

Rose, Kalle Johannes

Doctoral Thesis

Når stiftertiljen dør...: Et retsøkonomisk bidrag til 200 års juridisk konflikt om ejendomsretten

PhD Series, No. 23.2016

Provided in Cooperation with:

Copenhagen Business School (CBS)

Suggested Citation: Rose, Kalle Johannes (2016) : Når stiftertiljen dør...: Et retsøkonomisk bidrag til 200 års juridisk konflikt om ejendomsretten, PhD Series, No. 23.2016, ISBN 9788793483118, Copenhagen Business School (CBS), Frederiksberg, <https://hdl.handle.net/10398/9335>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/208977>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>

COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL
SOLBJERG PLADS 3
DK-2000 FREDERIKSBERG
DANMARK

WWW.CBS.DK

ISSN 0906-6934

Print ISBN: 978-87-93483-10-1
Online ISBN: 978-87-93483-11-8

NÅR STIFTERVILJEN DØR... – ET RETSØKONOMISK BIDRAG TIL 200 ÅRS JURIDISK KONFLIKT OM EJENDOMSRETTE

PhD Series 23-2016

Kalle Johannes Rose

NÅR STIFTERVILJEN DØR...

**ET RETSØKONOMISK BIDRAG
TIL 200 ÅRS JURIDISK KONFLIKT
OM EJENDOMSRETTE**

The PhD School of LIMAC

PhD Series 23.2016

CBS  **COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL**
HANDELSHØJSKOLEN

Når stiftertiljen dør...

*Et retsøkonomisk bidrag til 200 års juridisk
konflikt om ejendomsretten*

PhD afhandling af Kalle Johannes Rose

Vejleder: Professor Søren Friis Hansen
LIMAC Ph.D. skole
Copenhagen Business School

Kalle Johannes Rose

Når stiftertiljen dør...

Et retsøkonomisk bidrag til 200 års juridisk konflikt om ejendomsretten

1st edition 2016

PhD Series 23.2016

© Kalle Johannes Rose

ISSN 0906-6934

Print ISBN: 978-87-93483-10-1

Online ISBN: 978-87-93483-11-8

LIMAC PhD School is a cross disciplinary PhD School connected to research communities within the areas of Languages, Law, Informatics, Operations Management, Accounting, Communication and Cultural Studies.

All rights reserved.

No parts of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Forord:

Denne afhandling er skrevet fra oktober 2012 til april 2016 ved et Ph.D.-stipendiat på Copenhagen Business School, Juridisk Institut. En vigtig og uundværlig del af afhandlingen blev udviklet ved min indskrivning på UC Berkeley School of Law i Californien, hvor jeg havde den store glæde at studere i 6 måneder.

Jeg er dybt beæret over de muligheder, jeg har haft som Ph.D. på CBS, og specielt muligheden for at rejse ud i verden for at hente den nødvendige inspiration og sparring, som er essentielt for at kunne lave nyskabende forskning.

Jeg har virkelig nydt at skrive min afhandling og vil gerne takke mine kolleger på Juridisk Institut og min vejleder for fantastisk sparring forløbet igennem. Derudover vil jeg gerne takke min familie og venner, for al den støtte jeg har modtaget i årenes løb.

To personer skal dog have en speciel tak og det er min mor Anne Bell Denise Rose, der evigt og altid har støttet og hjulpet mig selv ud i de tidlige morgentimer, og min fantastiske studiekammerat, veninde og gode kollega Clara Rikke Rao Jensen, for altid at tro på mine lidt skæve idéer og bakke dem op til fulde.

København, april 2016

Kalle Johannes Rose

Kapitel 1 – Oversigt, baggrund, formål og metode.....	13
1.1 Oversigt	13
1.1.1 Den røde tråd.....	13
1.2 Baggrund.....	15
1.2.1 ”Om Regeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet”	15
1.2.2 Stifertiljen og ejendomsretten	19
1.2.3 Permutation og fleksibiliteten i lov om erhvervsdrivende fonde.....	20
1.2.4 Grundlovens beskyttelse af ejendomsretten	23
1.3 Retsøkonomiens syn på ejendomsrettens allokering.....	25
1.4 Afhandlingens formål.....	27
1.5 Metode	27
1.5.1 Den generelle metode.....	27
1.5.2 Retsdogmatisk metode	28
1.5.3 Retsøkonomisk metode	29
1.6 Disposition	32
1.7 Afgrænsninger.....	33
1.8 Definitioner og begreber	35
1.9 Sammenfatning	37
Kapitel 2 Carlsbergfondet og de Islandske Håndskrifter	38
2.1 To eksempler fra praksis	38
2.2 Carlsbergfondet.....	38

2.2.1 Oprindelsen	38
2.2.2 Første kapitaludvidelse	39
2.2.3 Anden kapital udvidelse.....	41
2.2.4 Et eksempel på permutation.....	43
2.3 De islandske håndskrifter	43
2.3.1 Oprindelsen	43
2.3.2 Første håndskriftssag.....	48
2.3.3 Anden håndskriftssag.....	54
2.3.4 Et eksempel på grundlovsbeskyttelsen	56
2.4 Sammenfatning	57
Kapitel 3 – Ejendomsretten og stifterviljen.....	59
3.1 Oversigt	59
3.2 Rettighedsbegrebet.....	60
3.2.1 Ret	60
3.2.2 Rettighedsbegrebet som fremstillingsteknisk hjælpemiddel	61
3.2.3 Den typiske rettighedssituation.....	63
3.2.4 Rettighed som substans.....	66
3.2.5 Rettighedens struktur	69
3.3 Ejendomsretten	73
3.3.1 Historien og den sjælelige ejendomsret	73
3.3.2 Den aktuelle og eventuelle ejendomsret	77
3.4 Ejendomsretten og den erhvervsdrivende fond.....	78

3.4.1 De fire dele	78
3.4.2 Subjektet.....	79
3.4.2.1 Det generelle subjekt.....	79
3.4.2.2 Dispositionssubjektet	80
3.4.2.3 Søgsmålskompetencen.....	88
3.4.2.4 Kreditorernes adgang til fyldestgørelse	91
3.4.2.5 Påtalesubjektet	93
3.4.2.6 Interessesubjektet	95
3.4.3 Indhold	98
3.4.4 Genstand.....	103
3.4.5 Beskyttelsen	104
3.5 Sammenfatning	106
Kapitel 4 – Erhvervsfondsloven.....	109
4.1 Oversigt	109
4.2 Permutationsretten og optakten til regulering	110
4.3 Fondslovene fra 1984.....	112
4.3.1 Formålet og hensigten med loven	112
4.3.2 Fondslovens bestemmelser	115
4.3.2.1 Lovens anvendelsesområde og definitioner.....	115
4.3.2.2 Fondsbegrebet og betingelserne.....	116
4.3.2.3 Begrebet Erhvervsdrivende.....	118
4.3.3 Registrering, stiftelse, formål og familie	121

4.3.4 Ledelse	126
4.3.5 Vedtægtsændringer	129
4.3.6 Tvangspermutation ved § 49.....	138
4.4 Loven om erhvervsdrivende fonde fra 1984 til 2010	139
4.5 Fondsudvalget anbefalinger af (2012) og formål til ny lov om erhvervsdrivende fonde.....	141
4.5.1 Erhvervsfondsudvalget og formålet.....	141
4.5.2 Lovens anvendelsesområde og definitioner.....	145
4.5.3 Registrering, stiftelse, formål og familie	152
4.5.4 Ledelse	157
4.5.5 Vedtægtsændringer og fondsmyndighedens kompetence	163
4.6 Lov om erhvervsdrivende fonde 2014	167
4.7 Sammenfatning	171
Kapitel 5 Grundloven og beskyttelsen af ejendomsretten.....	175
5.1 Oversigt	175
5.2 Grundloven og menneskerettigheder	175
5.2.1 Generelt om Grundloven.....	175
5.2.2 Fortolkning og anvendelse af grundloven	177
5.2.3 Menneskerettighederne og EMRK	179
5.2.4 Fortolkning af friheds- og borgerrettighederne (menneskerettighederne). 183	
5.3 Grundlovens § 73	184
5.3.1 Bestemmelsens ordlyd	184

5.3.2	Generelt om Beretningen om forhandlinger på Rigsdagen 1848-1849.....	185
5.3.3	Beretningen om forhandlingerne på Rigsdagen og Ejendomsrettens beskyttelse	187
5.3.4	Grundlovens § 73 fra 1849 til 1953	195
5.4.	Beskyttelsen efter grundloven	198
5.4.1	De væsentlige dele	198
5.4.2	Ukrænkeligheden	199
5.4.3	De beskyttede rettigheder.....	200
5.4.4	Beskyttelsessubjektet	201
5.4.5	Ekspropriationsbegrebet.....	204
5.4.5.1	Bedømmelseskriterierne	204
5.4.5.2	Overførselskriteriet	206
5.4.5.3	Generalitetskriteriet.....	207
5.4.5.4	Intensitetskriteriet	207
5.4.5.5	Kausalitetskriteriet	209
5.4.5.6	Sammenfatning af ekspropriationsbegrebet	210
5.4.6	Ekspropriationsbetingelserne	214
5.4.6.1	Hvor Almenvellet kræver det	214
5.4.6.2	Det påkrævede Lovhjemmel	217
5.4.6.3	Fuldstændig erstatning	218
5.4.7	Mindretalsbeskyttelsen.....	221
5.4.8	Domstolsprøvelsen.....	222
5.5	Sammenfatning	223

Kapitel 6 Forholdet mellem grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen	226
6.1 Oversigt	226
6.2 Ejendomsretten som fællestræk	226
6.3 Fondslovene	228
6.4 Grundloven	233
6.5 Spændingsfeltet	236
6.6 Er beskyttelsen af ejendomsretten/stiftertiljen ens?	239
6.7 Erhvervsfondsloven som ekspropriation	243
6.8 Sammenfatning	244
Kapitel 7 'Property Right' traditionen	246
7.1 Oversigt	246
7.2 Definition af ejendomsretten	247
7.3 Baggrunden for ejendomsretten	250
7.3.1 Incitamentet til at arbejde	250
7.3.2 Incitamentet til at vedligeholde og forbedre genstande med ejendomsret	252
7.3.3 Incitamentet til at overdrage genstande	255
7.3.4 Beskyttelsen ved ejendomsretten	256
7.4 Opdeling af ejendomsrettigheder	257
7.5 Anskaffelse og overdragelse af ejendomsrettigheder – ved gave og arv	259
7.5.1 Gaver	259
7.5.2 Dødsgaver	262

7.5.3 Testamentet og respekten for det	264
7.5.4 Spilteoriens mulige opsætning af modelstruktur	265
7.6 Den døde hånd	267
7.6.1 Kontrol efter død	267
7.6.2 Kritikken af den døde hånd	269
7.7 Den døde hånd og eksternaliteter	271
7.7.1 Definition af Eksternaliteter	271
7.7.2 Løsbare situationer med eksternaliteter ved forhandling	276
7.7.2.1 Coase teoremet	276
7.7.2.2 Forhandling under Coase når vedtægterne skader stifterviljen	279
7.7.2.3 Forhandling når vedtægterne skader samfundet	280
7.7.2.4 Når vedtægterne ikke må ændres ifølge stifteren	282
7.7.3 Forhandlingens begrænsninger	283
7.7.4 Løsning af eksternaliteter ved lovgivning	284
7.7.5 Coase, veldefinerede rettigheder og transaktionsomkostninger	288
7.7.5.1 Veldefinerede rettigheder og de erhvervsdrivende fonde	288
7.7.5.2. Transaktionsomkostningerne og de erhvervsdrivende fonde	291
7.7.5.3. Det svage og det betingede normative Coase teoremet	294
7.8 Michelman-kriteriet – middeelvejen mellem Pareto og Kaldor-Hicks	299
7.9. Sammenfatning	304
Kapitel 8 Ørsted, udviklingen og rettens efficiens	309
8.1. Oversigt	309

8.2. Ørsted og de to sager fra praksis.....	310
8.2.1. Ørsteds betragtninger og forholdet til ejendomsretten	310
8.2.2. Ørsted og de to sager, Carlsberg og de islandske håndskrifter.....	311
8.3. Ejendomsretten og stiftertiljen.....	313
8.4. Den juridiske disputs.....	315
8.4.1 Oversigt.....	315
8.4.2 Fondsretten og permutation	315
8.4.3 Grundlovens § 73.....	319
8.4.4 Spændingsfeltet.....	322
8.5. Retsøkonomiens løsning på effekten af den døde hånd.....	325
8.5.1 Ejendomsretten i økonomisk perspektiv.....	325
8.5.2 Erhvervsdrivende fondes og stifters særlige karakteristika	327
8.5.3 Den efficiente lovgivning mod eksternaliteter og den døde hånd	327
8.6 Erhvervsfondsloven, Grundloven, Stiftertiljen og Retsøkonomien	330
8.6.1 Den retsøkonomiske tilgang.....	330
8.6.2 Grundloven set i retsøkonomisk perspektiv.....	331
8.6.2.1 Den rene ordlyd i et retsøkonomisk perspektiv	331
8.6.2.2 Bedømmelseskriterierne betydning for det retsøkonomiske perspektiv	334
8.6.2.3 Bedømmelseskriterierne og efficienskriterierne.....	336
8.6.3 Erhvervsfondsloven set i retsøkonomisk perspektiv	339
8.6.3.1 Den rene ordlyd i et retsøkonomisk perspektiv	339

8.6.3.2 Bedømmelseskriteriernes betydning for det retsøkonomiske perspektiv	341
8.6.3.3 Bedømmelseskriterierne og efficienskriterierne.....	342
8.6.3.4 Lovindgreb for Pareto	347
8.6.4 Retsøkonomiens bidrag til den juridiske disputs	352
8.6.4.1 Retsøkonomiens løsning, grundloven og erhvervsfondsloven	352
8.6.4.2 Retsøkonomiens løsning, Ørsted og de to sager fra praksis	357
8.6.4.3 Retsøkonomiens løsning og den grundlæggende forståelse af stiftertiljens relation til ejendomsretten	358
8.7 Sammenfatning	358
Kapitel 9 Konklusion.....	362
9.1 Afhandlingens problemstilling og Ørsted	362
9.2 Behovet for at løse den døde hånd.....	363
9.3 Den ønskede hensigt med retsøkonomien.....	364
9.4 Vejen til en løsning	365
9.5 Resultatet: Fondsretten skal følge grundloven og anti-selskabsificeres.....	367
Summary Dansk	369
Summary English	372
Litteraturliste	376

Del 1

Kapitel 1 – Oversigt, baggrund, formål og metode

1.1 Oversigt

1.1.1 Den røde tråd

I 1815 skrev Anders Sandøe Ørsted (herefter Ørsted) en artikel angående ejendomsrettens beskyttelse. I kølvandet på den franske revolution og indførelsen af Code de Civil opgøret med naturretens absolutte ejendomsrettighedsbegreb tog Ørsted diskussionen op angående ejendomsrettens ukrænkelighed og den døde hånd i dansk ret med fokus på datidens fonde – stiftelserne. Ørsted opstillede argumenter for og imod ejendomsrettens beskyttelse, men forholdt sig samtidig yderst kritisk til både det af naturretens absolutte ejendomsretsbegreb og det af Code de Civil fremførte ejendomsretsbegreb. Han fandt i stedet, at løsningen skulle findes i en skønsvurdering i forhold til et generelt samfundshensyn.¹

Efter Ørsteds bidrag fra 1815 deltog han selv, som folkevalgt repræsentant for København, i ”Forhandlingerne på Rigsdagen”², som skulle blive startskuddet til demokratiets indførelse i Danmark ved den danske grundlov af 1849. I denne lovtekst fremførtes ejendomsretten som værende ukrænkelig, medmindre den af almenvellet kræves ved lov og da skal krænkelsen ske mod erstatning.³ Formuleringen var i tråd med den franske Code de Civil, som ikke efter Ørsteds tidligere skrift var optimal.

¹ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, note s. 17-18

² Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen, 1948-1949, s. 1A

³ ”Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.”

Lang tid før grundloven og i tråd med Ørsteds artikel havde permutationsretten haft sit virke i Danmark. Ifølge permutationsrettens praksis kunne stiftelser få tilladt at lave vedtægtsændringer, hvis det var nødvendigt, eller hvis ændrede samfundsvilkår gjorde de gældende vedtægter uhensigtsmæssige. Da grundloven træder i kraft med en bestemmelse angående ejendomsrettens beskyttelse næsten identisk med den franske Code de Civil, ændres der ikke i praksis i forhold til permutationer af vedtægter. Dermed fulgte praksis selv efter grundloven den daværende praksis, selvom at Ørsted havde forkastet den franske Code de Civil i forhold til permutationer.

Først i 1984 blev der, på baggrund af et udvalg nedsat af Justitsministeriet, vedtaget de første fondslove gældende for ikke erhvervsdrivende- og erhvervsdrivende fonde (afhandlingen vil fokusere på de erhvervsdrivende fonde).⁴ Grunden hertil var, at der årene forinden havde været en modernisering af selskabslovene, samt at der fra lovgivers side var et ønske om at kortlægge fondene i Danmark, der indtil fondslovene fra 1984 havde levet i skjul. Med fondslovene kom der for første gang lovhjemmel til at ændre i vedtægterne med fondstilsynets godkendelse heraf.

De erhvervsdrivende fonde kom i årene fra 1984 og frem i endnu større bevågenhed fra både medierne, befolkningen og specielt lovgiver. Grunden hertil var blandt andet deres store indflydelse på samfundet, som kunne ses ved, at mange af virksomhederne i toppen af dansk erhvervsliv var ejet af erhvervsdrivende fonde. Konsekvensen heraf blev, at der i 2014 kom endnu en modernisering af lov for erhvervsdrivende fonde. Endnu engang var det i kølvandet på en selskabsretlig modernisering. Dette blev ligeledes tydeligt i den nye lov om erhvervsdrivende fonde, som blev udvidet til næsten at gælde 3 gange så mange bestemmelser i forhold til

⁴ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde og Lov nr. 300 af 06/06/1984, Lov om fonde og visse foreninger

loven af 1984 og udvidelsen syntes at være i overensstemmelse med den nye selskabslov.⁵

Nu 200 år efter Ørsteds bidrag findes der i almenheden stadig diskussioner vedrørende den døde hånd, stiftertilje og ejendomsrettens ukrænkelighed.⁶ De modstridende argumenter angående ejendomsretten, som Ørsted fremførte i 1815, findes stadig, hvilket må synes at være en indikation af, at der trods tidens tand ikke er nået en optimal løsning om permutation og ejendomsret, som Ørsted havde ønsket med sit bidrag. På denne baggrund er det hensigten med denne afhandling, med udgangspunkt i Ørsteds artikel, at undersøge og analysere beskyttelsen af ejendomsretten for erhvervsdrivende fonde og beskyttelsen af stiftertiljen i forhold til ændrede tidsmæssige forhold.

1.2 Baggrund

1.2.1 ”Om Regeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet”

Da afhandlingen tager udgangspunkt i Ørsteds artikel fra 1815, er det nødvendigt her at fremstille nogle af hans hovedpointer fra dette værk.

”Det er et ubedrageligt Kjendemærke paa, at Skribenterne ei endnu have fundet den rigtige Afgørelses Punkt i en ved Fornuftens Domstol omtvistet Sag, naar vel begge Partier, hvert for sig, vide at anføre tilsyneladende Grunde for den Mening, de fægte for, men intet af dem er i Stand til, paa

⁵ Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde

⁶ Se kapitel 2 om Carlsberg

en fyldestgørende Maade, at gjendrive de Grunde, hvormed det andet Parti forsværer den modsatte Mening.”⁷

Således starter Ørsteds artikel fra 1815 ”Om Regeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet” omhandlende de to parter, som findes i diskussionen vedrørende beskyttelsen af stiftertiljen ved stiftelser.

Den første part beskriver Ørsted som stiftertiljens unægtelige beskytter.⁸ Denne part fokuserer på den frie ejendomsret, hvormed enhver person har ret til at gøre med sine ejendele som denne behager og at staten skal acceptere denne akt, når staten godkender oprettelsen af en stiftelse, hvormed der følger en evig gældende fundats.

Den anden part lægger vægt på statens ret til at ændre i fundatserne, når dette findes nødvendigt og gavner efterverdenen (altså verdenen efter stifterens død/stiftelse), da hensigten med stiftelsen må have været at gavne denne efterverden. Hvis ikke man tillader ændringer, mener denne part, at stifter vil være den reelle lovgiver og dermed stå over staten.⁹

Ørsted fremhæver i sin artikel, at der ved argumentationen om, at ejendomsretten er ukrænkelig, mangler at blive bevist, at dette også gælder efter en stifters død.¹⁰ Det er vigtigt i denne sammenhæng at huske på, at der ved det pågældende tidspunkt ikke er et fasttømret ejendomsrettighedsbegreb. Han frembringer dog et væsentligt argument for, hvor han synes, grænsen skal være:

⁷ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s.1. Artiklen er skrevet i gotisk skrift. Translationen til latinske bogstaver er selvgjort.

⁸ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 4.

⁹ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 3.

¹⁰ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 4.

”En Forandring i en privat Stiftelses Indretning, kan vist nok, under visse Omstændigheder, være nyttig, det kan ikke nægtes. Men førend at denne Grund kan gjøre Udslaget, maa det først undersøges: om Staten her kan sørge for det almindelige Bedste, uden at forurette nogen? Thi dersom Staten ikke i dette Tilfælde kan befordre det almindelige Bedste, uden at gjøre Indgreb i Testators virkelige, fornufisgrundede Eiendomsret. Saa er den ligesaa lidet berettiget hertil, som den er berettiget til at dræbe eller udplyndre Pengepugeren, for at bringe hans Mammon i bedre Hænder.”¹¹

Efter Ørsteds mening bør staten altså kun kunne ændre i fundatsen, hvis den ikke på anden måde kan opnå samme effekt. Han udbygger dette med, at det vil være logisk, at stifteren ville ønske af efterverdenen, at staten ændrede i fundatsen, hvis denne kunne forbedres i forhold til stifterviljen givet ændrede samfundsmæssige omstændigheder.¹² Ørsted begrundet sin holdning yderligere med, at den absolutte ejendomsret fra naturretten ikke kan anses for hensigtsmæssig, da den er for ekstrem, idet den helliger ejendomsretten i en sådan grad, at almenheden kan siges at være tilsidesat i forhold til stifterviljen. Han modsætter sig endvidere den tilgang, som man ser ved Code de Civil og senere den danske Grundlov, hvor man yder erstatning for det tab, der måtte findes ved en krænkelse af ejendomsretten.¹³ Ørsted mener altså, at staten ikke skal give erstatning for ændringer, da de ændringer, som bør være tilladte,

¹¹ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 6.

