i hjemmeplejen samtidig med, at der skulle spares penge. Efter mange undersøgelser stod det klart, at velfærdsteknologi (robotter, telemedicin mv.) ville være løsningen. Kommunen besluttede at samle alle gode kræfter i en fond, der skal stå for udviklingen.

Fondens bestyrelse begynder nu at arbejde med projekterne. I henhold til vedtægterne skal udviklingsresultaterne stilles til rådighed for alle. Et medlem af bestyrelsen har særligt fokus på mobilitet, og han foreslår at inddrage udvikling af droner og selvkørende biler (begge kan bringe mad, medicin mv.) i fondens projekter.

Kommunen hører dette – og synes, at det ligger alt for langt fra det oprindelige formål.



STIFTERENS/GAVEGIVERENS STILLING

Vedtægtsændringer

- Kræver fondsmyndighedens tilladelse, uanset om kommunen i vedtægten er tillagt en ret til at godkende vedtægtsændringer
- Hvis kommunen er stifter, er der mulighed for en vis indflydelse (stiftertilje)

Fondens kapital

- Yder kommunen væsentlig støtte (gave), sidestilles kommunen (som gavegiver) med stifter (erhvervsfondslovens § 1, stk. 3)
- Kommunen kan hverken som stifter eller væsentlig gavegiver modtage uddelinger – heller ikke ved fondens opløsning



CASE: HALLERNE

En kommune besluttede, at den ikke selv længere ønskede at stå for driften af de idrætshaller, der lå i kommunen, medmindre de lå i umiddelbar tilknytning til en folkeskole.

De lokale idrætsforeninger var derimod vældig interesserede i at overtage hallerne. Så kunne de selv bestemme åbningstider, valg af forpagter til caféen mv.

Kommunen indgik derfor aftale med en række af foreningerne. Hver forening overtog ejerskabet til en hal, og kommunen skulle fremover give en vis støtte til driften. Det blev aftalt og tinglyst, at hallen skulle gå tilbage til kommunen, hvis foreningen ikke længere ville drive den.

Det viste sig efterfølgende, at den forening, der havde overtaget kommunens største og mest attraktive hal, var organiseret som en fond.



VIRKNING AF OPGAVERNS UDFØRELSE I EN FOND

Forvaltningsloven og offentlighedsloven:

Fonden er ikke (organisatorisk) en del af den offentlige forvaltning, men forvaltningsloven og offentlighedsloven gælder for fondens virksomhed, hvis

- Fonden er oprettet ved lov eller iht. lov eller udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og er undergiver intensiv offentlig regulering, tilsyn eller kontrol (forvaltningslovens § 1, stk. 2, og offentlighedslovens § 3)
- Offentlighedslovens § 3, stk. 2, om forsyningsvirksomhed
- Det følger af sektorlovgivning

Almindelige forvaltningsretlige regler og retsgrundsætninger (lighedsgroundsætning mv.):

Gælder som udgangspunkt alene for den offentlige forvaltning, og ikke for en fond etableret på privatretligt grundlag. Men kan gælde baseret på den konkrete offentlige opgave, som fonden varetager.



VIRKNING AF OPGAVERNS UDFØRELSE I EN FOND

Udbudsreglerne

- Er fondens indkøb udbudspligtige?
- Er kommunens indkøb hos fonden?

Statsstøtte

- Er kommunens støtte til fonden statsstøtte?
- Er fondens bidrag til andre det?



EN FOND OG EN FORENING ER IKKE DET SAMME.....

Så husk at tænke over:

Skal kommunen være stifter/deltage i etableringen **eller** yde støtte,

og hvordan det påvirker :

- Rammerne for fondens aktiviteter
- Kommunens indflydelse på samarbejdet
- Indgåelse af aftaler
- Ophør af samarbejde, opløsning af fonden



UDSKILLELSE AF OPGAVER TIL EN FOND –
TILRETTELÆGGELSE OG GENNEMFØRELSE



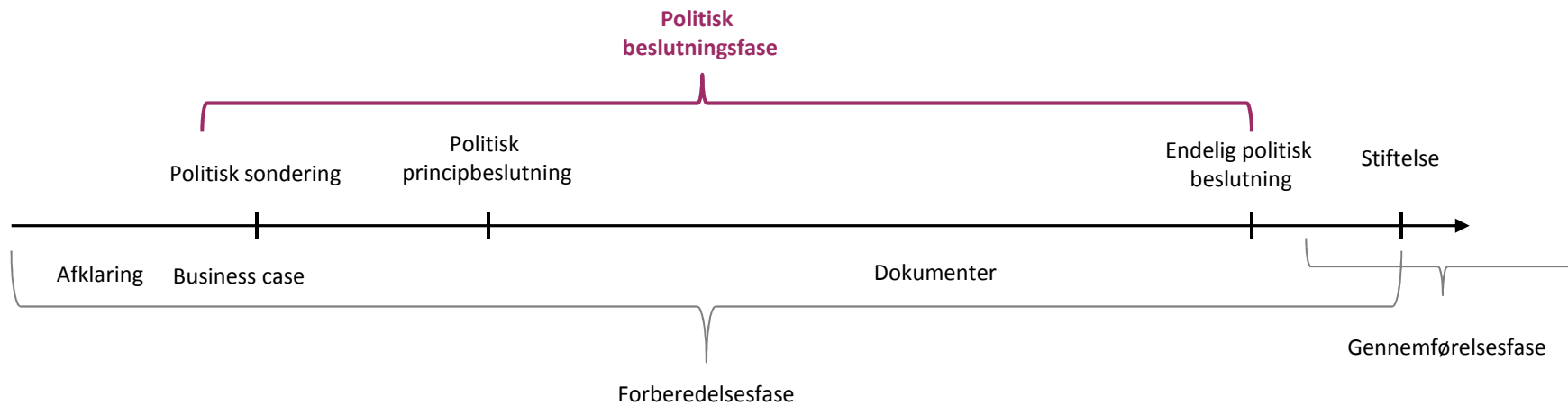
SCENARIER

Kommunen vil gerne etablere en socio-økonomisk virksomhed, hvor mindre robuste borgere kan få job

Kommunen laver selv mad til ældre, institutioner mv.

Opgaven overvejes udskilt til en fond...

DEN POLITISKE PROCES | FASERNE



ETABLERING | AFSÆT I RETSGRUNDLAGET

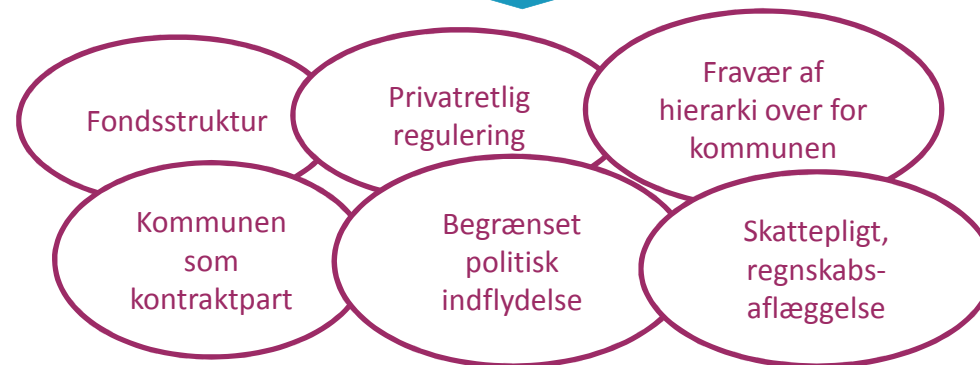
- Udarbejdelse af forretningsplan/**business case**
 - Kommunen er underlagt et princip om økonomisk forsvarlig forvaltning
 - Fonden skal derfor være levedygtig
- Derfor må det **i lyset af retsgrundlaget** fastlægges:
 - Hvilke opgaver fonden skal udøve?
 - Hvem fonden må sælge ydelser til/stille aktiviteter til rådighed for?
 - Om der er krav om udbud, hvis kommunen kan købe ydelser af fonden?
 - Om fonden kan købe serviceydelser mv. fra kommunen?
 - Om der er behov for afgrænsning mellem myndighedsopgaver og fondens aktiviteter?
 - Hvilke medarbejdere som skal med over i fonden?
 - Om der er behov for afklaring af spørgsmål med andre myndigheder?
- Nødvendigt at inddrage en **finansiel rådgiver** og at lægge et **budget** for fonden! Husk skat og moms...

DEN POLITISKE PROCES | REGULERINGSRAMMEN

Kommunale aktiviteter:



Aktiviteter i fondsregi:



FORBEREDELSE | HVAD SKAL FONDEN "FØDES" MED?

- Hvilke **aktiver** (herunder fast ejendom) og **passiver** vil kommunen indskyde i fonden?
- Evt. **kontrakter**, der er behov for at overføre til fonden?
 - Debitorskifte
 - Procedure – og tidsplan! – for at finde kontrakter
 - Indhentelse af samtykke fra kontraktparterne (alle/nogle – orientering/aktivt samtykke)
- Skal der overføres **medarbejdere**?
 - Fonden skal have de nødvendige kompetencer til at videreføre igangværende opgaver
 - Kommunen skal fortsat kunne varetage tilbageblevne opgaver

OPSAMLING

HORTEN

side 49



PROFIL | RIKKE SØGAARD BERTH

Rikke Søgaard Berth indgår i Hortens afdeling for offentlig ret. Hun er specialiseret i de særlige forhold, der gælder for offentligt ejede selskaber, herunder spørgsmål om styring og governance. Hun har omfattende erfaring med at gennemføre større strukturændringer, og hun rådgiver såvel offentligt ejede selskaber som myndigheder.

Hun rådgiver offentlige myndigheder og halvoffentlige organer om bl.a. kommunal-fuldmagtsreglerne og andre offentligretlige forhold.

Hun har tidligere været ansat i Justitsministeriet, hvor hun har opnået erfaring med arbejde med politisk ledede organisationer. Hun er medforfatter til bogen "Kommunale aktieselskaber" (2009, under revision). Siden 2003 har hun undervist på Københavns Universitet, hvor hun nu fungerer som censor, og hun afholder kurser om bl.a. kommunal-fuldmagten, kommunal erhvervsaktivitet, forsyningsret og offentlig-privat samarbejde.

**Rikke Søgaard Berth**

Partner

Dir: +4533344279

Mob: +4552344279

E-mail: rsb@horten.dk

Karriere

Partner, Horten, 2010

Advokatbeskikkelse, 2008

Advokatfuldmægtig og advokat, Bruun & Hjejle, 2006-2010

Fuldmægtig, Justitsministeriets departement, 2002-2005

Uddannelse

Cand.jur., Københavns Universitet 2002

BA.scient.pol., Aarhus Universitet 1996

Specialer

Offentlig ret

Offentlige private samarbejder

Energi- & forsyningsret