¹² Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 7.

¹³ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 17-18.

er ændringer, der tilsigter stifterviljen på bedste vis i forhold til omstændighederne i samfundet.¹⁴

Med Ørsted in mente kan der altså defineres 4 relevante områder for, hvad der bør inkluderes, når man ønsker at undersøge stifterviljens beskyttelse:

Det første forhold er relationen mellem stifterviljen og ejendomsretten. Ørsted anså, som det ses ovenstående, at der var et reelt forhold mellem stifterviljen og ejendomsretten. Han syntes at have en forenelighed mellem disse to begreber.

Det andet område omhandler altså statens ret og behov for at ændre i fundatser pga. ændrede vilkår i samfundet. Dette defineres som permutationsretten. Som for de erhvervsdrivende fonde i dag er hjemlet i lov om erhvervsdrivende fonde.

Tredje forhold Ørsted identificerer, er beskyttelsen af ejendomsretten på baggrund af stifterviljen. Ejendomsretten er i dag beskyttet i Grundlovens § 73 som en grundlæggende menneskeret i overensstemmelse med Code de Civil. Derved også det ejendomsrettighedsbegreb som Ørsted i hans artikel forkaster.

Fjerde forhold er samfundsøkonomien. En del af Ørsteds frembringelser handler om samfundets ve og vel og fordelingen af rettigheder, således at efterverdenen ikke kommer til at lide økonomisk under effekten af den døde hånd.

Disse 4 relevante områder, som identificeret af Ørsted, vil være omdrejningspunktet og baggrunden for denne afhandling, for at kunne udlede hvorvidt det her 200 år efter hans artikel er muligt at komme nærmere en løsning af problematikken angående den døde hånd ud fra de nuværende tilstande på områderne.

¹⁴ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 36.

1.2.2 Stifterviljen og ejendomsretten

Forholdet mellem stifterviljen og ejendomsretten er som sådan ikke blevet behandlet i nyere tids litteratur om erhvervsdrivende fonde i samme omfang som ved Ørstedes artikel, der i sig selv ikke kan siges klart at frembringe en definition af det reelle forhold. Der har gennem tiden været flere større bidrag, der omhandler selve det ejendomsretlige begreb, blandt andet Frederik Vinding Kruse og Alf Ross. Efter deres overbevisning omfatter det ejendomsretlige begreb en række forskellige faktorer og relationer til retlige bindinger, der sammen skaber rammen om selve ejendomsretten.¹⁵ Kort at nævne er der generelt tale om en genstand, hvormed ejendomsretten er bundet, en person, der besidder selve retten og kan anvende den, indholdet, der mere konkret definerer rettens omfang og så beskyttelsen, der omfatter forholdet mellem retten og det retlige system eller nærmere omverdenens forhold og respekt af den pågældende ejendomsret.

Begrebet stiftervilje bliver ikke bare anvendt i litteraturen, men ligeledes i lovvalgsarbejdet i forbindelse med lov om erhvervsdrivende fonde. Der synes dog at være forskellige holdninger til, hvor bredt stifterviljen er repræsenteret i selve fundatsen. Uenighederne synes at dreje sig om, hvorvidt stifterviljen kun kan siges at være repræsenteret ved selve formålet i fundatsen, eller om stifterviljen inkluderer andet end selve formålsvedtægten.¹⁶

Hvorledes stifterviljen således passer ind i forhold til det ejendomsretlige begreb, synes ikke direkte at være blevet behandlet i nyere litteratur, hvorfor det er helt afgørende at analysere dette, for at kunne vurdere det af Ørsted opstillede problem angående stiftelsen og mere konkret stiftelsens beskyttelse.

¹⁵ Se nærmere herom i kapitel 3 om ejendomsretten

¹⁶ Se blandt andet her Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 274

1.2.3 Permutation og fleksibiliteten i lov om erhvervsdrivende fonde

Permutationsretten er i oprindelsen en ret uden lovhjemmel, men er baseret på en historisk praksis, hvor staten har tradition for at ændre i vedtægtsbestemmelser for selvejende institutioner under visse betingelser.¹⁷ Selve retten til at udføre permutation skal ses i forlængelse af den problemstilling, som Ørsted fremsætter, altså når ændrede samfundsvilkår har gjort det nødvendigt at tilpasse vedtægtsbestemmelserne eller ophøre bestemmelserne hos erhvervsdrivende fond.¹⁸

Permutationsretten har indtil fondslovene af 1984 været baseret på et uskrevet grundlag. Dette har medført, at der i litteraturen har været flere bidrag til, hvornår permutation skal tillades.¹⁹ Ifølge Carl Oppermann er stiftertiljen betinget til formålet og ikke til de andre bestemmelser i fundatsen, der normalt defineres som forvaltningsbestemmelser.²⁰ Stiftertiljen skal da efter hans opfattelse kun ændres, hvor forandrede forhold vil medføre, at stiftertiljen er unyttig eller skadelig i forhold til almenvellet.²¹ De bestemmelser, der ikke direkte er formålsbestemmelser, vil efter Oppermanns opfattelse kunne ændres så snart, de findes uhensigtsmæssige.²²

¹⁷ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 374 og Oscar A. Borum: Arveretten, 1950, s. 112.

¹⁸ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 375 ”Ændring kan for det første begrundes i hensynet til stifteren selv. Ændrede forhold kan indebære, at stifterens vilje ikke længere eller ikke længere så godt kan tilgodeses uden at der foretages ændringer i institutionens vedtægt. Man kan her søge at begrunde en ændring i stifterens almindeligvis hypotetiske vilje. For det andet kan indgriben i en selvejende institutions vedtægt begrundes i samfundsmæssige hensyn.”

¹⁹ Michael H. Jensen skriver ”Der har i øvrigt ikke hersket enighed om hjemmelen for den beskrevne permutationspraksis. Det er af O.A. Borum og Alf Ross gjort gældende, at den skal findes i grundlovens § 25, hvorefter kongen meddeler dels umiddelbart, dels gennem vedkommende regeringsmyndigheder sådanne bevillinger og undtagelser fra lovene, som ifølge de før 5. juni 1849 gældende regler er i brug [henvisning til O.A. Broum i Tidsskrift for Retsvidenskab, 1939, s. 142, og Alf Ross i U 1957, B. . 85ff]. Ifølge Stig Luul må permutationsretten opfattes som en konstruktion, der er fremkommet ved, at man har opfattet den til arveforordningen fra 1845 knyttede praksis indenfor bestemte områder som udtryk for et almindeligt retsprincip, af hvilket man senere – med udgangspunkt i en justitsministeriel afgørelse fra 1872 – har draget videregående konsekvenser [henvisning til Stig Luul i Festskrift til Vinding Kruse, 1940, s. 140ff., særligt s. 146]. Ernst Andersen anfører, at hjemmelen skal findes i forholdets natur [Ernst Andersen, Legter og Stiftelse, 1962, s. 6.]”

²⁰ Carl R.T. Oppermann, Den danske Rets Bestemmelser om Stiftelser, 1860, s. 167ff

²¹ Se her endvidere Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 379.

²² Se her Carl R.T. Oppermann: Den danske Rets Bestemmelser om Stiftelser, 1860, s. 181 – henvisning til Anton W. Scheel: Personretten, 1859, der henviser til Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser,

Fr. Vinding Kruse skærper linjen for vedtægtsændringer ved, at dette kun skal kunne foregå, når de forandrede vilkår medfører, at stifterviljen er umulig eller er samfundsmæssig urimelig.²³ Herudover findes blandt andre Ernst Andersen, der anlægger en retning for vedtægtsændringer i forhold til uopfyldelighed og åbenbar uhensigtsmæssighed.²⁴ Og endvidere Ernst Andersen, der fokuserer på, at den såkaldte cy-près regel, der bestemmer, at en ændring ikke må gå videre end påkrævet, er essentiel for vurderingen af en permutation.²⁵

På baggrund af et udvalg nedsat af Justitsministeriet kommer der i 1984 for første gang en lov om erhvervsdrivende fonde. Aldrig før har de erhvervsdrivende fonde været direkte reguleret i en specifik lov. Lovgivningen kommer efter, at regeringen i længere tid har anerkendt omfanget af de erhvervsdrivende fonde og betydningen for det danske samfund og derfor finder lovgiver behov for at få et overblik samt indblik i disse selskabers virke.²⁶

Udover at de erhvervsdrivende fonde med lovens indtræden bliver underlagt regler om registrering, revision mm., som på daværende tidspunkt er kendt fra reglerne vedrørende aktie- og anpartsselskaber, bliver der med loven fra 1984 indført en ret til at ændre i vedtægterne for fonden.

Grundlaget for, at der ved lov om erhvervsdrivende fonde fra 1984 indsættes lovhjemmel for vedtægtsændringer, er, at der på det givne tidspunkt er et ønske om, at øge fleksibiliteten for den erhvervsdrivende fond og dennes virksomhed. Nødvendigheden for fleksibiliteten i vedtægterne bliver fremsat på grund af, at stifteren af en erhvervsdrivende fond ikke på stiftelsestidspunktet antages at kunne

som private Mænd have oprettet, 1815. Et klart signal på at Ørsted har effekt langt op i permutationsrettens virke. J. H. Olivarius, Stiftelser, 1910, s. 129ff tilkendegiver samme holdning som Oppermann.

²³ Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten I, 1929, s. 511f

²⁴ Ernst Andersen: Legater og Stiftelse, 1962, s. 41

²⁵ Ernst Andersen: Legater og Stiftelser, 1962, s. 106

²⁶ Betænkning om fonde Betænkning Nr. 970, 1982 s. 5-6

tage stilling til alle fremtidige ændringer, blandt andet økonomiske forhold, som kan have effekt på ikke bare fonden, men også den fondsejede virksomhed.²⁷ Så for at skabe de mest hensigtsmæssige forhold for en erhvervsdrivende fond nedsættes der ved lov en direkte hjemmel til at ændre i vedtægter. Den nye lovhjemmel stemmer overens med de allerede kendte permutationsretlige krav og inkluderer også godkendelse af både fondstilsyn samt justitsministeren.

Fondsretten følger derefter en retning, som på sin vis allerede kan siges at have været lagt ved loven af 1984, nemlig en selskabsificering af fondsretten. Begrebet selskabsificering henleder til, at der både ved lov om erhvervsdrivende fonde fra 1984 samt fra 2014 er en række bestemmelser, som baserer sig på de forudgående moderniseringer af selskabsretten. Disse ændringer og vurderinger bygger således på reguleringen af aktie- og anpartsselskaber og udspringer ikke af argumentationer eller belæg baseret på fondsrettens historie. Bestemmelsen om vedtægtsændringer er ikke blevet ændret i 2014 loven, men kravene til de erhvervsdrivende fonde er steget kraftigt ved den nye lov om erhvervsdrivende fonde.²⁸ Samtidig med, at der er blevet lagt stor vægt på, at det ønskes, at Danmark skal være et såkaldt fondsland og at der skal gives incitament til fremtidig fondsdannelse, selvom kendetegnet ved selskabsformen ikke er baseret på fleksibilitet og profit, som ellers synes at være grundlaget bag lovene og selskabsificeringen.²⁹

Problematikken, som fremført af Ørsted i 1815, omhandler specifikt denne tosidede hensigt. På den ene side ønskes det, at der skal dannes flere fonde i Danmark, hvilket medfører, at der oprettes juridiske personer, som har en i oprindelsen evigtvarende eksistens, der skal administreres efter stifters vedtægter. På den anden side ønskes der fleksibilitet i forhold til markedsvilkår, hvorfor det kræves, at der med tiden skal

²⁷ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 71

²⁸ Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde

²⁹ ”Erhvervsfundsudvalgets rapport” December 2012, s. 11 ”Endelig er det vigtigt for vækst- og erhvervsudvikling i Danmark, at fondsmodellen også i fremtiden anses for attraktiv”

kunne være mulighed for at ændre i stifterens vedtægter, hvis det vurderes, at disse ikke længere er hensigtsmæssige.

Det er altså hensigten med denne afhandling i forhold til det andet frembragte element af Ørsted angående permutationsmuligheder, at analysere lov om erhvervsdrivende fonde fra 1984 og frem. Dette for at kunne udlede, om lovene tilvejebringer eller hindrer en mulig nærmere løsning af Ørsteds fremstillede problemstilling.

1.2.4 Grundlovens beskyttelse af ejendomsretten

Det er helt essentielt for Ørsteds artikel, at der er tale om ejendomsretten og beskyttelsen heraf. Det er derfor nødvendigt at inddrage grundlovens § 73, som omhandler ejendomsrettens beskyttelse, for at kunne udlede, hvorvidt denne beskyttelse dækker stifterviljen for den erhvervsdrivende fond.

Grundlovens § 73 stk. 1 yder en beskyttelse for ejendomsretten ved bestemmelsen:

*”Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.”*³⁰

Den ejendomsretlige beskyttelse i grundloven hører under lovens kapitel VIII, der tilsammen med grundlovens kapitel VII omfatter bestemmelserne angående borgernes frihedsrettigheder. Beskyttelsen af ejendomsretten tilhører derved de såkaldte personlige frihedsrettigheder, der har til formål at beskytte individet mod statslige indgreb i dennes anliggender.³¹

³⁰ Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov, § 73 stk. 1

³¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk statsret, 2012, s. 263

Ud fra bestemmelsen kan det ses, at ejendomsretten kun er ukrænkelig så længe at almenvellet ikke påkræver denne ret. Dette skal dog ske ved lov og mod fuldstændig erstatning. Dette ejendomsrettighedsbegreb stemmer overens med Code de Civil, som Ørsted, som også ovenfor nævnt, forkaster i sin artikel fra 1815.

Når der er foretaget et indgreb efter bestemmelsen, kan dette enten være af ekspropriativ eller ikke ekspropriativ karakter. Hovedreglen er, at der altid er tale om et ekspropriativt indgreb. Undtagelsen kommer så i de tilfælde, at en ekspropriativ handling kan begrundes med, at det fra statslig side nogle gang er nødvendigt at fastsætte regler, der godt nok begrænser den personlige ejendomsret, men som rammer så bredt og samtidig kommer alle til gode, at der ikke er tale om reel ekspropriation. Derfor skal der ved vurdering efter grundlovens beskyttelse af ejendomsretten tages hensyn til sådanne omstændigheder, der tilegnes betegnelsen ”erstatningsfrie indgreb”.³²

Grundloven gælder ikke kun for fysiske, men også for juridiske personer.³³ Den erhvervsdrivende fond er en juridisk person og der gælder derved en beskyttelse efter grundlovens bestemmelse.³⁴ Så skal man følge den beskyttelse, der ligger i grundlovens § 73, betyder dette altså, at de ejendele, rettigheder med mere, som er indeholdt eller omfattet af den erhvervsdrivende fond, er beskyttet mod statsligt indgreb. Da fondens aktiver og håndteringen af dem er fastsat i vedtægterne af stifteren af den erhvervsdrivende fond, skal ejendomsretten for den erhvervsdrivende fond ses i forhold til fondsstifterens ejendomsret, for at kunne definere beskyttelsen heraf.³⁵

³² Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk statsret, 2012, s. 303

³³ Ernst Kauffman: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 251

³⁴ Ernst Kauffman: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 73

³⁵ Dette vil blive analyseret i afhandlingens kapitel 3

Det ønskes altså med denne afhandling at undersøge, ikke kun om stifterviljen kan siges at være beskyttet af ejendomsretten jf. grundloven, men tillige hvornår der er tale om ekspropriative og ikke ekspropriative indgreb ifølge grundloven.

1.3 Retsøkonomiens syn på ejendomsrettens allokering

Den sidste del af Ørsteds fokuspunkter omhandler samfundet og nærmere samfundsøkonomien. Ørsted anvender ikke direkte økonomisk teori, men opstiller visse argumenter, der relaterer sig til blandt andet, hvornår noget er til gavn eller ugavn for samfundet mm.³⁶ Derfor vil det i afhandlingen ligeledes blive analyseret, hvorledes den økonomiske teori og nærmere de senere årtiers tilgang til ejendomsretten forholder sig til emnet angående den døde hånd.

Som grundlæggende element, når ejendomsretten vurderes i et økonomisk perspektiv, tages der udgangspunkt i fordelingen af ressourcer. Når en person vedgives en ejendomsret, begrænses andre fra denne ret samtidig hermed. Ved den økonomiske tilgang til ejendomsretten søges den optimale fordeling af ejendomsret således, at den sociale velfærd maksimeres.³⁷

Men før fokus kan rettes mod samfundets maksimale velfærd, er det nødvendigt at fokusere på individets velfærd ved en ejendomsret. Den økonomiske tilgang til individers vurdering af velfærden for en ejendomsret baseres på følgende tre elementer:

- 1) Incitamentet for et individ til at anskaffe sig ejendomsretten – her fokuseres der på, at individer har incitament til at arbejde, hvis de har udsigt til at kunne

³⁶ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 10-14.

³⁷ Robert d. Cooter, Thomas Ulen: Law and Economics, 2008, s. 78.

tilkalde sig en ejendomsret, som de værdsætter og således maksimerer sin egen velfærd.³⁸

- 2) Incitamentet for et individ til at beholde ejendomsretten – når et individ besidder en ejendomsret, har denne incitament til at vedligeholde denne og endda forbedre denne. Uden retten over det givne gode ville individets nytte ikke blive påvirket af vedligeholdelse eller forbedring af godet, hvorfor der således ikke ville være incitament til dette. Ved besiddelse af en ejendomsret kan det undgås at skulle skændes om, hvem et givent gode tilhører. Samtidig hermed vil det undgås at skulle beskytte ejendommen overfor andre. Beskyttelsen går endda videre i et sådan omfang, at det at besidde en ejendomsret i et vist omfang kan siges at mindske den personlige risiko overfor f.eks. markedsudsving etc.³⁹
- 3) Incitamentet for et individ til at videregive ejendomsretten – besiddes et gode af en person, vil denne kunne nyde godt af at videregive dette gode, hvis værdien ved videregivelse overstiger de omkostninger, der ville være forbundet det pågældende gode, hvis personen beholdt ejendomsretten over godet.⁴⁰

På baggrund af individets velfærdsmaksimering ved ejendomsretten ønskes det efter økonomisk teori at vurdere samfundets velfærdsmaksimering afhængig af den pågældende ejendomsret. Således er hensigten altså på baggrund af nyttemaksimeringsberegning at vurdere, om allokeringen af rettigheden til individet har positiv eller negativ effekt på samfundet.

På denne baggrund kan det altså siges, at økonomiens vurdering af ejendomsretten baseres på effektiv ressourceallokering, baseret ud fra samfundets velfærd samt

³⁸ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s. 11.

³⁹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s. 16f

⁴⁰ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s. 18

hvornår en ret bør overgå fra et individ til et andet, fra individet til samfundet eller samfundet til individet.

1.4 Afhandlingens formål

Formålet med denne afhandling er at bidrage med analyser til Ørstedes problemstilling, på baggrund af den nutidige retsstilling og forholdet mellem stiftertiljen, ejendomsretten, beskyttelsen af disse og alt dette endvidere set i lyset af retsøkonomisk teori om ejendomsret. Herefter er det formålet at samle de forskellige analyser, for at kunne vurdere hvorvidt lov om erhvervsdrivende fonde eller grundloven er den mest efficiente lovgivning i forhold til stiftertiljen og samfundet, samt i hvilken grad retsøkonomiens teoretiske løsningsmodeller kan bidrage til et mere hensigtsmæssigt lovgrundlag for fremtidens erhvervsdrivende fonde.

Afhandlingens formål kan herved, som ovenstående vist, deles op i 4 delanalyser, svarende til de af Ørsted fremstillede problemfelter, efterfulgt af to tværgående analyser og diskussioner. Den første har til formål at udlede spændingsfeltet mellem grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen. Den anden tværgående analyse vil være en integreret analyse, der har til formål at sammenholde alle analyserne til hinanden og på baggrund af en retsøkonomisk vinkel udlede den mest efficiente måde at behandle den døde hånd og dermed ejendomsretten for stiftertiljen/fonden.

1.5 Metode

1.5.1 Den generelle metode

Afhandlingen består af to forskellige metodiske tilgange. Den retsdogmatiske metode, der skal styre udledningen af gældende ret i forhold til grundlovens

beskyttelse af ejendomsrettigheder samt lov om erhvervsdrivende fondes relation hertil. Den retsøkonomiske metode, der har til formål at analysere juridiske problemstillinger i et økonomisk perspektiv. Således vil der ved denne metode kunne analyseres problematikken om ejendomsrettens beskyttelse og begrebet den døde hånd i et rent økonomisk perspektiv samt at analysere muligheden at føre en økonomisk efficient lovgivning. Metoderne vil til slut sammenkobles således, at resultaterne fra de juridiske analyser sættes i relief til den retsøkonomiske analyse, for derved via en integreret analyse at opnå et forøget vidensniveau og en retsøkonomisk udledning af, hvilken af de juridiske retsgrene, den synes at være mest efficient samt retsøkonomiske kritikpunkter af lovenes inefficente delelementer.

1.5.2 Retsdogmatisk metode

I afhandlingen er det nødvendigt at foretage en retsdogmatisk analyse af retskilderne, der relaterer sig til stifterviljens rækkevidde/beskyttelse ved erhvervsdrivende fonde. For at kunne fastlægge gældende ret anvendes derfor den retsdogmatiske metode. Denne metode omfatter en fortolkning og systematisering af retskilderne.⁴¹ Der tages i afhandlingen udgangspunkt i den af Alf Ross udviklede prognoseteori, hvorved formålet er at udlede den gældende ret som det resultat, den øverste retlige myndighed ville nå frem til, ved anvendelse af korrekt metode og fortolkning af samme retskilder, under forudsætningen at myndigheden rent hypotetisk blev sat overfor samme problemstilling.⁴² Prognoseteorien er det centrale omdrejningspunkt i retsrealismen, der er grundstenen for den skandinaviske retslære. Herved kan det siges, at afhandlingen finder gældende ret på baggrund af en deskriptiv videnskabelig beskrivelse af retten.

⁴¹ Under definitionen af retskilder, som fundet hos Alf Ross: *Ret og Retfærdighed*, 1953, s. 128 samt Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: *Retskilder og Retsteorier*, 2014, s. 223

⁴² Alf Ross: *Ret og Retfærdighed*, 1953, s. 47f samt Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: *Retskilder og Retsteorier*, 2014, s. 423

Alf Ross ændrede med tiden gældbegrebet for sin prognoseteori. Oprindeligt gjaldt prognoseteorien således, at man skulle kunne forudsige, hvad domstolens afgørelser ville blive under alle love, som domstolen var forpligtet til at forholde sig til. Problemet kom da, at der helt op til nyere domspraksis ikke rigtig blev afgjort domme i forhold til loves uoverensstemmelse med grundloven.⁴³ Derfor ændrede Alf Ross sit gældbegreb i forhold til statsretten til, at gældende ret skulle findes hos den øverste statsmyndighed, altså Folketinget og regeringen. Nyere domstolspraksis viser dog, at domstolen har nærmet sig virket som forfatningsdomstol således, at domstolsprøvelsen, som er fastlagt i grundlovens § 3, rent faktisk anvendes.⁴⁴ På denne baggrund tillades det i indeværende afhandling at følge den oprindelige af Alf Ross' fremsatte prognoseteori og dermed den retsdogmatiske metode.⁴⁵

Når afhandlingen tager udgangspunkt i henholdsvis grundlovens § 73 og erhvervsfundslovenes bestemmelser angående vedtægtsændringer, er det vigtigt i denne sammenhæng at være opmærksom på, at relationen mellem disse to reguleringer er underlagt lex-superior princippet. Dette betyder i sin enkelthed, at da den danske grundlov har status af en forfatning, har den højere rang end almindelig lovgivning, der omfatter erhvervsfundslovene. Således skal erhvervsfundslovene altså overholde de forskrifter, som udstikkes af grundlovens bestemmelser.⁴⁶

1.5.3 Retsøkonomisk metode

Retsøkonomi er en ren økonomisk disciplin, selvom ordet i sig selv godt kunne henledes til at blive forstået som en interdisciplinær forskningsgren. Retsøkonomien skal i stedet forstås således, at det er en økonomisk forskningsgren, som søger at

⁴³ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: *Retskilder og Retsteorier*, 2014, s. 87f

⁴⁴ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: *Retskilder og Retsteorier*, 2014, s. 86f

⁴⁵ Som også begrundet af Henning Koch: *Dansk forfatningsret i transnational belysning*, Juristen 1999, s. 213

⁴⁶ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: *Retskilder og Retsteorier*, 2014, s. 82

vurdere lovgivningsmæssige effekter, relationer, sanktioner mm.⁴⁷ Thomas Miceli beskriver økonomers tilgang til vurderingen af jura således:

*”The economic approach to law assumes that rational individuals view legal sanctions (monetary damages, prison) as implicit prices for certain kinds of behavior, and that these prices can be set to guide these behaviors in a socially desirable direction.”*⁴⁸

Den amerikanske dommer og forsker Oliver Wendell Holmes var på forkant med at definere og betragte juraen i et økonomisk perspektiv. Teorien er kendt under navnet ”prediction theory of law” og omfatter altså, at man forsøger at forudsige reaktioner med økonomisk værdi skabt på baggrund af lovgivningsmæssige foranstaltninger. Oliver Wendell Holmes Jr. var jurist og altså ikke økonom, men var af den overbevisning, at menneskers ageren i henhold til regulering kunne til en vis grad forudsiges.

*”If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict”*⁴⁹

Meningen med hans ”bad man” eksempel var, at det ville være muligt at kunne forudsige handlinger, så længe et menneske kun anlagde materielle ting værdi. Denne anskuelse ligger nær den rationelle agent i økonomisk teori. Selvfølgelig er verden ikke så simplificeret i alle tilfælde, at man sådan kan udlede alt, hvad mennesker foretager sig på baggrund af nogle økonomiske beregninger.

⁴⁷ Under definitionen af retskilder, som fundet hos Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 128 samt Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Retskilder og Retsteorier, 2014, s. 483f

⁴⁸ Thomas J. Miceli: The economic approach to law, 2004, s. 1

⁴⁹ Oliver W. Holmes Jr.: The Path, 1897, s. 459, 10 Harvard Law Review

I retsøkonomien er antagelsen, at agenter er begrænset rationelle.⁵⁰ Det, retsøkonomien anvendes til, er nødvendigvis ikke at konkludere præcise forudsigelser om adfærden, der relaterer sig til juraen, men at det uanset graden af rationalitet kan forudsiges, hvilken effekt nogle ændringer i de juridiske foranstaltninger vil kunne øge eller mindske.⁵¹

Retsøkonomien kan deles op i to forskellige metodiske tilgange; den positive og den normative analytiske tilgang. Den positive tilgang har formålet at undersøge loven og er på sin vis temmelig beskrivende. Den positive analyse går ud på at forklare, hvilke konsekvenser juridiske sanktioner har. Eksempel herpå kan være, om indførslen af dødsstraf vil medføre en lavere mordrate i et land.⁵²

Den normative analyse tager i modsætning til den positive analyse udgangspunkt i, hvorledes man kan forbedre loven for at opnå et mere efficient niveau. Forudsætningen med den normative tilgang er altså bundet op på efficiensbegrebet.⁵³

Man kan overordnet sige, at den positive søger at beskrive effekter ved lov, hvorimod den normative søger at opnå et efficient niveau. Denne afhandling vil gøre brug af både den positive og den normative analyse. Den positive analyse er nødvendig for at kunne analysere, hvilke effekter retten har i økonomisk perspektiv. Således hvilken effekt det vil have på afhandlingens parter, når man belyser de forskellige muligheder for ejendomsrettens beskyttelsesniveau. Den normative vil være grundlaget for den interdisciplinære analyse, hvor det er nødvendigt at sammenligne økonomiske efficiensbegreber med de juridiske formålserklæringer bag lov om erhvervsdrivende fonde samt grundlovens ejendomsretlige beskyttelse.

⁵⁰ Graden af den begrænsede rationalitet afhænger af hvilken økonomisk teori som anvendes.

⁵¹ Thomas J. Miceli: *The economic approach to law*, 2004, s. 2, Thomas Riis: *Ophavsret og Retsøkonomi*, 1996, s.28 samt Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: *Retskilder og Retsteorier*, 2014, s. 483f

⁵² Thomas J. Miceli: *The economic approach to law*, 2004, s. 2

⁵³ Thomas J. Miceli: *The economic approach to law*, 2004, s. 2-3

Der vil i afhandlingen følges en utilitaristisk tankegang i forbindelse med efficiensudmåling. Således vil fokus altså ikke følge den klassiske økonomis profitmaksimeringstese.⁵⁴ Den anvendte teoretiske retning er i afhandlingen ”property right” traditionen. De teoretiske implikationer vil fremhæves i analysen i kapitel 7.

1.6 Disposition

Afhandlingen består af 5 dele:

Første del omfatter kapitlerne 1-3 og skal forstås som afhandlingens ramme. Kapitel 1, har til formål at indlede afhandlingen, klarlægge afhandlingens formål samt at fremstille metoden for afhandlingens fremgangsmåde samt teorivalg herfor. Kapitel 2 opstiller først en lettere kendt sag indenfor permutationer angående Carlsbergfondets kapitaludvidelser, som vil anvendes igennem afhandlingen som referencepunkt, så afhandlingen ikke udelukkende synes af teoretisk karakter. Dertil analyseres også dommen om de islandske håndskrifter i kapitel 2, som ligeledes vil fungere som referencepunkt for grundlovens beskyttelse. Kapitel 3 fokuserer på en definition af ejendomsretten og deler denne op i rettighedens 4 grundelementer (Subjekt, Genstand, Indhold og Beskyttelse), som defineret af Alf Ross og formålet med kapitlet er at udlede koblingen mellem ejendomsretsbegrebet og stiftertiljen.

Den anden del af afhandlingen inkluderer kapitlerne 4-6. Kapitel 4 indeholder en analyse af erhvervsfondslovene og gældende ret i forhold til mulighederne for at foretage permutation i erhvervsdrivende fonde og beskyttelsen af stiftertiljen. Kapitel 5 er en analyse af grundlovens § 73, for at udlede grundlovens beskyttelse og kriterier herfor omhandlende ejendomsretten og stiftertiljen for erhvervsdrivende fonde. Kapitel 6 er en tværgående juridisk analyse, hvor spændingsfeltet mellem de to

⁵⁴ Se eventuelt også her om i Robert Cooter og Thomas Ulen: Law and Economics, 2008, s. 115ff

foregående kapitler analyseres og dermed udledes forskelle og ligheder i stiftertiljen og ejendomsrettens beskyttelse i forhold til erhvervsfondsloven og grundloven.

Afhandlingens tredje del inkluderer kapitel 7 og omhandler retsøkonomiens forståelse af ejendomsretten og en analyse af, hvorledes ejendomsrettens beskyttelse af stiftertiljen skal være for at kunne betragtes som værende efficient lovgivning.

Afhandlingens fjerde del inkluderer kapitel 8 og er en integreret analyse af samtlige kapitler fra afhandlingens første 3 dele med hovedfokus på integrationen mellem afhandlingens anden og tredje del.

Femte del, kapitel 9, indeholder afhandlingens resultater og konklusion.

1.7 Afgrænsninger

Grundet afhandlingens formål, omfang og konkretisering har det været nødvendigt at foretage nogle afgrænsende valg angående problemstillingens bredde og muligheder.

Helt overordnet skal det nævnes, at der i afhandlingen ikke vil blive fokuseret på andet end private erhvervsdrivende fonde, som er omfattet af erhvervsfondsloven.⁵⁵ Dette valg er foretaget for at holde fokus på et specifikt subjekt og i stedet kunne komme rundt om alle fire dele af Ørsteds problemstilling.

Derudover vil afhandlingen ikke inkludere to yderst interessante elementer af stiftertiljen og ejendomsrettens beskyttelse for erhvervsdrivende fonde, nemlig beskatningen heraf og udledningen af erstatning ved ekspropriative indgreb. Både beskatningsdelen og erstatningsudmålingen synes at være så omfangsrige emner i sig selv, at disse vil skulle undersøges separat og ville fjerne fokus fra den essentielle del af denne afhandling. Beskatning og erstatning vil blive nævnt i analyserne og

⁵⁵ Se nærmere i §§ 1-3 i Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde

effekten heraf, men der vil ikke forekomme en direkte analyse af disse to begreber/elementer.

Til afhandlingens kapitel 2 er der blevet afgrænset fra andre sager, da pointen med fremstillingen er at vise to eksempler, hvor skæringslinjen mellem permutationsretten og grundlovens § 73 synes at være usikker.

I forhold til afhandlingens kapitel 4, afgrænses der fra alle bestemmelser, der ikke har direkte effekt på stiftertiljen og forholdet til den ejendomsretlige beskyttelse heraf. Dette inkluderer blandt andet revision, kapital, ikrafttrædelsesbestemmelser mm. En lang række af bestemmelserne vil siges at begrænse mindre dele af stiftertiljen, men det har været nødvendigt at fokusere på enkelte dele, der stadig formår at gøre analysen fyldestgørende.

Til afhandlingens kapitel 4 afgrænses der ligeledes fra en konkret udledning af permutationsretten. Permutationsretten omhandler al den praksis, som der er forekommet før indførslen af lov om erhvervsdrivende fonde. Der afgrænses delvis for permutationsretten i denne afhandling. Permutationsretten vil omtales, hvor den har historisk og analytisk relevans for forståelsen af vedtægtsændringer gennem tiden. Men selve permutationsretten vil ikke blive udledt og vil derfor ikke være omfattet af en selvstændig analyse. Det følger af både lov om erhvervsdrivende fonde fra 1984 og 2014, at de er baseret på praksis og fondsmyndighederne har i begge tilfælde lagt lovarbejdet til grund for praksis. På denne baggrund må det indirekte kunne siges, at permutationsretten i et vist omfang er inkluderet i den fondsretlige analyse.

I forhold til afhandlingens analyse af grundloven og den ejendomsretlige beskyttelse i kapitel 5, afgrænses der fra beskyttelsen af ejendomsretten ved den europæiske menneskerettighedskonvention. EMRK er omtalt i afhandling, men udelukkende af

beskrivende grunde. I forhold til afgrænsningen af EMRK er hensynet det, at ønsket med afhandlingen udelukkende er, at analysere forholdet mellem grundloven og lov om erhvervsdrivende fonde. Inddragelsen af EMRK ville udvide det juridiske analyseniveau i et sådan omfang, at der inden for afhandlingens begrænsede omfang ikke ville være tilstrækkelig tyngde på den retsøkonomiske analyse, der synes at have større nyhedsværdi.

Til afhandlingens retsøkonomiske del i kapitel 7 er det fundet nødvendigt, at der i afhandlingen afgrænses fra "contract theory". Grænsefladen mellem "property right" traditionen og "contract theory" er i forhold til denne problemstilling meget flydende, så det har været nødvendigt at begrænse sig til en af disse retsøkonomiske retninger. Det kunne være en yderst interessant indgangsvinkel at inddrage "contract theory", men er blevet anset som værende for omfangsrig i forhold til afhandlingens allerede brede analysefelt.

Der afgrænses endvidere i kapitel 7 fra at foretage en direkte analyse af nyttebegrebet. Diversifikation ved erhvervsdrivende fonde er så bred, at det ville kræve et godt empirisk data grundlag for at kunne udlede nogle relevante konkrete nyttebetragtninger til videre analyse. Nyttebegrebet sættes derfor lig stiftertiljen og fastholdes som en ikke konstant variabel.

1.8 Definitioner og begreber

Der er nogle væsentlige begreber, som er nødvendige at definere i forhold til afhandlings problemstilling. For det første er der begrebet fundats, som er et fondsretligt begreb, der henviser til det dokument, som stifteren udarbejder med anvisninger for, hvorledes fonden skal drives i al evig fremtid. En fundats omfatter derfor som regel alle vedtægter for fonden, men kan også omfatte hensigtserklæringer

eller historiske betragtninger, som stifteren mener, er relevante for bestyrelsen til eventuelle fremtidige fortolkningsbidrag.⁵⁶

Dertil kommer begrebet efficiens. Efficiens betyder i sin korte effektivitet. Grunden til, at efficiens er yderst anvendt i retsøkonomi, er, at hensigten med denne forskningsgren er at vurdere økonomiske konsekvenser på baggrund af retslige tiltag.⁵⁷ Når der således fremkommer flere forskellige typer af efficiensudmålinger, er dette betinget af, hvad der ønskes vurderet i et retsøkonomisk perspektiv. Således kan målsætningen for, om den retlige status er effektiv, bedømmes ud fra et samfundsperspektiv, et interaktionsperspektiv mellem kun to parter eller så fremdeles.

Et gennemgående begreb i forhold til den fondsretlige udvikling i denne afhandling er selskabsificering. Selskabsificering repræsenterer den effekt, der sker, når de erhvervsdrivende fonde bliver sidestillet mere og mere med aktie- og anpartsselskaber. Selskabsificeringen hentyder altså dermed til, at selskabsloven anvendes i bredere omfang i fondsretten.

Sidste relevante element for denne afhandling er forholdet mellem profitmaksimering og nyttemaksimering.⁵⁸ Der er en lang række forskelle på de to begreber, så her fremsættes blot de vigtigste for afhandlingen. I økonomisk teori kan der, ligesom med efficiens, være forskellige målsætninger med enhver handling. Når målsætningen er blevet defineret, er det økonomiske ønske herefter at maksimere dette. Forskellen på profit og nytte er, at profithensyn går efter højest mulige monetære afkast så hurtigt som muligt. Fremtidig profit anses som værende mindre værd end nutidig, da nutidig profit kan reinvesteres til fordel for profithaveren. Derimod baserer nytte sig på at få mest mulig ud af den samlede situation med hensyntagen til flere variabler og

⁵⁶ Jytte Heje Mikkelsen og Erik Werlauff: Den erhvervsdrivende fond, 2008, s. 39

⁵⁷ Erling Eide og Endre Stavang: Retsøkonomi, 2008, s.95ff

⁵⁸ Se blandt andet Robert Cooter og Thomas Ulen: Law and Economics, 2008, s. 115ff

samspelet mellem disse, hvori profit sagtens kan være et element. Ved nyttemaksimering tænkes der langsigtet og fremtidig nytte degraderes ikke pga. tid.

1.9 Sammenfatning

Formålet med kapitel 1 har været at redegøre for baggrunden af afhandlingens problemstilling, samt den metode som anvendes i afhandlingen og strukturen for denne. Afhandlingens næste to kapitler, 2 og 3, skal anses som en yderligere uddybning af problemfeltet ved inddragelse af to sager fra praksis i kapitel 2 og en analyse af ejendomsrettens forhold til stifterviljen i kapitel 3.

Kapitel 2 Carlsbergfondet og de Islandske Håndskrifter

2.1 To eksempler fra praksis

I dette kapitel vil der blive fremført to sager fra praksis. Formålet med dette er at give et indblik i den sparsomme mængde af praksis på området vedrørende grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og permutationsretten, men ydermere for at eksemplificere det gråfelt, som synes at ligge mellem de to juridiske grene.

Første sag omhandler Carlsbergfondet og dennes behov for kapitaludvidelse og er et eksempel på permutationsret og til dels fondsretten, sagen er en ud af en lang række sager, hvor man fik lov til netop denne kapitaludvidelse. Anden fremførte sag er de to højesteretsdomme (inklusive landsretsdomme og kommentarer fra Jørgen Trolle samt Michael Hansen Jensen) omhandlende en dansk stiftelse, hvor staten ønskede at overføre en række af stiftelsens aktiver til Island – de islandske håndskrifter. Sagen eksemplificerer problemerne angående grundlovens beskyttelse og den døde hånd.

2.2 Carlsbergfondet

2.2.1 Oprindelsen

Carlsbergfondet er et af de tidligste og mest kendte eksempler på en erhvervsdrivende fond i Danmark. J.C. Jacobsen oprettede ”en Stiftelse til Fremme af videnskabeligt Formaal” i 1876, der havde ansvar for Carlsberg Laboratorium, men også at skulle uddele støtte til videnskaben. Formålet med oprettelsen var, at styrke den danske kultur efter nederlaget i 1864.⁵⁹ Senere i 1878 oprettede han Det nationalhistoriske Museum på Frederiksborg, der ligesom den tidligere stiftelse ville nyde af Carlsbergs positive renter. Den endelige konstellation, som kunne betegnes for værende en

⁵⁹ Knud J.V. Jensen: J.C. Jacobsen – en praktisk patriot, 2011 s. 26

erhvervsdrivende fond, blev grundlagt ved J.C. Jacobsens testamente, fra 1882, hvori han tilskrev, at virksomheden ved hans død skulle overgå til Carlsbergfondet. Baggrunden for denne beslutning var, at han ikke ønskede, at sønnen Carl Jacobsen skulle overtage virksomheden og fordi han nærede en frygt for, at der ved overgang til eksempelvis et aktieselskab ville kunne risikeres, at der ville komme en spredt ejerkreds, hvor man ikke ville tænke efter langsigtede målsætninger, som tydelig lå i stifterens interesse, men at der pga. af en sådan konstellation ville være profit for øje og derved en tendens til kortsigtede afkast.⁶⁰ J.C. Jacobsen døde så i 1887 og efter bestemmelsen i fundatsen overgik bryggerivirksomheden altså herefter i 1888 til Carlsbergfondet og man kunne herfra definere fonden som værende en erhvervsdrivende fond.

2.2.2 Første kapitaludvidelse

Den døde hånd i Carlsbergs tilfælde lå klart allerede fra testamenteringen. J.C. Jacobsen var enejer over virksomheden. Han havde ingen hensigt i at splitte ejerskabet, som også ovenfor nævnt, og overlod derfor det fulde ejerskab til fonden, der nu skulle anses som enejer. Carlsberg var en prominent virksomhed, men fondsejerskabet havde sine begrænsninger på muligheden for at sikre en stor nok egenkapital, hvis man ønskede ekspansion.⁶¹ Flere af de efterfølgende virksomheder, der ligeledes var fondsejede, overgik til en anden ejerskabskonstruktion, nemlig at have virksomheden drevet som aktieselskab og fonden som ejer. Dette var yderst effektivt, hvis man ønskede ekstra kapital ind, som kunne ske ved udstedelse af aktier, hvis det var muligt ifølge fundatsbestemmelserne.⁶² Carlsbergfondet ønskede at overgå til samme struktur, da det i 1970 skulle fusionere med De forenede

⁶⁰ Hans Chr. Johansen: Jeg en fond mig bygge vil, 2011 s. 130

⁶¹ Forhøjelsen af egenkapitalen kunne kun ske ved henlæggelse af virksomhedens overskud til fonden eller lånoptagelse.

⁶² "Jeg en fond mig bygge vil" Hans Chr. Johansen, Carlsbergfondet årsskrift 2011 s. 134

Bryggerier. Men for at dette skulle kunne lade sig gøre, krævede det altså, at man fik foretaget vedtægtsændringer således, at Carlsbergfondet ikke længere skulle fungere som enejer over det kommende Carlsberg A/S.⁶³ Der var dog diskussioner relateret med denne konvertering, da der som sagt i vedtægterne var fastlagt, at Fonden skulle være enejer. Men bestyrelsen søgte altså på baggrund af denne fusion om tilladelse til at få ændringen godkendt, således at Carlsbergfondet i fremtiden skulle være ejer af mindst 51 % af aktiekapitalen. Anmodningen blev godkendt trods fundatsens bestemmelser om 100 % ejerskab, men med en aktiemajoritet på 51 % var argumentet derved, at Fonden teknisk set stadig have den fornødne magt til i praksis at kunne tage selvstændige beslutninger for selskabet og derved reelt fingere som enejer.⁶⁴ På tidspunktet for denne vedtægtsændring var fondslovene ikke trådt i kraft og der var derfor reelt ikke hjemmel i loven for fondsmyndigheden til at træffe sådanne beslutninger. Man havde dog på baggrund af bl.a. arveretten tillagt sig en praksis, der mindede om, hvordan man behandlede testamentariske henlagte ejendomsrettigheder. Denne praksis kaldes da permutationsret og relationen mellem funktionen af den døde hånd ved testamenter og erhvervsdrivende fonde syntes at være så nærtliggende, at man analogt fulgte den kendte permutationsretlige procedure, selvom der ved de erhvervsdrivende fonde var tale om juridiske personer med drift af virksomheder.⁶⁵ På tidspunktet for ændringen i fundatsen for Carlsbergfondet var det således, at der ikke direkte forelå en fondsmyndighed, men man skulle søge om kongelig konfirmation ved det ministerium, som fondene var underlagt (Justitsministeriet). Praksis var således at man kun kunne få denne kongelige konfirmation i de tilfælde hvor, at samfundet havde ændret sig således, at de oprindelige vedtægter måtte anses som uhensigtsmæssige og under den

⁶³ Carlsberg A/S blev det senere almenkendte og anvendte navn efter at have heddet "Carlberg bryggerierne, Tuborg bryggerierne, De forenede Byggerier A/S" samt senere blot "De forenede Bryggerier". Men da Carlsberg var mere anerkendt, plus at man ved en oversættelse af "De forenede Bryggerier" til engelsk hed "United Breweries", som allerede var navnet på flere internationale konkurrenter, da endte man altså på Carlsberg A/S

⁶⁴ Hans Chr. Johansen: Jeg en fond mig bygge vil, 2011, s. 134

⁶⁵ Hans Chr. Johansen: Jeg en fond mig bygge vil, 2011, s. 134f – se endvidere for permutationsforståelsen kapitel 3-5

forudsætning at en ændring i vedtægterne ikke ville føre til, at formålsbestemmelsen i fundatsen ikke blev brudt.⁶⁶

2.2.3 Anden kapital udvidelse

1970 var ikke den eneste episode hvor fondsbestyrelsen ønskede at foretage vedtægtsændringer på området angående ejerskabet af Carlsberg A/S. I 1997 var en lignende problematik under behandling. Bestyrelsen havde anmodet fondsmyndigheden om at få ændret vedtægterne således, at Carlsbergfondet blot skulle have mere end 50 % af stemmerettighederne og kun mere end 25 % af aktiekapitalen. Det var blevet normalt, at virksomheder delte sine aktier i de såkaldte A og B aktier, hvor der typisk var et stemmeforhold på 10 til 1, således at man kunne udstede B-aktier for at tilbringe virksomheden mere kapital uden at afgive tilsvarende stemmerettigheder.⁶⁷ Problemet var dog baseret på et andet grundlag. I 1985 blev Danmarks første to fondslove vedtaget, der bl.a. omfattede erhvervsdrivende fonde.⁶⁸ Med loven for erhvervsdrivende fonde havde fondsmyndigheden ny lovhjemmel til at godkende vedtægtsændringer, hvis de gældende vedtægter måtte anses for uhensigtsmæssige, altså i overensstemmelse med den tidligere uregulerede permutationsret.⁶⁹ Diskussionerne hæftede sig bl.a. ved J.C. Jacobsens formål med Carlsberg:

”Ved bryggeriets drift skal det være det stadige formaal uden hensyn til den øjeblikkelige fordel at udvikle fabrikationen til den størst mulige fuldkommenhed saaledes at dette bryggeri og dets produkter altid kunne staa

⁶⁶ Hans Chr. Johansen: Jeg en fond mig bygge vil, 2011, s. 134-135

⁶⁷ Hans Chr. Johansen: Jeg en fond mig bygge vil, 2011, s. 130

⁶⁸ Lov nr. 286 06/06/1984 Lov om erhvervsdrivende fonde og Lov nr. 300 06/06/1984, Lov om fonde og visse foreninger

⁶⁹ Lov nr. 286 06/06/1984 Lov om erhvervsdrivende fonde, § 48. ”Efter indstilling fra bestyrelsen og med justitsministerens samtykke kan fondsmyndigheden tillade, at en bestemmelse i en vedtægt ændres. Det kan herunder tillades, at fonden sammenlægges med andre erhvervsdrivende fonde eller opløses.”

som et mønster og ved deres eksempel virke til at ølbryggeriet her i landet holdes paa et højt og hæderligt standpunkt.”⁷⁰

Det er tydeligt at J.C. Jacobsen, som før nævnt, tog udgangspunkt i at fondens kontrol over virksomheden skulle have et langsigtet mål, ved at anvende ordene ”uden hensyn til den øjeblikkelige fordel”. Således var der uenighed blandt jurister i Danmark om, hvorvidt en nedjustering af den bundne aktiekapital til fonden kunne siges at være i overensstemmelse med formålet, men også om loven om erhvervsdrivende fonde ville tillade dette.⁷¹ Argumenterne for nedjusteringen og elementet der blandt andet blev lagt vægt på i afgørelsen var, at det var en nødvendighed for Carlsberg A/S at kunne foretage en sådan aktieemission, for at kunne konkurrere på ølmarkedet og dermed holde sin position og medfølgende kvalitet, som syntes at være hovedelementet i den sidste del af J.C. Jacobsens ”gyldne ord” – ”virke til at ølbryggeriet her i landet holdes paa et højt og hæderligt standpunkt.” Spørgsmålet var da, om der skulle lægges vægt på første eller sidste del af ”de gyldne ord”.⁷² Fondstilsynet tog hensyn til bestyrelsens argumentationer for nødvendigheden af aktieemissionen og selvom det kunne have været interessant at have afprøvet det juridiske grundlag, syntes der ikke på daværende tidspunkt at være nogen, som havde tilstrækkelig interesse for dette.⁷³ Man afveg altså fra stifters oprindelige vedtægter under forudsætningen, at stifters ”reelle” hensigt skulle findes i formålet for fonden, eller rettere kun sidste del af formålet, hvormed man kunne

⁷⁰ Denne citation kommer fra Carlsbergs såkaldte ”De Gyldne Ord”, der fysisk er blevet skrevet på Dipylon porten ved indgangen til den såkaldte Carlsberg by på Vesterbro af sønnen Carl Jacobsen. ”Carlsbergs forskning i en globaliseret verden” Birgitte Skadehauge og Jens Duus, , Carlsbergfondet årsskrift 2011 s. 55

⁷¹ Meddelelse til Ritzau 1. december 1999: ”Skal Carlsberg gøre op med sin ejerfond, kræver det, at politikerne ændrer loven for erhvervsdrivende fonde. Jeg anser derfor Carlsbergfondets udspil som et forsøg på at komme i dialog med regeringen, siger Lemart Lynge Andersen.”

⁷² Civildirektoratets afgørelse ang. Carlsbergfondet s. 3

⁷³ Det interessante i dette tilfælde er netop at dem, som måtte skulle tage en beslutning på daværende tidspunkt ikke har kunnet se fordelene ved at afprøve gyldigheden af vedtægtsændringen, da man, netop som J.C. Jacobsen havde lagt vægt på, kan have været inspireret og påvirket af bl.a. de øjeblikkelige fordele og ikke anbragt samme vægtning på en stabil langtidssigtet ejerkreds.

betvivle om man i realiteten har respekteret stifterens ejendomsret eller taget højde for ”samfundet” eller nærmere det økonomiske marked, hvorpå Carlsberg opererer.

Carlsberg er ikke det eneste tilfælde, hvor man fra fondstilsynet har tilladt ovenstående ændring. Dette er sket for en række andre store erhvervsdrivende fonde og formålet man tog hensyn til i alle tilfældene synes at være konkurrencedygtigheden for de fondsejede selskaber.⁷⁴

2.2.4 Et eksempel på permutation

Carlbergfondets vedtægtsændringer er et glimrende eksempel på, hvor en erhvervsdrivende fonds praktiske problemer ligger i forhold til stifterviljen og rækkevidden af denne. Hvorvidt der vil være mulighed for endnu flere kapitaltilførsler er uvis, men fondsmyndigheden synes med Carlbergfondet og andre at have lagt en linje for forholdet til stifterviljen, når det kommer til ejer kontrol og hensynet til virksomhedernes konkurrenceevne.

2.3 De islandske håndskrifter

2.3.1 Oprindelsen

Dette afsnit har til formål at give et eksempel på en ekspropriationssag, der omhandler stiftervilje indenfor fondsretten. Sagen er unik i flere henseende og den på givne tidspunkt eneste højesteretsdom ang. stifterviljen og ejendomsrettens beskyttelse ved grundlovens § 73.

⁷⁴ Bech-Bruun om ”Fonde 2011” skriver bl.a. på s. 2 ”I alle sagerne blev bestemmelserne om ”ejerkontrol”, fx krav om ”stemmemajoritet”, krav om ”besiddelse af 51 % aktiekapital” samt krav om ”bestemmende indflydelse”, ændret til et krav om ”væsentlig indflydelse” i datterselskaberne.”

Højesteret tog i 1967 og i 1971 ved kendelserne U 1967.22 H (første håndskriftssag) og U 1972.299 H (anden håndskriftssag) stilling til spørgsmålet om grundlovens § 73's beskyttelse af en selvejende institution, Den Arnamagnæanske Stiftelse. Disse højesteretsdomme var de første, som gav en fyldestgørende redegørelse for forholdet mellem en selvejende institution og grundlovens § 73.

Sagernes forudsætning var givet ved, at Arne Magnussen privat indsamlede et antal islandske håndskrifter i årene 1702-1712 i forbindelse med en rejse dertil. Før han døde testamenterede han sammen med sin hustru de islandske håndskrifter til Københavns Universitet, og at der ud fra de midler, som måtte være ved hans bo, skulle oprettes et legat til fordel for islandske studenter, hvorfra bestyrelsen skulle udpeges af universitetets konsistorium⁷⁵. Der blev overdraget eksekutorerne ret til at ændre i testamentet

”som de i deres Samvittighed efter Tidernes Beskaffenhed finder tienlig og raadelig.”⁷⁶

Der blev af de to eksekutorer lavet et fundatsudkast for ”Den Arnamagnæanske Stiftelse”, der senere blev givet kongelig stadfæstelse i 1760. Det fremgår af fundatsen, at boets midler samt håndskriftssamlingerne skal være underlagt legatet (fonden)

”til ævig Tiid... at oplyse, forbedre og til Trykken at befordre alt, hvad der angaaer de nordiske, nemlig Danmarks, Norges og underliggende Landes Historier, Sprog og Antiquiteter”.⁷⁷

Bestyrelsen skulle bestå af to embedsmænd (eforer), som skulle være under tilsyn af universitetets konsistorium. Bestyrelsen skulle sikre, at de renter, der eventuelt måtte

⁷⁵ U.1967.22H, Testamentets indhold Post 8

⁷⁶ U.1967.22H, Testamentets indhold Post 8

⁷⁷ U.1967.22H, Fundatsens indhold Post 1

komme fra kapitalen, gik til de skribenter, som ville anvende håndskrifterne til vederlag for håndskrifternes opbevaring på universitetsbiblioteket, vederlag for bestyrelsen samt til trykning af bøger relateret til legatet. Fundatsen blev undertiden ændret flere gange.

”Ved kongelig anordning nr. 155 af 25. maj 1936 bestemtes, at den ved kongeligt reskript af 24. september 1772 anordnede kommission for stiftelsens bestyrelse skulle bestå af 11 medlemmer, hvoraf to skulle vælges af konsistorium ved Københavns Universitet, to af det akademiske kollegium ved Islands Universitet. Bestyrelsen for dansk-islandsk forbundsfond i København og islandsk-dansk forbundsfond i Reykjavik skulle vælge hver et medlem. De øvrige medlemmer udnævntes af Undervisningsministeriet. Kommissionens formand udnævntes af undervisningsministeriet blandt medlemmerne. Konsistorium ved Københavns Universitet skulle vælge 2 efører for stiftelsen, som på konsistoriums vegne fører tilsyn med stiftelsen.”⁷⁸

Denne udvidelse kan anses som for vidt strækkende, men der blev fastlagt i anordningen at:

”Foranstaaende Bestemmelser gør ingen Forandring i Ejendomsforholdene med Hensyn til Den arnamagnæanske Stiftelse eller i Københavns Universitets forhold til denne.”⁷⁹

Kapitalen til at drive denne institution var i begyndelsen udelukkende drevet af private interessers donationer. Efter 1939 gik staten ind og tildelte en større støtte til fremme af forskningen ved institutionen. Dette blev udvidet i 1956, da der blev oprettet et institut under Københavns Universitet, som overtog håndskrifterne med

⁷⁸ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 410

⁷⁹ Kongelig anordning nr. 155 af 25. maj 1936 § 6, stk. 1

ansvar for restaurering, konservering etc. alle udgifter blev i denne sammenhæng afholdt af staten og ikke den selvejende institution.

Ved lov skulle der foretages ændringer i fundatsen for i Den Arnamagnæanske Stiftelse og § 1, stk. 1 statuerede hermed:

”Uanset bestemmelserne i den af kong Frederik den V den 18. januar 1760 konfirmerede fundats for Arne Magnussens Legat (Den arnamagnæanske Stiftelse) foretages der en deling af stiftelsen i to afdelinger derved, at de af legatets håndskrifter og arkivalier, der må anses for islandsk kultureje, overgives til Islands universitet for at forvares og forvaltes der i overensstemmelse med fundatsens regler.”⁸⁰

Et vigtigt led ved denne begivenhed var især, at et lignende lovforslag allerede havde været på tale, men hvor bestyrelsen for stiftelsen havde modsagt sig et sådan indgreb.⁸¹ På denne baggrund inddrog man således de to retsvidenskabelige fakulteter på henholdsvis Københavns- og Aarhus Universitet for at rådføre sig med, om staten ved lov kan gå ind og ændre testamentariske dispositioner som i eksemplet med ønsket om lovforslaget for ændringer i fundatsen med Den Arnamagnæanske Stiftelse. Der var ved begge fakulteter enighed om, at der på baggrund af Grundloven var mulighed for at staten ved lov kan ændre i testamentariske dispositioner. Spørgsmålet var så herefter, om der var tale om en ændring af ekspropriativ karakter.⁸²

På Københavns Universitet var der flertal for, at et sådan indgreb i fundatsen var af ekspropriativ karakter, da man decideret ændrede på stiftelsens organisation.⁸³

⁸⁰ Lov nr. 194 af 26. maj 1965 ”Lov om ændring i fundats af 18. januar 1760 for Arne Magnussens Legat”

⁸¹ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 410

⁸² U.1967.22H – ”Lovindgreb, hvorefter stiftelse blev pålagt at afstå håndskriftssamling til Islands Universitet, anset for et lovligt ekspropriativt indgreb.” – (Hovedresumé) s. 8

⁸³ Flertallet bestående af O.A. Borum, Bent Christensen, W.E. von Eyben, Stig Luul, A. Vinding Kruse, Carl Rasting og Knud Waaben.

Halvdelen af fakultetet i Aarhus var af samme opfattelse og tilføjede til begrundelsen, at man udover at ændre i fundatsen angående bestyrelsens sammensætning i forbindelse med afståelse af en del af samlingen, endvidere overførte det ”eksproprierede” til et andet land.⁸⁴

Ved Københavns Universitet var der dog et mindretal, som fandt at der ikke var tale om ekspropriation, men at der var tale om en udnyttelse af en anerkendt ret, som staten har til at foretage ændringer i fundatser, med argumentet om at stiftelsen blev opretholdt dog i et anderledes format.⁸⁵ To fakultetsmedlemmer fra Aarhus mente, at der var tale om afståelse af ejendom, men var i denne forbindelse usikker på, hvorvidt ejendomsafståelsen kunne omfattes af ejendomsbegrebet i Grundlovens § 73 og derved medføre ekspropriation.⁸⁶ Et medlem af det århusianske fakultet var af den opfattelse, at der på ingen måde kunne være tale om ekspropriation. Begrundelsen var hæftet specielt ved den tætte relation stiftelsen havde til det offentlige, bl.a. med hensyn til udpegningen af bestyrelsesmedlemmer.⁸⁷⁸⁸

Folketingsudvalget fremsatte lovforslaget til afstemning i folketinget trods et mindretal (3 konservative medlemmer), der var af samme overbevisning som flertallet af de adspurgte ved de to juridiske fakulteter og altså mente, at lovforslaget indebar ekspropriation. Hvad der herefter skete var yderst interessant, for trods at folketingsudvalget ikke så, at der var tale om ekspropriation, valgte man ved lovforslagets tredjebehandling, da 61 folketingsmedlemmer sammen fremsatte begæring om udsættelse jf. grundlovens § 73, stk. 2 (mindretalsbeskyttelsen), at acceptere denne udsættelse. Beslutningen blev altså udskudt til næstkommende valg,

⁸⁴ Knud Illum, Torben Lund og Thøger Nielsen

⁸⁵ Ernst Andersen, Alf Ross og Bernhard Gomard.

⁸⁶ Stig Jørgensen og Alvar Nelson

⁸⁷ Max Sørensen

⁸⁸ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 411

hvorved lovforslaget blev vedtaget i maj 1965.⁸⁹ Men det interessante i denne kontekst, var at man i udgangspunktet ikke anerkendte, at der var tale om ekspropriation, men tillod en udsættelse på baggrund af mindretalsbeskyttelsen, der er betinget ved, at der er tale om et lovforslag af ekspropriativ karakter.

2.3.2 Første håndskriftssag

Efter ovenstående synes det ikke mærkværdigt, at Den Arnamagnæanske Stiftelse lagde sag an mod Undervisningsministeriet efter lovens vedtagelse. Stiftelsen anførte, at ministeriet burde anerkende, at loven ikke var gyldig, da den pålagde stiftelsen en tvangsafståelse af ejendom i henhold til ejendomsbegrebet omfattet af Grundlovens § 73 og at omstændighederne for afståelsen ikke var i overensstemmelse med betingelserne krævet ved en sådan afståelse. Stiftelsen lagde vægt på, at håndskrifterne, som var ejet af Arne Magnussen indtil hans død, var overført til den selvejende institution lovligt og i overensstemmelse med det af Arne Magnussen påkrævede ved testamenteringen af hans ejendomme.⁹⁰ Selv om det i fundatsen var bestemt, at håndskrifterne ikke måtte videregives, sælges eller på anden måde bortgives og at bestyrelsen var udpeget af det offentlige, argumenterede stiftelsen for, at ejendomsretten stadig burde være beskyttet ved den selvejende institution. De lagde yderligere til grund, at der var tale om en tvangsmæssig afståelse, da loven medførte en overgivelse af håndskrifter mm. til et andet land og at dette var i overensstemmelse med det, der var fundet tilkendegivet ved bl.a. hovedparten af professorerne ved de retsvidenskabelige fakulteter på Aarhus og Københavns Universitet. Til det af mindretallet ved det Københavnske retsvidenskabeliges fakultets anbringelser om, at der ikke var tale om et ekspropriativt indgreb, anførte

⁸⁹ Folketingstidende 1964-65, tillæg C, sp. 503 f. og Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 412

⁹⁰ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 412

stiftelsen, at der ikke ifølge daværende dansk ret var nogen ret til, at det offentlige kunne gå ind og foretage sådanne ændringer i stiftelsens forhold. Dette blev frembragt på baggrund af, at ændringen forekom under protest fra stiftelsens egen bestyrelse, da det samtidig hermed kunne fremføres, at der ikke var noget til hinder for, at stiftelsen ville være i stand til at fortsætte de formål fastsat i fundatsbestemmelserne.⁹¹

Undervisningsministeriets hovedargument i sagen betingede sig ved, at ministeriet havde den opfattelse, at Arne Magnussens Legat adskilte sig fra generelle stiftelser. Dette begrundede de med, at stiftelsens bestyrelse blev udnævnt af det offentlige og at den øverste myndighed for stiftelsen var undervisningsministeriet med tilsynsmyndigheden ved konsistorium. Derudover proklamerede ministeriet, at da stiftelsens formål var af videnskabelig og forskningsmæssig karakter, måtte dette synes at være et rent statsligt formål, da den ikke tjente nogen individuelle interesser og kombineret med, at udgifterne til stiftelsens virksomhed udelukkende blev dækket af staten, kunne stiftelsen altså ikke anses som andet end en statsinstitution.⁹²

Ydermere mente ministeriet ikke, at stiftelsen var omfattet af grundlovens § 73, da stiftelsen kun kunne anses for at skulle forvalte håndskrifterne. Ministeriet fandt det dog hertil nødvendigt stadig at påpege, at skulle landsretten komme frem til, at stiftelsen måtte anses som værende beskyttet af grundlovens § 73, da ville selve loven overholde alle forskrifter herved, da der ikke var tale om en reel afståelse, men blot en geografisk ”forskydning”.⁹³

⁹¹ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 413

⁹² Se her Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 413

⁹³ U.1967.22H – ”Lovindgreb, hvorefter stiftelse blev pålagt at afstå håndskriftssamling til Islands Universitet, anset for et lovligt ekspropriativt indgreb.” – (Hovedresumé), s. 11-12 og Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 414

Landsretten fandt følgende til grund for afgørelsen:

”Retten finder at måtte lægge til grund, at de i sagen omhandlede håndskrifter og arkivalier og den fra stifteren hidrørende kapital tilhører stiftelsen, og at stiftelsen uanset den nære tilknytning til Københavns Universitet er en selvejende institution oprettet i henhold til en privatretlig viljeserklæring. Det må dog ved sagens pådømmelse tages i betragtning, at alle 11 medlemmer af stiftelsens bestyrelse udpeges af det offentlige, herunder 5 af sagsøgte, der også vælger formanden for bestyrelsen, og at stiftelsens udgiver i stort set dækkes af sagsøgte, idet disse omstændigheder giver stiftelsen en særlig karakter, der må medføre, at sagsøgte får en betydelig indflydelse på stiftelsens anliggender.

På denne baggrund har sagsøgte også haft en rimelig anledning til at medvirke til gennemførelsen af loven af 26. maj 1965, der ved at imødekomme det islandske folks ønske om selv at besidde en del af de nævnte håndskrifter m.v. løser et betydningsfuldt spørgsmål i forholdet mellem Danmark og Island.

Uanset at den ved lovens § 1, stk. 1, trufne ordning har form af en deling af stiftelsen i to afdelinger, som begge skal forvares og forvaltes i overensstemmelse med fundatsens regler, findes udleveringen imod stiftelsens protest til Islands Universitet af en del af håndskrifterne og en del af stiftelsens kapital i sig selv at måtte betegnes som en tvangsmæssig afståelse. Stiftelsens rettigheder over effekterne findes imidlertid at være i udpræget grad afvigende fra de ejendomsrettigheder, som efter grundlovens § 73 klart er beskyttet imod ekspropriation. Retten må herved navnlig lægge vægt på de væsentlige begrænsninger, stiftelsens råden over midlerne er undergivet som følge af, at formålet med oprettelsen af stiftelsen ikke har været at tjene individuelle interesser, men udelukkende at bevare håndskrifterne med henblik på deres

udforskning og offentliggørelse, et formål der uanset den trufne ordning fortsat kan opnås.

Ved afgørelsen af, om stiftelsen bør tåle afståelsen af en del af håndskrifterne, finder retten også at måtte tillægge det betydning, at Arne Magnussen som geheimearkivsekretær og professor ved Københavns Universitet og som udsendt som kongelig landskommisær har indtaget en stilling, der gav ham store muligheder for at komme i forbindelse med personer, der var villige til at overlade ham deres håndskrifter, og at fundatsens bestemmelser blandt andet om, at islandske stipendiater og håndskrivere skal forske og afskrive håndskrifterne tyder på, at stifterne, så vidt det var muligt, har ønsket at varetage islandske interesser.

Under hensyn til de således foreliggende ganske særlige omstændigheder findes det ved loven skete indgreb i stiftelsen ikke omfattet af grundlovens § 73, stk. 1.”⁹⁴

Ved højesteretsafgørelsen deltog 13 dommere, afgørelsen blev som følger:

”Otte dommere – Lorentsen, Dybdal, Hermann, Theodor Peersen, Tamm, H.A. Sørensen le Maire og Schamburg – udtaler:

Det tiltrædes, at Ane Magnussens legat ikke er en statsinstitution, men må anses som en i henhold til testamente oprettet selvstændig stiftelse i tilknytning til Københavns Universitet. Efter den ved loven og traktaten gennemførte ordning undrages håndskrifterne m.v. mod bestyrelens protest stiftelsen og overgives til Islands Universitet, hvor de skal udgøre ”Den arnamagnæanske Stiftelse i Island”, der er en af appellanten uafhængig stiftelse. Idet lovens ordning som i dommen antaget må anses for en tvangsmæssig afståelse uanset

⁹⁴ U.1967.22H – ”Lovindgreb, hvorefter stiftelse blev pålagt at afstå håndskriftssamling til Islands Universitet, anset for et lovligt ekspropriativt indgreb.” – (Hovedresumé) s. 13

den anvendte udformning, og idet stiftelsens rettigheder må anses beskyttet efter grundlovens § 73, afhænger lovens gyldighed af, om betingelserne efter denne grundlovsbestemmelse er opfyldt.

For så vidt det er anført, at forslaget til loven ikke er fremsat og behandlet som et forslag til en ekspropriationslov, bemærkes, at regering og folketing ved behandlingen af lovforslaget tog muligheden for, at dette måtte anses at indebære en ekspropriation, i betragtning bl.a. derved, at forskriften i § 73, stk. 2, om fornyet behandling og vedtagelse i et nyvalgt folketing blev fulgt. Spørgsmålene om, hvorvidt almenvellet krævede afståelsen, og om erstatning blev gentagne gange fremdraget under forhandlingerne. Lovforslaget må herefter anses i det hele at være behandlet og vedtaget også med den mulighed for øje, at loven måtte anses som en ekspropriationslov.

Der findes dernæst ikke at være grundlag for at antage, at lovens gennemførelse ikke har været begrundet i hensyn til almenvellet.

Endelig findes den omstændighed, at der ikke i loven er optaget nogen bestemmelse om erstatning, ikke at kunne medføre lovens ugyldighed.

Der findes herefter ikke i det af appellanten anførte at være grundlag for at anse loven for ugyldig. Efter de nedlagte påstande kan spørgsmålet om stiftelsens eventuelle erstatningskrav ikke tages under påkendelse, men der findes dog efter den første procedure at være anledning til at bemærke, at der under sagen fremkomne ikke har givet holdepunkter for at antage, at stiftelsen vil nok lide tab af en art, som kan begrunde erstatningskrav.

Disse dommere stemmer herefter for at stadfæste dommen.

Fem dommere – Tolle, Gjerulff, Spleth, Blom Andersen og Vetli – udtaler:

Uanset at Arne Magnussen og hans hustru ved deres testamente gav håndskriftsamlingen til Københavns Universitet, findes den efter den på grundlag af testamentet oprettede og med kgl. Konfirmation forsynede fundats at tilhøre stiftelsen. Denne må anses som en selvejende institution, hvis bestyrelse skal forvalte samlingerne i overensstemmelse med fundatsens af almene hensyn bårne formål. Stiftelsens rettigheder findes at være af en sådan art, at de nyder den i grundlovens § 73 omhandlede beskyttelse. Spørgsmålet bliver herefter, om der må anses at foreligge en af nævnte bestemmelse omfattet ejendomsafståelse.

De håndskrifter og arkivalier, som efter loven skal overføres til Island, stammer derfra og er af Arne Magnussen, der var islænding, erhvervet derfra på et tidspunkt, da Island var en del af det danske rige og ikke frembød mulighed for en betryggende opbevaring og forvaltning. Når henses til, at samlingerne i henhold til traktat fremdeles – som henlagt under Islands Universitet – skal tjene det i fundatsen angivne formål, findes den ved loven bestemte ordning, uanset at den betyder en væsentlig ændring af stiftelsens forhold, ikke at være en af grundlovens § 73 omfattet afståelse, og den findes således, også uden bestyrelsens samtykke, gyldigt at være gennemført ved almindelig lov.

Med denne begrundelse stemmer disse dommere ligeledes for at stadfæste dommen.”⁹⁵

⁹⁵ U.1967.22H – ”Lovindgreb, hvorefter stiftelse blev pålagt at afstå håndskriftssamling til Islands Universitet, anset for et lovligt ekspropriativt indgreb.” – (Hovedresumé) s.13-15

2.3.3 Anden håndskriftssag

Afgørelsen af den første håndskriftssag inkluderede ikke en direkte stillingtagen til spørgsmålet om erstatning på baggrund af ekspropriation. Flertallet havde dog kommenteret i forhold til erstatningsspørgsmålet, at der nok ikke syntes at være belæg for en erstatning, da tabet for stiftelsen ikke kunne udløse en sådan. Blandt andet på grund af dette lagde Undervisningsministeriet sag an i 1967 mod stiftelsen omhandlende, at stiftelsen skulle ovedrage de pågældende håndskrifter og dette uden erstatning.

Undervisningsministeriets hovedargument omhandlede det tabsgivende element. Ministeriet mente ikke, at stiftelsen havde lidt et økonomisk tab, som derved skulle udløse erstatning. Endvidere blev det fremsat, at da fundatsen tilkendegav, at håndskrifterne ikke var genstand for omsætning og at formålet var at stå til rådighed for offentligheden, kunne der således ved overførslen til Island ikke være tale om, at der skete et reelt tab i økonomisk forstand, men at formålet stadig kunne opretholdes. Stiftelsen var naturligvis ikke enig i disse frembringelser.⁹⁶

Landsretten dømte herefter til fordel for Undervisningsministeriet. Der var dog en dommer, som ønskede stiftelsen frikendt. Argumentationen herfor betingede sig af at man i statsretlig teori ikke kunne konkludere, at der ved ”en privatretlig formuerettigheds omsættelighed ikke kunne være en nødvendig betingelse for rettighedens beskyttelse efter grundlovens § 73, og at en formuerettigheds uoverdragelighed ikke kunne begrunde ekspropriation uden erstatning”.⁹⁷

Flertallet i højesteret var ikke helt enige med landsrettens afgørelse:

”Det forhold, at håndskrifterne og arkivalierne, som har betydelig økonomisk værdi, på grund af fundatsbestemmelserne ikke kan gøres til genstand for

⁹⁶ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 420-421

⁹⁷ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 421

*sædvanlig ejerråden, findes ikke i sig selv at medføre, at de kan eksproprieres uden erstatning.*⁹⁸

Ovenstående betød dog ikke, at stiftelsen blev frifundet. Flertallet mente nemlig, at afgørelsen vedrørende erstatning hovedsageligt skulle besluttes i forbindelse med stiftelsens formål, som ikke kunne siges at have lidt et økonomisk tab.

Jørgen Trolle gør i sin domskommentar en sontring angående bedømmelsen om, hvornår der bør føres erstatning i forhold til ekspropriation af formueskadelig karakter og i det hele taget relationen mellem statens administrative permutationsmulighed, ekspropriation uden erstatning og ekspropriation med erstatning. Alt afhænger af formålet og altså stiftelsens identitet. Det skal vurderes i forhold til:

”I hvilket omfang den stiftelse, hvis forhold skal bedømmes, økonomisk hviler i sig selv, om den driver aktiv virksomhed eller ikke, om den bærer sin stifters navn og om dette ville blive bevaret eller ikke, og mulig også fra hvor fjern en tid den stammer, og hvor meget forskellige forhold har ændret sig siden dens oprettelse. Som så mange steder i juraen må der være tale om en kontinuerlig skala af tilfælde rækkende fra de mest svækkede, som der kan gribes ind overfor ved administrativ permutation, over dem, hvor der må kræves lov, og til dem, som staten kan ovetage ved ekspropriation, men uden erstatning, og til dem i den anden yderste ende af skalaen, hvor der kun kan eksproprieres mod erstatning. Som et udpræget eksempel på den første gruppe af gamle og svagelige stiftelsers, som det offentlige har ladet afgå ved døden ved opslugning alene ved administrativ bestemmelse, kan henvises til, at Det store Kommunitet i sin tid er dannet ved sammenlægning af en række gamle og efterhånden små, ofte navngivne legater, som tiden var løbet fra. I den anden ende af skalaen

⁹⁸ U.1967.22H

befinder sig den lange række store og i dette århundrede stiftede og ofte på levende forretningsvirksomhed baserede legater og stiftelser, der lever i fuld blomstring, og som har museumsvirksomhed, støtte til kunst og videnskab, sygdomsbekæmpelse eller ungdommens uddannelse til formål. Disse vil i lang tid frem være modstandskraftige overfor offentlige indgreb.”⁹⁹

2.3.4 Et eksempel på grundlovsbeskyttelsen

Hvorvidt det på baggrund af de to håndskriftssager kan siges, at stiftelsers beskyttelse ved grundlovens § 73 kan fastlægges, må besvares negativt. Hvad der kan udledes er, at der ved den første afgørelse synes at være enighed om, at stiftelsen nyder fuld beskyttelse efter grundlovens § 73, hvorimod den anden dom betinger dette til, om den ekspropriative handling har effekt på selve formålet.

Samme tendens lod sig vise i forholdt til muligheden for erstatning. I den første sag syntes der at være tale om fuld afståelse og altså ret til erstatning, selvom denne ikke blev håndteret i dommen, men i den anden sag blev også erstatningen relateret til formålet.¹⁰⁰

Michael Hansen Jensen frembringer i sin behandling af håndskriftsagerne, at der kunne sås tvivl, om der reelt var tale om ekspropriation, eller om man kunne have løst dette ved permutationsretlige tiltag. Han afviser dog sin tese, da permutationsretten næppe ville tillade overdragelse af genstande til anden stat.¹⁰¹

”Herefter er spørgsmålet, om overførelsen af en del af håndskriftsamlingen og kapitalen må betragtes som en afståelse i grundlovens forstand. Afgørende for

⁹⁹ Jørgen Trolle: Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966, UfR 1967 B, s.255f

¹⁰⁰ Se Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 409-444 samt 427- 428 for dybere analyse af dommene samt inddragelse af elementet om kapitalens erstatningskrav ved den anden håndskriftssag.

¹⁰¹ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 430-431, han henviser her til, at Ørsted selv i 1851 havde givet udtryk for at man godt kunne overlade dele af stiftelsen til Norge.

*denne vurdering må være, i hvilket omfang overførelsen gør indgreb i Arne Magnussens vilje med hensyn til, hvorledes der for eftertiden skal forholdes med håndskrifter og kapital.*¹⁰²

Han når frem til, at der ikke var tale om et ekspropriativt indgreb i grundlovens forstand, blandt andet på grund af, at den faktiske situation til dels lignede en permutationsretlig sag, samt at stiftelsens reelle formål ikke blev skadet. Han klarificerer dog, at stiftelser er beskyttet af § 73 og at dette ikke kun gælder selve formålet men også andre bestemmelser, som stifteren måtte have lagt væsentlig vægt på.¹⁰³

Jørgen Trolle lagde i sin domskommentar vægt på, med henvisning til Ørsted, at stiftelser med almennyttigt formål syntes at være beskyttet i et mindre omfang end privatpersoner eller stiftelser baseret på primært ikke almennyttigt formål.¹⁰⁴ Hvorvidt dette kan siges at være sandt er usikkert, men der synes at være opbakning om, at forholdet i hvert fald gælder i forhold til erhvervsdrivende fonde kontra ikke erhvervsdrivende fonde, når det handler om erhvervsdriften.¹⁰⁵

2.4 Sammenfatning

Ovenstående to eksempler fra praksis har vist en række vigtige elementer i forhold til afhandlingens emnefelt. De to eksempler har det til fælles, at de begge omhandler en selvejende institution, endog en fond i moderne henseende. Tillige omhandler de begge en ændring af vedtægter i fundatsen i forhold til stiftertiljen og der er ved begge tilfælde blevet stillet spørgsmål til sagens omstændighed eller gyldighed.

¹⁰² Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 431

¹⁰³ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 433

¹⁰⁴ U.1967B.77 "Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966" af J. Trolle, sektion 81

¹⁰⁵ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 436 og Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard: En fondsbestyrelses arbejde, 2. reviderede udgave, 2001, s. 80 og 83

Endvidere omhandler de begge en ændring i fundatsen, som medfører, at dele af aktiverne underlagt ”fonden”, bliver overført til andre hænder under påskud af, at dette stadig tilkendegives opfyldelse af fundatsen.

Ser vi på faktum, adskiller de to sager sig fra hinanden på en række punkter. For det første er ændringen fremført af bestyrelsen til godkendelse af fondstilsynet i eksemplet med Carlsbergfondet, hvorimod staten påkrævede vedtægtsændring ved lov i det andet eksempel med de islandske håndskrifter – praksis følger permutations- eller grundlovsprocedure. For det andet er der forskel i, hvad ændringen medfører, i sagen om håndskrifterne uddrager man en del af håndskrifterne fra stiftelsen, hvorimod man ved Carlsberg ”blot” frasælger aktier og stemmeandele.

De to eksempler er specielt interessante i forhold til denne afhandling på grund af, at der i begge tilfælde er blevet sået tvivl om, hvorvidt de overskred grænsen mellem permutationsret og grundlovens beskyttelse af ejendomsretten. De to sager vil anvendes som eksempler igennem afhandlingens senere kapitler for at statuere en kobling til et ikke teoretisk element.

Kapitel 3 – Ejendomsretten og stifterviljen

3.1 Oversigt

Det er nødvendigt i forhold til afhandlingens formål, som fremført i kapitel 1, at undersøge forholdet mellem ejendomsretten og stifterviljen for den erhvervsdrivende fond. Ørsted pointerer, at der er et forhold, men han forholder sig primært til ejendomsretten i forhold til den naturretlige og den af Code de Civil's opfattelse og ikke direkte til, hvad en ret og dermed ejendomsret er.¹⁰⁶

For at kunne udlede det konkrete forhold mellem stifterviljen og ejendomsretten er det nødvendigt at dykke længere ned i rettighedsbegrebet, end hvad Ørsted gør, hvilket er hensigten med dette kapitel. På baggrund af den retsrealistiske tilgang fremført af Alf Ross og suppleret af andre relevante værker i forhold til ejendomsrettens forhold til stiftere af fonde eller dertil sammenlignelige juridiske personer, er det formålet med dette kapitel at udlede, hvad rettighedsbegrebet omfatter, hvorledes ejendomsretten bør forstås og hvordan stifterviljen står i relation til ejendomsretten.¹⁰⁷ Det er nødvendigt at klarificere relationen for at kunne skabe det nødvendige link mellem de kommende analyser af permutationsretten og grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og forholdet mellem disse to, da dette unægtelig ville skulle hægtes op på bindeleddet mellem stifterviljen og ejendomsretten.

¹⁰⁶ Anders S. Ørsted: Om Regeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 17-18

¹⁰⁷ Fremstillingen vil følge den af Alf Ross udførte i bogen "Om Ret og Retfærdighed" 1971, dertil kommer en udvidelse af subjektet, som fremført af Ernst Kauffmanns i "Erhvervsdrivende selvejende institutioner" 1963. Analysen underbygges derudover af blandt andet Frederik Vinding Kruses 1 bd. om "Ejendomsretten" 1929 og Carl Torps "Dansk Tingsret" 1916. Modelopsætningen er af egen tilvirkning og har til formål at skabe overblik for læser samt strukturere analysens fokusområder.

Før at ejendomsretten bliver analyseret i forhold til, hvordan den skal forstås og anvendes som begreb, vil der ved understående afsnit redegøres for forståelsen af, hvad en rettighed er.

3.2 Rettighedsbegrebet

3.2.1 Ret

Før rettighedsbegrebet analyseres, er det selvsagt nødvendigt at nævne, at ret som begreb kan forstås bredt. En ret kan forstås i flere kontekster og er unægtelig forbundet med de normer og ideologier, der anvendes i et samfund, der således skaber det pågældende retssamfund. Der er altså forskel på, hvad en ret er, når forskellige lande betragtes, men mere tydeligt når lande baseret på forskellige samfundsfilosofier betragtes.¹⁰⁸ Retten kan synes mindre forskellig mellem de skandinaviske lande, hvorimod hvis vi beskuer retten i forhold til de angloamerikanske lande og Rusland eller Kina, vil der kunne ses større forskelligheder i rettighedsbegrebet. Dette baseres specielt på, at der mellem disse lande er eller har været repræsenteret forskellige samfundsøkonomiske filosofier, fra den socialøkonomiske, kommunistiske og sågar kapitalistiske/liberalistiske økonomi. De forskellige filosofier definerer rettighedsopfattelsen, da man med retten har forskellige formål.¹⁰⁹

Da samfundsnormer og filosofier skifter over tid er det netop relevant at have dette in mente, når der ønskes at udledes noget om et rettighedsbegreb, hvilket må anses for netop relevant i forhold til afhandlingens fokus om stiftertiljen og længden heraf. Det ønskes med afhandlingen at fokusere på ejendomsretten i forhold til stiftertiljen og gældende fondsret. På denne baggrund er der selvsagt nogle valg i form af

¹⁰⁸ Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, 2002, s. 23

¹⁰⁹ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1.bind, s. 8-22

rettighedsforståelsen, som har været nødvendige at træffe på forhånd. I Danmark tages der udgangspunkt i retsrealismen og dennes tilgang, når gældende ret ønskes at findes. Derfor vil dette afsnit tage udgangspunkt i Alf Ross' rettighedsbegreb, da den repræsenterer det retlige system, vi i dansk ret generelt vælger at følge.¹¹⁰

3.2.2 Rettighedsbegrebet som fremstillingsteknisk hjælpemiddel

Alf Ross fremsætter i begyndelsen af sin redegørelse af rettighedsbegrebet, at man skal forstå love som en slags direktiver, der har til sigte at fortælle en dommer, hvad der på baggrund af lovbestemmelsen bør dømmes. På denne baggrund opsætter Alf Ross en for loven gældende formel:¹¹¹

D (dersom K, så F)

Hvor D står for direktivet til dommeren, som fortæller, at når K foreligger, da skal F forekomme. K står derved som en betinget kendsgerning og F står for en retsfølge. D fortæller altså dommeren, at når der foreligger en given kendsgerning, skal retsfølgen være F. Som eksempel på denne formels udvidelse til en hel sætningskonstruktion kan fremhæves følgende:

”D₂ (dersom nogen har arvet en ting, skal der gives arvingen dom til erstatning mod andre der culpøst beskadiger tingen)”¹¹²

Kendsgerningen her er altså, at en person har arvet en genstand. På denne baggrund fremføres retsfølgen, at skulle nogen culpøst beskadige den arvedes gode, da skal der anlægges dom for en erstatning herfor. Skal man vise selve effektrækken, må det altså på ovenstående baggrund kunne siges at $K \rightarrow F$. Når vi således tilkendegiver en ret i denne sammenhæng, må den altså betinges af dette forhold. Eksempelvis kan

¹¹⁰ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Retskilder og Retsteorier, 2014, s. 423

¹¹¹ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 206

¹¹² Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971s. 206

anvendes ejendomsretten ved symbolet E.¹¹³ Heraf skrives det, at $K \rightarrow E \rightarrow F$. Dette skal forstås således, at effekten af, at nogen arver en ting (kendsgerningen) medfører en bevægelse i ejendomsretten (E) knyttet til den pågældende genstand, der senere på baggrund af den bevægede ejendomsret fører til, at personen, der har arvet, kan få genstanden erstattet, skulle en anden beskadige denne – altså retsfølgen (F). Ejendomsretten skal altså forstås som et kausalt led mellem K og F.¹¹⁴ Det vil sige, at en ret ikke i sig selv er selvstændig. Den specifikke ret betinger sig af en genstand og det er handlingerne (køb, arv m.m.) med denne genstand, der medfører, at der kan være tale om en retlig overdragelse.

Alf Ross giver et glimrende eksempel fra praksis:

”En sagfører vil fx argumentere med, at der ved den købeaftale, der blev indgået den og den dag, blev stiftet ejendomsret til et automobil for hans klient, og at klienten derfor nu må kunne kræve dom over sælgeren til udlevering. Også her kan den mellemkommende ejendomsret udelades. Alt hvad sagføreren vil hævde er i virkeligheden, (1) at der er indgået en gyldig købeaftale; og (2) at denne kendsgerning efter gældende ret medfører som retsfølge, at dommeren skal give dom til udlevering.”¹¹⁵

Når Alf Ross lægger så megen vægt på netop det i en vis grad eksistensløse ved rettigedsbegrebet, er det således fordi, man ikke bør tildele nogen ret et semantisk referencegrundlag. Med dette menes, at ejendomsretten i sig selv ikke siger noget om hvilke kendsgerninger (K) eller retsfølger (F), der er tale om.¹¹⁶ Hensigten med så at anvende elementet af retten, her ejendomsretten, kan tilsigtes, at retsvidenskaben bl.a. også har til formål at skabe overblik. Man kan altså ved at kategorisere forskellige

¹¹³ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 208, se også Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, 2002, s. 57-59

¹¹⁴ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 208

¹¹⁵ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 209

¹¹⁶ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 210

typer af rettighedsbegreber og pulje dem give et overblik over retten i stedet for, at man som eksempel skal opsætte prædefinerede regler for hver enkel kombination af $K \rightarrow F$.¹¹⁷ Derfor defineres rettighedsbegrebet som at være et rent fremstillingsteknisk hjælpemiddel. Med dette in mente, er det herefter relevant at se på, i hvilken situation vi anvender rettighedsbegrebet.

3.2.3 Den typiske rettighedssituation

Det pekuniære med netop rettighedsbegrebet er, at det trods af at blive anvendt i både daglig tale og i akademiske sammenhæng ikke er en nødvendighed. For at få en forståelse af rettighedssituationen frembringes nedenfor en række elementer, der til sammen skaber et godt billede af en rettighedssituation.¹¹⁸

a) Fordelagtighed – Den første rettighedssituation er den, hvor rettigheden bliver brugt til fordel for den part, der besidder retten.¹¹⁹ Helt grundlæggende må det siges, at en person kan med fordel ytre sig om, at individet har retten til en given genstand.¹²⁰ Fordelagtigheden af at proklamere sig en ret og derved forekomme med en rettighedssituation anvendes i denne konstellation af part A for at definere forholdet over en genstand overfor part B eller C. Det vil i sådanne situationer være muligt at anvende anden sprogbrug, der kan proklamere den samme retstilstand rent indholdsmæssigt.¹²¹ Det ses bl.a. tit ved børn, at de anvender en subjektiv betegnelse for rettighedsbegrebet, som eksempelvis ”Det er min!”. En sådan udtalelse fra et barn opstår typisk i en situation, hvor det netop for barnet er en fordel at proklamere ejerskabsforholdet.

¹¹⁷ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 207 se også Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, 2002, s. 57-59

¹¹⁸ Opstillingen følger den af Alf Ross fremstillede, dog med egne kommentarer og eksempler. Se Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 212-14 for optegnelsen af Alf Ross

¹¹⁹ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1.bind, s 11 – se endvidere kommende afsnit om ejendomsretten

¹²⁰ Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 48

¹²¹ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 212

b) Modstykke til pligten – Den anden rettighedssituation omhandler rækkevidden af en rettighed. Hvis person A har en rettighed, betyder dette, at andre ikke har denne. Til gengæld medfører udnyttelsen af en ret, at man pålægger andre pligter, disse vil da fremstå som pligtsubjekter.¹²² Man tvinger andre til at respektere, at de ikke har rettigheden, medmindre de vil udsættes for en retsfølge ved ikke at respektere rettighedsallokeringen.¹²³ Tages der endnu engang udgangspunkt i en ejendomsret, kunne denne være til et defineret stykke jord. A besidder altså retten til det pågældende stykke jord. B har da to muligheder, hvis vi ikke antager, at han negligerer retten. B kan enten holde sig fra det område, som hører under A's ret, eller han kan betale for eller på anden måde modsvare, at han midlertidigt kan besidde/bruge/anvende retten.¹²⁴

c) Påtale af retten – Den tredje situation, der relaterer sig til rettighedsbegrebet, hænger for så vidt sammen med den anden rettighedssituation. Før at rettighedsbegrebet skal kunne siges at have relevans, skal den berettigede part kunne påtale sin ret. Med dette skal forstås, som eksemplet anført ovenfor, at hvis part A ejer en grund, som part B betræder uden tilladelse hertil, derved har A i forbindelse med sin ejendomsret ret til at påtale sin ejendomsret overfor B. Det følger naturligvis heraf, at ingen andre end den, der besidder en ret, har den dertilhørende påtaleret om, at individet besidder retten.¹²⁵

d) Disponering af retten – den fjerde fremhævede rettighedssituation angår retten til at disponere. Denne del af retten er yderst interessant. For med dispositionsretten sikres rettighedsindehaveren at denne og kun denne kan bestemme, hvad der skal ske med rettigheden. Rettighedshaveren kan altså med dispositionsretten over sin rettighed bestemme, at denne skal overdrages til en anden person (juridisk som

¹²² Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, s. 55-57

¹²³ Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 59f

¹²⁴ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 212

¹²⁵ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 213

fysisk) ved arv, gave, testamenter. Han kan endvidere vælge at destruere en given genstand, som han måtte have retten over. Ved at have en ret besidder en person altså samtidig hermed retten til at bestemme, hvad der skal ske med denne ret og hvordan den skal anvendes.¹²⁶

e) Individets autonome selvhævdelse – betragter vi alle ovenstående elementer af rettighedssituationer, kan det udledes, at rettighedsbegrebet hjælper individet til at sætte dennes interesser i relief i forhold til omverdenen. Eksempelvis kunne en rettighedshaver være ligeglad med, om folk eksempelvis betrådte hans græsplæne eller han kunne modsætningsvis opstille modkrav for folk, der betrådte græsset. Det er altså helt og aldeles op til rettighedshaveren som individ at hævde sin ret overfor andre.¹²⁷

Rettighedssituationen knytter sig ikke kun til individet, som det ellers udelukkende er fremhævet ovenstående. I det danske samfund findes der personer, som har en rettighed, der forholder sig anderledes til de ovenstående elementer. Tag eksempelvis en minister. Denne kan besidde en ret eller nærmere beføjelse til at foretage specifikke handlinger. Disse handlinger er da ikke betinget af hans autonome selvhævdelse. Det samme gælder, hvor der til staten som myndighed synes at foreligge en ret.¹²⁸ Disse rettigheder, der i en vis grad har en udvidet funktion og rækkevidde end de af individerne påtalte, baserer sig således på noget andet end det fremsatte individs autonome selvhævdelse. Både for minister og for stat er individet erstattet med et samfund.¹²⁹ Det skal stadig forstås som én enhed – samfundet.

¹²⁶ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 214

¹²⁷ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 214

¹²⁸ Det ses i flere love at en minister eller en offentlig myndighed kan træffe visse beslutninger. Eksempelvis kan der i forbindelse med afhandlingens fokusområde fremføres eksempelvis § 90 i lov om erhvervsdrivende fonde, hvormed fondsmyndigheden kan træffe beslutning om vedtægtsændring.

¹²⁹ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 215

Samfundet er da i modsætning til et individ bygget op på moralske ideologier og tendenser, som rammer den bredere skare i befolkningen.¹³⁰

3.2.4 Rettighed som substans

Ud fra ovenstående betragtninger angående rettighedsbegrebet og rettighedssituationen er der skabt fokus på, hvorfor vi bruger ordet ret, samt i hvilke situationer retten gør sin indtræden. Dette afsnit handler da om, hvad en ret medfølger. Altså hvad består en ret af – således overskriften rettighed som substans. Ud fra ovenstående afsnit er det dog også klart, at man ikke som sådan holder en ret i sin hule hånd. Den er altså betinget af noget. Efter den metafysiske forestilling om retten, bør denne ses som en kraft i sig selv og til denne betinges to sætninger:

”(a) at rettigheden altid er en enhedskvalitet der må findes hos et bestemt subjekt; og dels (b) at dette subjekt må være et med ånd eller fornuft udstyret væsen, dvs. et menneske eller en menneskelig organisation.”¹³¹

Til dette er Alf Ross ikke helt enig. Han postulerer, at ovenstående to frembringelser kan give grobund for forvirring. Til punkt (a) kommenterer han begyndende følgende:

”(a) Forestillingen om rettigheden som en enhedskvalitet der må findes hos et bestemt subjekt gør ingen skade i de i foregående paragraf skildrede typiske situationer. I disse tilfælde forholder det sig nemlig således, at de forskellige funktioner der indgår i retssituationen alle peger hen på et og samme subjekt. Det er normalt en og samme person (1) til fordel for hvem andres handlefrihed er begrænset; (2) der kan håndhæve rettigheden ved påtale; og (3) som kan

¹³⁰ Her henvises der selvsagt kun til det politiske samfundssystem som vi besidder i Danmark. Rettighedsbegreb m.m. kan differere i forskellige typer af retssystemer.

¹³¹ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 216

disponere over rettigheden. Det er en og samme person, der er såvel interessesubjekt som påtalesubjekt og dispositionssubjekt. Det fremkalder derfor ingen forstyrrelse at tænke sig disse forskellige funktioner som virkninger eller udslag af >>selve rettigheden<< som en enhedskvalitet der findes hos dette generalsubjekt.”¹³²

Ud fra den ovenstående fremstilling, synes det at være specificeret, at substansen af de forskellige dele af rettigheden altid tilkommer det samme subjekt. I praksis fungerer det dog ikke altid således. I mange forskellige situationer ses, at de tre elementer, der omfattes af rettighedens substans, er fordelt på en eller flere parter.¹³³ Eksempelvis ved en retsstilling for en umyndig person. Interessesubjektet, der efter ovenstående omfatter ”*til fordel for hvem andres handlefrihed er begrænset*”, vil i denne situation være tilegnet den umyndige, da det er dennes hensyn, som tages for øje ved udøvelse af en ret på dennes vegne. Derimod vil påtalesubjektet henvende sig til den umyndiges værge ”*der kan håndhæve rettigheden ved påtale*”. Således skal det forstås, at en værge tiltræder i den umyndiges sted, når den umyndiges ret skal håndhæves overfor andre. I praksis ses dette blandt andet ved, at en værge skal være til stede, når en umyndig stilles overfor spørgsmål, hvorved dennes ret kan risikeres påvirket således, at værgen kan kræve håndhævelse af retten på den umyndiges vegne. Det sidste element omhandlende dispositionssubjektet, hvormed en person ”*kan disponere over rettigheden*” vil i dette tilfælde også tilgå værgen. Et praktisk eksempel herpå ses blandt andet ved, at en værge har retten til at beskytte og formidle den umyndiges formue.¹³⁴

Samlet set må det altså kunne udledes, at der trods kendetegnet ved at retten i sin åndelige kraft skal anses som en enhedskvalitet som fremført ved den metafysiske

¹³² Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 216

¹³³ Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 68f og Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 217

¹³⁴ For flere eksempler se da uddybende, her indbringes blandt andet også forskelle i forståelsen af ejendomsrettens overgang mellem forskellige landes retsopfattelse. Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 217

forestilling om retten, så afviger praksis for denne forståelse i det danske retssystem. Dette ses grundlæggende ved, at der opleves flere situationer, hvor enhedskvaliteten synes at være dissekeret og fordelt på et flertal af personer.¹³⁵

Til den anden del (b) af den metafysiske forestilling hører, at:

*”rettigheden som en moralsk åndelig kraft fører til et dogmatisk postulat om, at kun mennesker (og juridiske personer) har evne til at være rettighedssubjekt.”*¹³⁶

Dette postulat bestrider Alf Ross ikke videre. Han frembringer argumenter for, at dyr også ville kunne besidde rettigheder, da det som eksempelvis hænder, at der oprettes legater og andet til fordel for dyrs rettigheder. Alf Ross synes ikke selv at acceptere sin argumentation, men der må synes at kunne være ligheder mellem en umyndig person og dyr. Hvis et legat er givet til at sikre rettighederne for en truet dyreart, da vil dyrene være interessesubjektet, men påtale- og dispositionssubjektet vil da tilegnes den organisation eller det menneske, som står som rettighedsforkæmperen på vegne af den truede dyreart.¹³⁷ Der hvor Alf Ross synes at fatte sig til kort i diskussionen om dyrenes rettigheder er, at han ikke inddrager dyrenes manglende sprogkundskaber. Det kan vel ikke betvivles, at dyr ved deres egen form for kommunikation op til flere gange i tidens historie har ytret sine rettigheder overfor mennesket. Om det måtte gælde kamp om føde eller rene territoriale uenigheder, da må dyrene ikke kunne udelukkes for at gøre sig til påtalesubjekt og derved håndhæve sin ret. At mennesket i det længere løb da har vundet kampen har ikke noget med

¹³⁵ Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 69

¹³⁶ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 219

¹³⁷ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 220

rettigheden at gøre som sådan, men at mennesket kører efter en anden retsopfattelse og væsentligst lever i et andet retssystem.¹³⁸

3.2.5 Rettighedens struktur

I det ovenstående er rettighedsbegrebet, rettighedssituationen og rettighedens substans blevet fremført. Således kan det siges, at der har været en redegørelse for, hvordan vi skal forstå selve begrebet rettighed, hvornår vi møder begrebet rettighed, samt hvad rettigheden består af. I dette afsnit vil strukturen af en rettighed fremsættes. Strukturen følger som ovenstående elementer fremført af Alf Ross.¹³⁹

(a) – Det første element i rettighedens struktur er dennes subjekt. Et rettighedssubjekt kan synes naturligt at binde sig til mennesker og dyr, som ovenfor fremført. Men historisk (og til stadighed gældende i visse nationer) ses, at retssubjekter har været omgrænset i et langt større omfang. Visse mennesker har historien været udeladt fra at gælde som reelle retssubjekter, såsom slaver eller sågar bare i forbindelse med stemmerettigheder for kvinder. I disse situationer har retssubjektet altså været defineret til en bestemt befolkningsgruppe. I den nutidige vestlige verden synes en del af disse barrierer dog at være blevet brudt ned.¹⁴⁰

Subjektet er det, der oprindeligt skulle opfattes som en enhedskvalitet, men som i flere tilfælde i praksis opleves ikke at tilkomme samme person. Subjektet er altså det, der inddeles i interesse-, påtale- og dispositionssubjekt.¹⁴¹ I flere litterære værker omtaler man retssubjektets modstykke nemlig pligtsubjektet. Det er vigtigt

¹³⁸ Diskussionen her bygger forfatterens egen opfattelse om forskellen mellem dyr og menneskers retsopfattelse og system.

¹³⁹ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 220

¹⁴⁰ Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, 2002, s. 55-57

¹⁴¹ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 220-221

at skelne mellem disse to, da rettighedssubjektet er den, som besidder retten, hvorimod pligtsubjektet er den, som skal afholde sig fra at anvende retten.¹⁴²

(b)– Det andet strukturelle element ved en rettighed omhandler dennes *indhold*. Indholdet af en rettighed blev lettere berørt under afsnittet om rettighedsbegrebet i ovenstående. Det væsentlige her er, at man ikke inddrager subjektet i indholdet. Indholdet af rettigheden skal således forstås som det rent håndgribelige, hvormed et menneske besidder en rettighed over. Således hvis eksemplet med et stykke jord frembringes.¹⁴³ I dette tilfælde vil rettighedens indhold altså omfatte de elementer, der relaterer sig til, at et menneske har ejendomsret over denne. Det vil sige, at indholdet af rettigheden eksempelvis omfatter, at andre ikke må betræde grunden uden tilladelse hertil.¹⁴⁴ Som det i forrige afsnit blev fremhævet, er indholdet altså det modsatte af pligten. Med dette menes, at hvis indholdet omfatter en ejendomsret med inkluderet brugsret over et bestemt gode, afskærmer dette indhold andre fra at gøre brug af denne ret – altså en begrænsning i handlefriheden for andre.¹⁴⁵

(c)– Den tredje del af rettighedens struktur er rettighedens *genstand*. En rettigheds struktur skal forstås på den måde, at det er den materielle eller immaterielle del/element/egenskab, som rettigheden afhænger af. På samme måde som det er blevet fremført i ovenstående, at en rettighed i realiteten ikke er noget i sig selv, men er betinget til en ting eller anden form for konkret genstand.¹⁴⁶ Der er forskel imellem, om der er tale om en rettigheds indhold og dennes genstand. Tag eksempelvis en bil som ejes af A. Her vil genstanden være bilen, som den fremstår

¹⁴² Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, 2002, s. 50-52

¹⁴³ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 221

¹⁴⁴ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, I.bind, s 11 – se nærmere kommende afsnit om ejendomsretten

¹⁴⁵ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 212

¹⁴⁶ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, I.bind, s. 12

i sin materielle eksistens, hvorimod indholdet vil relatere sig mere til retten at køre og bruge bilen.¹⁴⁷

(d)– Som sidste hovedkategori ved rettighedens struktur findes rettighedens *beskyttelse*. Beskyttelsen er helt essentiel for en rettighed. Ville man ikke have en beskyttelse ved en rettighed, ville dette være lig med, at denne i realiteten ikke kunne respekteres af andre. Beskyttelsen hænger sammen med rettighedens indhold. Men dér hvor den afviger er, at beskyttelsen netop er lænket op til hele det retlige system, dermed domstole, myndigheder eller andre, som kan udføre den reelle beskyttelse af retten. En ret er i sig selv ingenting, hvis den ikke er underlagt beskyttelse af et retssystem.¹⁴⁸ Alf Ross opstiller beskyttelsen for en rettighed i to elementer, den processuelle og den dynamiske. Den processuelle eller statiske beskyttelse omfatter den beskyttelse, der foregår, når beskyttelsen krænkes, således sanktioner og eventuel følgende erstatning.¹⁴⁹ Den dynamiske beskyttelse handler om rettighedens beskyttelse, når denne er i en overdragelse mellem to rettighedshavere. Denne vil dog ikke blive behandlet yderligere.¹⁵⁰

Samlet set ville man kunne tildele en rettighedsstruktur følgende grafiske egenskab.¹⁵¹

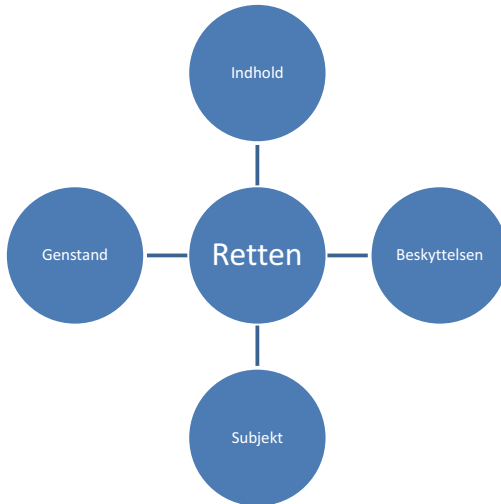
¹⁴⁷ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 221

¹⁴⁸ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 222

¹⁴⁹ Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 223

¹⁵⁰ For dybere redegørelse om den dynamiske rettighed se da - Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1971, s. 222-223

¹⁵¹ Grafiske opsætning er af egen frembringelse



Vi har altså subjektet, der holder den givne ret. Genstanden hvortil rettigheden er uigenkaldeligt knyttet. Indholdet som beskriver rettigheden og til sidst beskyttelsen, der opstiller et værn mod fremmed indtræden.

Med indeværende afsnit om rettighedsbegrebet er der blevet redegjort for, hvorledes vi skal kunne forstå en rettighed, hvad denne omfatter, hvorledes den kan opdeles til analytisk brug og sammenhængen med vores retssystemforståelse. Det kommende afsnit er derfor en viderebygning på denne viden. Efter at have klarlagt rettighedsbegrebet, vil efterfølgende afsnit beskrive, hvad ejendomsretten er. Denne rettighed er hovedelementet i denne afhandling og definitionen af en ejendomsret er derfor essentiel samtidig med forståelsen for, hvorledes ejendomsretten knytter sig til tiden, vi er i og de politiske tendenser, der ses i samfundet. Sagt på en anden måde, så vil målet nu være at erstatte ”retten” i midten med en ejendomsret og herudfra definere subjekt, genstand, indhold og beskyttelsen.

3.3 Ejendomsretten

3.3.1 Historien og den sjælelige ejendomsret

På baggrund af ovenstående afsnit om rettighedsbegrebet er det nu muligt at tage skridtet videre til selve ejendomsretten. Først vil ejendomsrettens vigtighed og dens historiske udvikling samt omfanget beskrives kort. Derefter vil der med udgangspunkt i den fremstillede rettighedsstruktur, fremsættes en indsigtsgig opstilling og beskrivelse af ejendomsretten og hvorledes denne kan sammenholdes med erhvervsdrivende fonde og stiftertiljen.

Men hvorledes kan man så beskrive ejendomsretten? I den danske grundlov specificeres ejendomsretten ikke direkte i lovteksten, men beskyttelsen heraf fremsættes ved § 73. Til gengæld kan der findes to definitioner, hvis blikket rettes mod den franske Code Civil (år 1804) og den tyske Bürgerliches Gesetzbuch (år 1900). I Code Civil Art 544 skrives det at:

*”Ejendomsretten er Retten til at nyde (eller bruge) og raade over Tingene paa den mest ubetingede Maade, forudsat, at man ikke gør en saadan Brug af dem, som er forbudt af Lovene eller af Forordningerne”.*¹⁵²

Ved den tyske Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 903 fastlægges Ejendomsretten ved:

*”Ejeren af en Ting kan, for saa vidt som Loven eller Tredjemands Ret ikke er herimod, raade over Tingen efter sit Forgodtbefindende og udelukke andre fra enhver Indvirkning paa den”.*¹⁵³

¹⁵² Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 9. Original tekst fra Code Civil, Livre II, Titre II: De la propriété Article 544: *”La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens”.*

Som allerede nævnt, er begrebet ret forskelligt afhængig af kulturelle, økonomiske og sociale normer i et samfund, men derudover afhænger denne også af tid. Ovenstående er to eksempler på forskellig opfattelse af ejendomsretten. Uanset forskellene mellem de to landes ejendomsretlige begreb er det fælles grundlag blandt andet blevet fastlagt af Frederik Vinding Kruse:

”Ved Ejendomsret kan vi i denne Forbindelse, til foreløbig Brug i det følgende, forstaa Retten til at tage Bestemmelse om et Gode, fast Ejendom, Løsøre (Fabrikker, Maskeiner, Varer) o. l., dels ved indre Raaden (ved Forbrug, Brug og Benyttelse) og dels ved Raaden udadtil (ved Salg, Pantsætning o. l.).”¹⁵⁴

Oprindeligt gjaldt ejendomsretten kun for fysiske genstande, ting.¹⁵⁵ Gennem tiden har ejendomsretten været under udvikling og i dag gælder ejendomsretten ikke blot ting, men ligeledes en række andre egenskaber. Gennem de sidste par hundrede år har ejendomsretten udviklet sig til også at omhandle rettigheder som forfatterret, patentret samt andre immaterielle rettigheder.¹⁵⁶ Der er endda blevet argumenteret for, at der findes ejendomsrettigheder, som er af ”sjælelig” eller usynlig karakter.¹⁵⁷ Det være sig eksempelvis viljen med en genstand, hvortil personen har ejendomsret. Udøvelsen af en ejendomsret er altså således betinget af den sjælelige ejendomsret. Eksempelvis vil to personer kunne besidde en ret over en identisk genstand. Men måden de agerer med genstanden, altså hensigten afgør ejendomsrettens reelle virke

¹⁵³ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.11. Original tekst fra Bürgerliches Gesetzbuch § 903 *”Der Eigenthümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschliessen”.*

¹⁵⁴ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 15, Carl Torp kommer med en lignende erklæring begrundet i tysk ret ved *”Det særegne ved Ejendomsretten er den almindelige Karakter i den Forstand, at den indenfor de af Lovens Dagne Frændser hjemler Beføjelse til at raade over Tingen i enhver Retning, for saa vidt der ikke kan paavises Hjemmel for særlige Indskrænkinger til Fordel for andre.”* –Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 127

¹⁵⁵ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.8f

¹⁵⁶ Frederik Vinding Kruse omtaler disse typer af rettigheder, som åndelige ejendomsrettigheder, da de ikke betinger sig direkte af genstandsbesiddelse, men forholdet til en immateriel genstand. Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.98f

¹⁵⁷ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.105

og rettighedens fremtid og omfang.¹⁵⁸ Man kan altså sige at ejendomsretten er betinget af sjælen eller hensigten med ejendomsretten udover det rent tinglige/økonomiske forhold. En person der dog kun besidder ejendomsret for den økonomiske eller tinglige potentielle gevinst, eksempelvis investorer eller ejendomsspekulanter, kan ikke anses for at have denne ekstra dimension i ejendomsretligt henseende. Dette komplicerer forholdet med ejendomsretten videre, da skildringen i forhold til, hvornår der medfølger en sjæl, også retligt bør og skal respekteres af retssystem og domstole.¹⁵⁹ Således bør man altså inddrage den sjælelige eller personlige hensigt i afgørelser angående respekten for ejendomsretten.¹⁶⁰

Hvis respekten for den sjælelige ejendomsret ikke respekteres som en del af ejendomsretten, synes det at kunne begrunde en bevægelse af ejendomsretten mod den oprindelige kun tinglige beskyttede og derved fraskrive sig den udvikling, der har været i samfundet de sidste par hundrede år. En fraskrivelse af den sjælelige ejendomsret medfører, at ejendomsretten udelukkende baseres på hensyn af profit, som knappest kan anses som det mest optimale for samfundet, vi lever i.

Ejendomsretten har ikke bare til formål at værne om folks private sager, men yder også en vigtig funktion i et samfund, nemlig viljen til at yde mere. Som det vil blive vist i kapitel 7 medfører ejendomsretten en vilje til at yde mere for det enkelte individ i samfundet pga. den belønning, som medføres ved at ejendomsretten eksisterer.¹⁶¹ Dér, hvor den sjælelige del af ejendomsretten og dennes uigenkaldelige indflydelse

¹⁵⁸ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 109

¹⁵⁹ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.113

¹⁶⁰ Frederik Vinding Kruse argumenterer for dette således; *"Dette faar Betydning ved de praktiske juridiske Spørgsmaal om Ejendomsrettens Grænser. Den dygtige Lovgiver har en samtidig fast Haand. Grundspekulanternes Interesser maa han i Problemerne om Ejendomsrettens Grænser tage med haard Haand paa, men tage varsomt paa Ejendomsretten af sjælelig Værdi. Ved den sidste kan en teoretisk Samfundsreformatør, der skærer al Ejendom over én Kam, let gøre en uberegnelig Skade, ved klodset at bortskære Motiver, der netop samfundsmæssig har den største Værdi; og Skaden opdages først, naar det er for sent."* Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.113

¹⁶¹ Se nærmere kapitel 7, begrundelser findes ligeledes Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 136f

netop viser sig, er ved ejendomsrettens overdragelse. Hvis en person med ejendomsret til genstande ikke havde ret til at overdrage denne ved arv, men kun ved salg, ville personen på et givet tidspunkt sænke sit ydelsesniveau i samfundet, da han ikke længere ville få samme glæde af merværdi.¹⁶² Men når samfundet tillader overdragelse ved arv, skabes et incitament til at fortsætte med at yde til gavn for andre. Den del af et menneske, som yder en indsats for et formuegode, som ikke vil ham komme til nytte i hans egen tid, viser hensigten med ejendomsrettens sjælelige del.¹⁶³ Dette ses helt tydeligt, når det hænder ved ejendomsretlige overdragelser ved gave eller arv, at en person donerer sin ejendomsret til en fond eller et legat. Hermed betinger han faktisk den ejendomsretlige værdi det sjælelige og ikke profitmæssige formål. Denne person må altså have været drevet af netop ejendomsrettens sjælelige del og ikke den profitgivende.

Ved normal arveoverdragelse eller gave, må giveren af ejendomsretten erkende, at den sjælelige del, som han har betinget ejendomsrettens liv til, bør være grundlaget for selve overførelsen, idet han ikke kan forvente at modtageren har eksakt samme hensigt med ejendomsretten i fremtiden. Ved legater samt fonde synes det dog at være muligt at betinge disse ikke profitable hensigter med ejendomsretten.¹⁶⁴ Stifteren af et legat eller fond kan betinge den afgivne ejendomsret en sjælelig karakter således, at stifterens egen sjæl synes at fortsætte trods overdragelsen.

¹⁶² Se nærmere i kapitel 7

¹⁶³ *"Det sjælelige Element i Formuernes Demokrati er Arverettens Hemmelighed; ti rent bortset fra, at den, der arver, i mange Tilfælde ogsaa har Sparsommelighedens og Savnets Medandel i det arvede, vilde Samfundet jo, hvis de mange mindre Formuer ikke kunde efterlades til Enke og Børn, borttage et af de væsentligste Motiver til Arbejdsomheden og Sparsommeligheden. Dette frivillige Offer og Savn til Fordel for en Tid, som man selv ikke kommer til at nyde godt af, er ret besat af en særlig Værdi, Samfundet ikke tør miste."* Frederik V. Kruse: *Ejendomsretten*, 1929, 1. bind, s. 109

¹⁶⁴ Frederik V. Kruse: *Ejendomsretten*, 1929, 1. bind, s. 131 og 137

3.3.2 Den aktuelle og eventuelle ejendomsret

I forbindelse med overdragelsen af en ejendomsret er det nødvendigt at komme ind på den skildring, som ligger i selve overdragelsen nemlig forskellen på den aktuelle og eventuelle ejendomsret. Den aktuelle ejendomsret omhandler den nutidige ejendomsret og dermed rådighed over en genstand. Eksempelvis gårdejerens ejendomsret. Herimod omhandler den eventuelle ejendomsret den situation, hvor en rets aktuelle indhold på et givent tidspunkt afhængig af en specifik handling vil blive en aktuel ejendomsret for rettighedshaveren.¹⁶⁵ Når der således i visse tilfælde kan være tale om, at der både eksisterer en aktuel og en eventuel rettighed samtidig, vil dette være på grund af, at rettigheden er betinget af nogle retningslinjer eller lignende og/eller er underlagt en tidsbegrænsning.

Grunden til at denne forskel er relevant er specielt i forhold til, når en ejendomsret eksempelvis er udsat for både en sjælelig og profitfokuseret hensigt. Ser vi på de gamle lens- og stamhuse er denne opdeling relevant. Ved lens- og stamhuse skal der tages hensyn til både den aktuelle og eventuelle ejendomsret. Den aktuelle ejendomsret besidder den, som måtte administrere og drive lens- eller stamhuset, hvorimod den eventuelle ret tilhører arvingen, hvis ret den aktuelle ejendomsretsbesidder ikke må forringe.¹⁶⁶ Hvis den aktuelle besidder skader den eventuelle eller fremtidige besidder, er der tale om forringelse af ejendomsretten for den kommende besidder. Den aktuelle rettighedshaver må bortudleje, bortforpagte mv., men ikke udføre handlinger, der således stiller den efterfølgende besidder ringere i forhold til den ejendomsret, den juridiske person i selve lens- eller stamhuset har.

På denne baggrund kan det siges, at den aktuelle besidder faktisk ikke har ejendomsret over selve lens- eller stamhuset, men udelukkende en brugs- og

¹⁶⁵ Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 69

¹⁶⁶ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 341f og Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 131

benyttelsesret.¹⁶⁷ Man skal altså opfatte disse lens- og stamhuse som en konstellation, hvor der er tale om en ejendom, som der af stifteren er pålagt et fideikommissarisk bånd til fordel for alle senere generationer. Overordnet må det altså kunne siges, at hensynet lagt af det oprindelige lens- eller stamhus, som kan siges at stemme overens med den sjælelige ejendomsret, er gældende uanset aktuel ejendomsrettighedshaver og eventuel, indtil der ikke forekommer flere arvinger og da vil det være i den sidste aktuelle ejers fulde rådighed og altså ikke længere betinget af fremtiden.¹⁶⁸

På baggrund af ovenstående, synes der at være skabt et billede af, hvad en rettighed er, samt hvorledes ejendomsretten fungerer i forhold til inkluderingen af sjælelige eller sågar menneskelige hensigter. Fokus på netop den sjælelige del af ejendomsretten har været omdrejningspunktet på grund af afhandlingens fokus på netop stiftertiljen. Der er ud fra ovenstående redegjort for, at denne del af ejendomsretten er specielt relevant, når der er tale om stiftelse af fonde, legater, men også i forhold til lens- og stamhuse. På denne baggrund er det hensigten med kommende afsnit at strukturere ejendomsrettens opbygning for den erhvervsdrivende fond og relationen til den sjælelige del af ejendomsretten og stiftertiljen.

3.4 Ejendomsretten og den erhvervsdrivende fond

3.4.1 De fire dele

For at få en forståelse for ejendomsretten for erhvervsdrivende fonde er det nødvendigt at analysere de 4 elementer, som er relateret til denne ret. Det første element, som der her vil analyseres i forhold til afhandlingens fokusområde, er subjektet for ejendomsretten, altså hvem besidder ejendomsretten. Det skal i det næste afsnit derfor fastlægges, hvorvidt den erhvervsdrivende fond kan anses for at

¹⁶⁷ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.343 og Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 132

¹⁶⁸ Carl Torp: Dansk Tingsret, 1916, s. 132

være en fysisk eller juridisk person for efter den metafysiske ramme at kunne have en ejendomsret. Derefter er det væsentligt at analysere hvorvidt, der er tale om en enhedskvalitet, som ovenstående blev kritiseret af Alf Ross, eller om ejendomsretten kan deles op i dispositions-, påtale- og interessesubjekt og forholdet til den sjælelige ejendomsret.

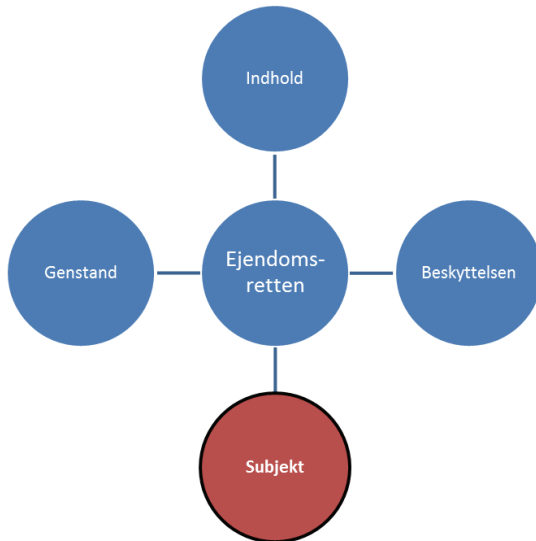
Efter subjektet vil ejendomsrettens indhold analyseres, for at redegøre for, hvilke rettigheder der gives ved en ejendomsret for erhvervsdrivende fonde. Dernæst vil fokus for analysen være genstanden, der tilegner, hvad det er, som er beskyttet af rettigheden. Den sidste del angående beskyttelsen vil kun blive behandlet kort i dette kapitel, da dette kræver inklusion af kapitlerne vedrørende grundlovens beskyttelse af ejendomsretten samt fondslovenes betydning herfor, som er omdrejningspunktet for afhandlingens del 3 omhandlende udledningen af gældende ret.¹⁶⁹

3.4.2 Subjektet

3.4.2.1 Det generelle subjekt

Hensigten med dette afsnit er at belyse ejendomsrettens subjekt. For at dette skal kunne lade sig gøre, må subjektet først defineres, som det ved den metafysiske tilgang bl.a. blev foreskrevet, at en ret betinges af et subjekt, som enten kunne være en fysisk eller juridisk person.

¹⁶⁹ I kapitel 4 udledes gældende ret i forhold til beskyttelsen af stifterviljen i forbindelse med lov om erhvervsdrivende fonde og kapitel 5 omhandler beskyttelsen af ejendomsretten jf. grundlovens § 73



Behandlingen af hvem der udfører de ejer-beføjelser, som medfølger en ejendomsret, vil følge den af Alf Ross opstillede sondring mellem ”Dispositionssubjekt”, ”påtalesubjekt” og ”interessesubjekt”¹⁷⁰, samt et supplement fremsat af Ernst Kauffmann ved dennes analyse fra 1963 i ”Erhvervsdrivende selvejende institutioner” omhandlende ”Kreditorenes adgang til fyldestgørelse”.¹⁷¹

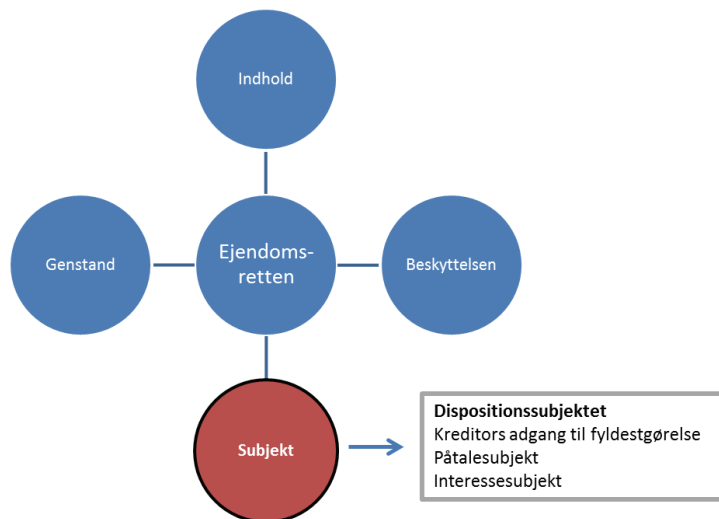
3.4.2.2 Dispositionssubjektet

Ved dispositionssubjektet analyseres ”hvem” der i realiteten disponerer over den erhvervsdrivende fonds ejendele. Hermed inkluderes retten til bl.a. at sælge, oprette forpligtelser etc. I forbindelse med de erhvervsdrivende fonde vil det være åbenlyst naturligt på baggrund af stifterens fundatsbestemmelser at antage, at bestyrelsen af en

¹⁷⁰ Alf Ross: Ret og retfærdighed, 1953, s. 206ff

¹⁷¹ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 287

fond er dispositionssubjektet. Det er den forvaltende funktion, som en sådan bestyrelse udøver, der omfavner fondens samlede dispositioner.



Ernst Kauffmann anvender analogislutningen, at man kan betragte dette dispositionssubjekt lig en situation, hvor der tilkommer en umyndig person en ejendomsret, der derved skal forvaltes eksternt indtil personen bliver myndig. Den erhvervsdrivende fond kan altså anskues som en uendelig umyndig person, hvormed bestyrelsen repræsenterer den/de som på vegne af den umyndige skal forvalte den til den umyndige overgivne formue/rettigheder. Hvis vi således betragter bestyrelsen som en værge, følger det bl.a. af værgemålsloven § 10, at:

”Medens en Forøgelse af den umyndiges Formue som Regel ligger udenfor Værgens Opgave, skal han sørge for, at den Del af Formuen, der er undergivet

*hans Bestyrelse, saavidt muligt bevares i uforringet Stand, samt at den paa bedste Maade frugtbargøres og anvendes til bedste for den umyndige”.*¹⁷²

I hvilken grad, man kan drage en parallel til fulde i forhold til denne beskrivelse af værgens beføjelser, kan diskuteres. Men i hovedtræk må det siges at stemme overens med dispositionsbeføjelsen, der pålægges en fondsbestyrelse. I lov om erhvervsdrivende fonde § 38 skrives der, at:

”Bestyrelsen skal alene varetage fondens formål og interesser. Bestyrelsen skal ud over at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af fondens virksomhed påse, at

1) bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter fondens forhold er tilfredsstillende,

2) der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,

3) bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om fondens finansielle forhold,

4) direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer og

5) kapitalberedskabet til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde fondens nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og bestyrelsen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske stilling og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

*Stk. 2. I fonde, hvor bestyrelsen ikke har ansat en direktion, skal bestyrelsen ud over opgaverne i stk. 1, varetage den daglige ledelse.”*¹⁷³

¹⁷² Lbkg. Nr. 64 af 12. marts 1930, Værgens beføjelser og pligter. Den nuværende § 25 i Lbkg. Nr. 1015 af 20. august 2007 ”Værgen skal sørge for, at formuen bevares og giver rimeligt udbytte”.

¹⁷³ Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde

Helt overordnet skal bestyrelsen altså varetage fondens formål og interesser, der ved stiftelsen er fastlagt af stifteren, hvilket synes at være identisk med en værges ansvar.

Herudover er det bestyrelsens funktion at bevare kapitalen og søge en stabil behandling af investeringskapitalen således, at fondens formue (værgens) ikke risikeres forringet.¹⁷⁴ Der er et yderst stort fokus på forsvarlig kapitalførelse. Dette må siges at være betinget specielt den type af erhvervsdrivende fonde, som ikke driver direkte virksomhed, men yder ejerskab gennem kapitalandele. Bestyrelsen er altså underlagt et specielt fokus på de risici, som føres med denne type ejerskab.

Ved en dispositionsbeføjelse for en værge handler det som ovenstående bestemmelse altså om at beskytte den formue, der til den umyndige er tillagt. Herimod må det anses, at hensynet hos en erhvervsdrivende fond ikke kun omhandler formuen, men formålet som fastlagt i fundatsen. Dette kan anses som værende et argument for den mindre konservative investering, som der formodes at være i de erhvervsdrivende fonde, medmindre selvfølgelig fundatsen og formålet netop skildrer et hensyn i den retning. Men når der bl.a. gives grundlag for uddelinger eller andre almengørende hensyn, fratages det udelukkende fokus på formueforøgelsen/bevarelsen.¹⁷⁵

Det kan altså anskue således, at bestyrelsen i sin funktion som analog værge, skal tage sig af formuen, men i forhold til den umyndiges ønsker altså fondens formål eller andre betingelser, som måtte være fremsat ved vedtægtsbestemmelserne, er der ikke beskrevet en forventet adfærd. Det må altså formodes, at der gælder samme princip som ved funktionen af en værge, nemlig at bestyrelsen har en ret og pligt til at foretage dispositioner, som stemmer overens med almindelig virksomhedsførelse og

¹⁷⁴ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963 s. 257

¹⁷⁵ Ernst Kauffmann fremsætter at "formålet træder i myndlingens sted". Se Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 257

specielt med hensigten at nærme sine dispositioner til fordel for fondets formål mm.¹⁷⁶

At bestyrelsesmedlemmerne har en dispositionsret, giver dem ikke en naturlig ret til at modtage betaling for deres arbejde, de lægger ved denne dispositionsret. Tværtimod har man endda selv for aktieselskaber ikke en decideret ret til at modtage en ydelse for hvervet.¹⁷⁷ Herudover gælder det at være et bestyrelsesmedlem i en erhvervsdrivende fond og specielt ikke erhvervsdrivende fonde ansås i ældre tid for at være et hverv, man pådrog sig frivilligt af ære.¹⁷⁸ Det følger dog af lov om erhvervsdrivende fonde § 49, at der er mulighed for at indskrive det i fondets vedtægter, at et honorar skal tildeles de udpegede bestyrelsesmedlemmer.¹⁷⁹ Det kan endda ske at der i fonde, hvor vedtægterne ikke taler herom efter forespørgsel hos fondsmyndigheden, vil tilkendes godkendelse af et moderat vederlag.¹⁸⁰ Fondsmyndigheden har endvidere beføjelse til at nedsætte vederlaget til bestyrelsesmedlemmerne, hvis det synes at være for højt jf. lov om erhvervsdrivende fondes § 49, stk. 2. Dette må siges netop at være til for at sikre, at kapitalen bliver brugt forholdsmæssigt og med udgangspunkt i stifterens interesse.

Selve udpegningen af bestyrelsesmedlemmerne sker som oftest første gang på baggrund af stifterens ønske om hvilke personer, der skal udgøre den første bestyrelse. Herefter er det normalt således, at bestyrelsen er selvsupplerende, da der jo ikke forefindes en generalforsamling. Selvsuppleringen sker oftest ved, at et udtrædende bestyrelsesmedlem selv anbefaler sin successor på baggrund af kvalifikationer etc. Men nogle gange er der indskærpelser i den mulige

¹⁷⁶ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 259 samt 154ff

¹⁷⁷ Det følger af bl.a. Højesteretsdom U.f.R 1958 s. 574 at bestyrelseshonorar ikke kan påkræves for aktieselskaber.

¹⁷⁸ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 262

¹⁷⁹ Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 49 "*Vederlag til medlemmer af ledelsen må ikke overstige, hvad der anses for sædvanligt efter hvervets art og arbejdets omfang, og hvad der må anses for forsvarligt i forhold til den erhvervsdrivende fonds og i moderfonde koncernens økonomiske stilling.*"

¹⁸⁰ Anders S. Ørsted: Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed VI, 1835, s. 480. For mere se Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 259-264.

overdragelsesret af dispositionsretten. Dette følger eksempelvis når en stifter anlægger klausuler i vedtægterne angående hvilken profession bestyrelsessammenslutningen skal have, muligheden for medarbejderrepræsentation eller hvor stifter har afgivet successionsretten til en udestående forvaltning f.eks. et offentligt organ eller forskningsinstitution.¹⁸¹ I disse tilfælde må stifters vilje respekteres og bestyrelsens nye medlemmer bør findes på behørig vis i overensstemmelse med vedtægtsbestemmelserne. I lov om erhvervsdrivende fonde har man ved stiftelseskraevne i § 27 netop anført, at der ved stiftelsen skal angives, hvor mange bestyrelsesmedlemmer, der skal være i fonden, samt hvorledes disse udpeges.¹⁸²

Den juridiske person har som fond ikke nogen ejere og derved ikke nogen, der som sådan kan træffe beslutninger angående bestyrelsessammenslutninger samt andre relevante beslutninger, der normalt ved et aktieselskab skal besluttes på generalforsamlingen. Ydermere er bestyrelsen selvsupplerende, hvilket mindsker kontrollen med bestyrelsens beslutninger. Dette gør det nødvendigt i fundatsen for så vidt muligt at nedskrive regler vedrørende bestyrelsens beslutningstagen og dermed regler vedrørende hvilken type flertal, der skal til, før beslutninger kan anerkendes som gyldige. Hovedreglen for bestyrelsens beslutning følger på nuværende tidspunkt et simpelt flertal, men derfor er det vigtigt for stifteren at tage stilling til, om bestyrelsen som dispositionssubjekt kan nøjes med et simpelt flertal, eller om der i visse situationer ønskes et større flertal.¹⁸³

Vigtigt for den erhvervsdrivende fond og dennes bestyrelses dispositionssubjekt er netop, hvorledes denne disposition forpligtes overfor tredjemand, altså hvorledes

¹⁸¹ Lennart Lyng Andersen: Fra stiftelse til fond, 2002, s.196 og 314

¹⁸² Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 27, stk. 1, nr. 7

¹⁸³ Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 53, stk. 1 *"Bestyrelsen er beslutningsdygtig, når over halvdelen af samtlige medlemmer af bestyrelsen er repræsenteret, hvis der ikke efter vedtægten stilles større krav. Beslutninger må dog ikke træffes, uden at samtlige medlemmer af bestyrelsen har haft adgang til at deltage i sagens behandling."*

bestyrelsen på vegne af den erhvervsdrivende fond kan forpligte denne overfor omverdenen. I erhvervsfondsloven skrives det, at bestyrelsen individuelt eller i forening kan forpligte fonden udadtil jf. § 68, men at det er muligt i netop vedtægterne at statuere andre gældende retningslinjer. Hvis fondsbestyrelsen kun i samlet egenskab kan forpligte fonden, vil det således være ved flertallets beslutning jf. ovenstående og mindretallet vil i disse tilfælde blive pålagt den forpligtelse, som gennemføres af flertallet ved afstemningen.¹⁸⁴

Det er dog sådan at uanset hvad, kan fonden ikke blive forpligtet overfor tredjemand, trods dennes gode tro, hvis forpligtelsen ligger uden for det, som måtte forstås ved formålsbestemmelserne i vedtægterne. Således sikres fonden overfor eventuelle forpligtelser, bestyrelsen måtte foretage, der ikke opfylder de i fundatsen bestemte formål. Dette følger af aftalelovens generelle fuldmagtsbestemmelser. Grundlaget herfor er, at det specielle forhold at fuldmagten gives af fonden som juridisk person, gør, at fuldmagten i sin natur vil være bundet af vedtægterne og derfor ikke kan tillades eller antages at række ud over, hvad der kan udledes af vedtægterne. Dette kan ligeledes ses ved § 63 og § 68 i erhvervsfondsloven, hvortil ledelsen ikke må træffe beslutninger, der giver dem selv en fordel på fondens bekostning, ej heller beslutninger, som netop strider mod vedtægten.¹⁸⁵ Det følger altså, at en disposition foretaget af formanden (hvis denne besidder signaturretten) ikke kan stå alene, men må fortolkes jf. formålsbestemmelserne.

”Formålsangivelsen danner indadtil grænsen for selskabsorganernes adgang til at anvende selskabets midler eller pådrage det forpligtelser – udadtil over for tredjemand ydergrænsen for ledelsens fuldmagt til at forpligte selskabet.”¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 275

¹⁸⁵ Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 63, stk.1

¹⁸⁶ H. B. Krenchel: Håndbog i dansk aktieret, 2. udgave ved Estrid Jacobsen, 1954, s. 48-49

Overskrides denne grænse, kan tredjemand rejse krav overfor bestyrelsen/den signaturberettigede. I sådanne tilfælde gælder det dog, at bestyrelsens medlemmer, som måtte have stemt imod en sådan aftale, ikke kan gøres ansvarlige og det må derfor påhvile de af bestyrelsen, som reelt har dannet det afgørende flertal.¹⁸⁷

Om der er tale om tredjemands involvering eller bare bestyrelsens beslutninger i andre henseender, er det nødvendigt, at man fra et eksternt organ har muligheden for at overvåge ledelsens/bestyrelsens beslutninger. Behovet herfor er helt grundlæggende, idet der i modsætning til andre ejerskabsformer ved fonden ikke findes ejere til at føre denne kontrol. Hvis der ikke ville føres kontrol med bestyrelsen, ville man kunne risikere, at bestyrelsen handlede mod vedtægterne for egen vindings skyld. En sådan overvågning kan føres i formater. Man har for erhvervsdrivende fonde valgt, at denne overvågning skal ske fra fondsmyndighedens side jf. lovens § 24. Udover selve overvågningen af fonden og at lovgivningen ikke bliver brudt, er det interessant i denne sammenhæng at anskue søgsmålskompetencen overfor fondens bestyrelse altså dispositionssubjektet.

Fokus ved en eventuel domstolsprøvelse er, at man ved domstolene kan teste, hvorvidt ledelsen af fonden har handlet udover, hvad der er dem berettiget jf. vedtægterne. Det følger endvidere, at man ikke kan prøve ledelsen, så længe dennes handlinger ligger indenfor fondens vedtægter samt gældende ret. Dispositionssubjektets handlinger er altså det, som kan afprøves ved domstolen. Der vil derfor i korte træk her anføres de forskellige parter, som udover det offentlige tilsyn kan have interesse i at stå i sagsøgers sted og dennes søgsmålskompetence. Dette udelukkende for at indramme i hvilken grad dispositionssubjektet kan ”angribes”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 276

¹⁸⁸ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 282-287

3.4.2.3 Søgsmålskompetencen

Der kan ikke rejses tvivl om søgsmålskompetencen, når der er tale om, at en sag rejses fra en af ledelsens medlemmer, for at søge prøvet, hvorvidt en beslutning foretaget i ledelsen, er i overensstemmelse med gældende ret samt vedtægterne. En anden mulig part, som ville have interesse i at teste ledelsens beslutning, kunne være stifteren af fonden selv. Der tænkes her på, når denne ikke selv sidder som part i ledelsen, men blot fungerer som tidligere donator. I sagen om ”Risegaard Legatstiftelse”¹⁸⁹ fandt domstolen, at stifter havde søgsmålskompetence. I denne sag var der dog tale om, at stifter i fundatsvedtægterne havde skrevet, at beslutninger, der ændrede fundatsen, skulle godkendes af stifter selv, så længe han måtte være i live. Bestyrelsen havde med et flertal på 4 ud af 5 bestemt at afværge en tvangsauktion, som stifter havde pant i. Beløbet anvendt hertil, 2800 kr., krævedes af stifteren tilbagebragt i fonden. Bestyrelsen fremsatte, at stifteren ikke havde søgsmålskompetence. Domstolen afgjorde spørgsmålet om søgsmålskompetence til fordel for stifteren på baggrund af, at han som stifter bør have ret til at overvåge, hvorvidt bestyrelsens handlinger er i overensstemmelse med fondens formål. Domstolen fandt dog ikke, at bestyrelsen var gået ud over deres dispositionsret.¹⁹⁰ Dommen er et glimrende eksempel på, at man må formode, at stifter i sin egenskab af at være skribenten bag fundatsen besidder søgsmålskompetence til at anklage bestyrelsen for handlinger, der måtte stride imod disse vedtægter og dermed imod fondens formål.

Når man tænker på sammenligningen med forholdet mellem værge og umyndige, giver ovenstående stifterret god mening. Jf. Værgemålslovens § 26 skal værgerne inddrage den umyndige i væsentlige beslutninger, så længe denne er over 15 år og forstår sagens indhold.

¹⁸⁹ Øste Landsret, U.f.R. 1930 s. 398

¹⁹⁰ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 283

I ovenstående eksempel ser vi en stifter, der ønsker at godkende beslutninger relaterede til vedtægtsændringer, så længe han lever, men hvad sker der efter stifters død? Har familiemedlemmer på baggrund af deres relation til stifteren søgsmålskompetence?¹⁹¹ Hvor langt denne kompetence går i forhold til relationens rækkevidde er usikkert, hermed inkluderet om søgsmålskompetencen besiddes af familiemedlemmer, som ikke har direkte bånd med stifteren (som ses ved f.eks. arveret og skatteret værende lige vertikal relation og eventuelt gældende søskende). Ligeledes hvor længe en sådan søgsmålskompetence vil kunne gælde efter stifters død, hvor man kunne tænke sig, at et oldebarn ville anlægge sag, selvom denne aldrig havde kendt stifter i levende live.

Det ses i flere fonde, at familiemedlemmer står til at nyde af fondens uddelinger bl.a. via støtte til uddannelse, beboelsesret i fondsejede ejendomme etc. I disse tilfælde vil familiemedlemmerne, som subjekter for uddelingsformålene have søgsmålskompetence jf. ovenstående. Hvis formålssubjekterne derimod ikke synes at være i relation (i forhold til ovenstående omkreds), kan disse ligeledes antages at besidde søgsmålskompetence? Betydningen heraf er eksistentiel, da flere af de større erhvervsdrivende fonde uddeler store summer til bl.a. forskningsinstitutioner, hvormed det er nødvendigt at vide, om disse også besidder søgsmålskompetence. Som udgangspunkt må man hertil anføre, at disse som udgangspunkt må have søgsmålskompetence, så længe de har retlig interesse heri.¹⁹²

En sidste yderst relevant gruppe, når det handler om søgsmålskompetence, er revisionen. Uanset om denne revision foretages internt eller eksternt, er denne i besiddelse af information, som netop giver denne gruppe indsigt i ledelsens arbejder. Det er bl.a. herfor, at denne gruppe af naturlige årsager har søgsmålskompetence, når

¹⁹¹ I litteraturen har der været opbakning i forhold til dette spørgsmål fra bl.a. Frederik V. Kruse: *Ejendomsretten* 1. udg., 1929, II. Side 515 og 3. udg. (1951) I side 523), Erik M Goldschmidt (U.f.R. 1950 B. side 132) samt Ernst Kauffmann: *Erhvervsdrivende selvejende institutioner*, 1963, s. 284).

¹⁹² Ernst Kauffmann: *Erhvervsdrivende selvejende institutioner*, 1963, s. 285

det kommer til dispositionssubjektets overtrædelse af dennes råderum.¹⁹³ Her kan endvidere peges på revisors søgsmålskompetence ved aktieselskaber samt andre juridiske personer.¹⁹⁴

Dispositionssubjektet omhandler dermed både hvem, der har den reelle dispositionsret over ejendomsretten samt søgsmålskompetencen for, at denne ret ikke udmøntes korrekt. Man kan altså fremføre, at der endnu engang er tale om en ret og pligt. Retten til at disponere og pligten til at følge denne ret, medmindre retten gribes fejlagtigt an, da vil man som pligtsubjekt i vid grad have søgsmålskompetence mod dispositionens gyldighed i forhold til vedtægterne for fonden.

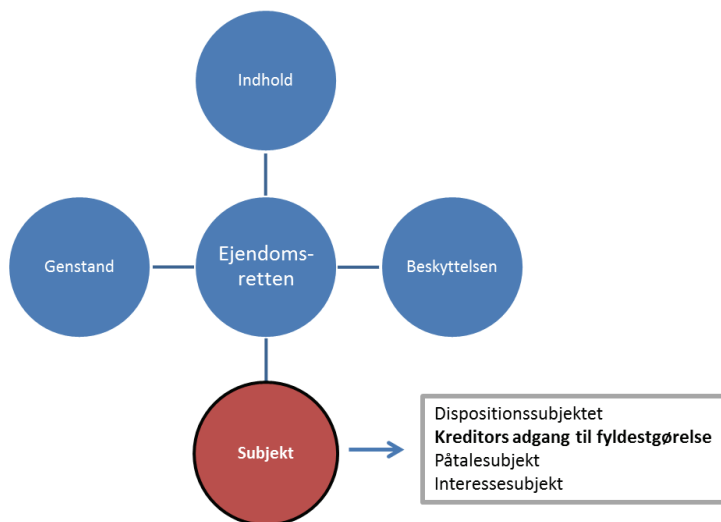
Skal man sammenfatte dispositionssubjektet for den erhvervsdrivende fond, kan det altså udledes, at forholdet i vid grad minder om forholdet mellem en værge og en umyndig person. Dér hvor de adskiller sig, omhandler graden af indflydelse fra den umyndige/stifteren. Ser man nærmere på dispositionssubjektet i forhold til selve ejendomsretten, kan man således se, at bestyrelsen reelt indtræder i en rolle, der ligner forholdet mellem den aktuelle ejendomsrettighedshaver i et stamhus. Dér, hvor bestyrelsen adskiller sig fra stamhuset, er i forhold til overdragelsen af den aktuelle ejendomsret. For den erhvervsdrivende fond, må dispositionssubjektet ses mere flydende ved udskiftning af bestyrelsesmedlemmer. Samtidig hermed må det kunne siges, at der ligger den forskel, at ved ophøret af en erhvervsdrivende fond i modsætning til stamhuset, kan den aktuelle rettighedshaver ikke frit disponere over ejendomsretten, da den stadig er betinget af stifterviljen. For stamhusene gjaldt det, at den sidste arving fik den fulde ejendomsret, hvorimod formålet skal udleves til den bitre ende ved erhvervsdrivende fonde. Bestyrelsen er betinget af stifterviljen og altså hensigten med den erhvervsdrivende fond og har ligesom i værge eksemplet ikke ret

¹⁹³ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 286

¹⁹⁴ Se blandt andet revisors forpligtelser i Selskabslovens kapitel 9 – Lbkg. nr. 1089 af 14/09/2015, Bekendtgørelse af lov om aktie- og anpartsselskaber, nærmere § 147 og 149

til at disponere til skade for formuemassen, eller som i stamhusets tilfælde den fremtidige eventuelle rettighedshaver. Som dispositionssubjekt har bestyrelsen i den erhvervsdrivende fond altså en betinget ejendomsret, der skal overvåges af fondstilsynet og skulle kunne stå til ansvar overfor stifter og dennes descendenter i tilfælde af søgsmål angående overtrædelse af denne betingede ejendomsret.

3.4.2.4 Kreditorernes adgang til fyldestgørelse



For at kunne danne det komplette overblik over den erhvervsdrivende fond som rettighedssubjekt, er det nødvendigt også at vende blikket mod dennes kreditorer og fyldestgørelsen for fondens forpligtelser. Det følger ligesom ved andre rettighedssubjekter i dansk ret, at den erhvervsdrivende fond hæfter for alle forpligtelser denne har indgået, dette værende sig de forpligtelser den ved stifters vedtægtsbestemmelser måtte være sig pådraget samt dem, der måtte være blevet

indgået af de signaturberettigede (se ovenstående afsnit om dispositionssubjektet).¹⁹⁵ Det må altså gælde, at det i hovedreglen vil være sådan, at kreditorer kan søge fyldestgørende i fondens aktiver, som var dette enhver anden juridisk person (forening eller des lignende). Dog gælder det ved dansk ret, at det er muligt ved overdragelse af formuegoder at kræve en båndlæggelse ved viljeserklæringer (som oftest set ved testamenter). Denne båndlæggelse er ligeledes mulig ved oprettelsen af erhvervsdrivende fonde. Stifter kan i vedtægtsbestemmelserne foretage en båndlæggelse af selve grundkapitalen.¹⁹⁶ Dette medfører altså, at den bundne kapital er frataget dispositionssubjektet at stille til rådighed/risikere for eventuel senere kreditorfølgelse.

Udover hvad der måtte være af interesse for kreditorerne til at søge fyldestgørelse i fondens formue, vil disse også have interesse i at søge eventuel fyldestgørelse hos personer relateret til virksomheden. Det er normalt set i dansk ret, at kreditorer blandt andet ved interessentskaber ikke kun kan søge fyldestgørelse i interessentskabets egentlige aktiver, men ligeledes hos personkredsen bag interessentskabet, da disse som oftest hæfter personligt for tab relaterede til forpligtelser, som måtte være indgået på interessentskabets vegne.¹⁹⁷ Det er muligt for en kreditor ved kontraktindgåelse at række ud over, hvad der normalt må anses for gældende for kreditorer ved erhvervsdrivende fonde. Fondens bestyrelse kan nemlig på kreditors krav (dog kun ved kontraktindgåelsestidspunktet) kræves at hæfte personligt. Hvor ofte dette sker, er uvist og der må antages at foreligge specielle omstændigheder, før en bestyrelse vil gå ind i et sådan kontraktforhold. Normalt vil en kreditor ikke kunne kræve sit krav for fyldstgjort i bestyrelsesmedlemmernes private formuer, da disse (som i modsætning til f.eks. interessentskaber) hverken står i en ejerskabsrelation til den erhvervsdrivende fond, eller på anden måde personligt nyder fordel af

¹⁹⁵ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 287

¹⁹⁶ Se her blandt andet Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 27, stk. 1, nr. 7

¹⁹⁷ Lbkg. nr. 1295 15/11/2013, Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 2

dispositionerne. Selvfølgelig kan der være tale om, at en kreditor kan gå mod bestyrelsen i de tilfælde, hvor bestyrelsen måtte findes at have foretaget beslutninger/handlinger, der kan anses som ansvarspådragende ud over, hvad der måtte af loven være tilladt.¹⁹⁸ Spørgsmålet er herefter, om det vil være muligt for kreditor at forfølge stifter? Ligesom det fremstår med kreditors ret til at forfølge sine fordringer mod ledelsen/bestyrelsen i fonden, således gælder den begrænsede mulighed herfor også, når det gælder overfor stifter, så længe oprettelsen af fonden findes at være i overensstemmelse med loven. Kreditorer kan altså ikke gå efter stifteren selv, som daværende ”ejer” af den til fonden afgivne formue/aktivmasse.¹⁹⁹

Der hvor der i praksis kan foreligge et problem er, hvis man udnytter fondskonstruktionen som risiko element i sin planlægning. Hermed tænkes der på, at der overdrages en række aktiver i en fondskonstruktion, hvorefter denne søger sit formål opfyldt, men at dette formål egentlig udgør en funktion, der er ønsket af den oprettende juridiske eller fysiske person. Hermed fungerer fonden som et selvstændigt juridisk rettighedssubjekt, men udfører altså en aktivitet, som ønsket af den stiftende part til gavn for dennes forretninger. Problemet opstår heri, at en kreditor som sådan stadig ikke vil kunne gå til den stiftende part for at søge sine forpligtelser opfyldt, hvis fonden f.eks. fandtes insolvent.²⁰⁰

3.4.2.5 Påtalesubjektet

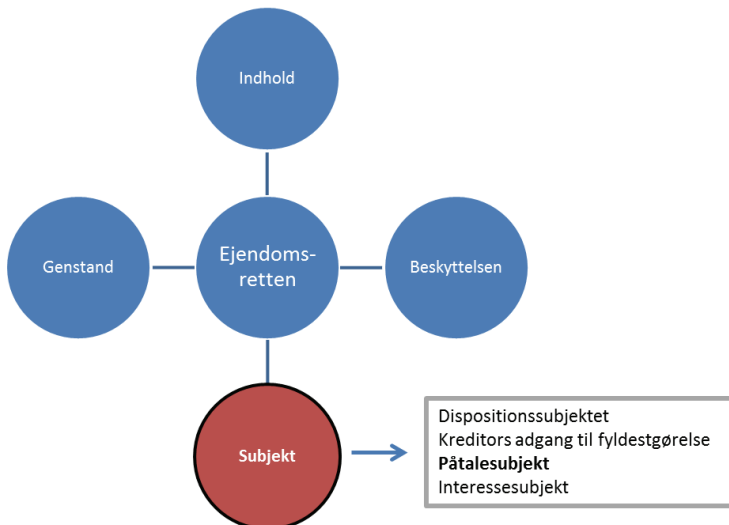
Den tredje del i denne frembringelse af hvad der bør afdækkes, når et rettighedssubjekt skal analyseres, omhandler det såkaldte påtalesubjekt. Det er i ovenstående blevet redegjort for, hvem der kan disponere over handlinger i den

¹⁹⁸ Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 126 ”Stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet den erhvervsdrivende fond skade, er pligtige at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet tredjemand.” se også Ernst Kauffmann (1963) s. 290

¹⁹⁹ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 288f

²⁰⁰ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 293

erhvervsdrivende fond, samt hvordan sådanne handlinger står i forhold til aftaleparters ret til at forfølge eventuelle forpligtelser som værende fondens kreditorer. Det tredje element ”påtalesubjektet” omhandler i stedet nu den erhvervsdrivende fonds rettighed til at håndhæve dennes rettigheder, altså retten til at føre en sag for retten samt værnetingsreglerne, der følger hermed og hvorledes denne kan stævnes som sagsøgt.²⁰¹



Grundlæggende for de erhvervsdrivende fonde gælder, at deres værneting tilsluttes den retskreds, hvor deres hoved-forretningslokale er jf. Retsplejelovens § 238 stk. 1, hvormed

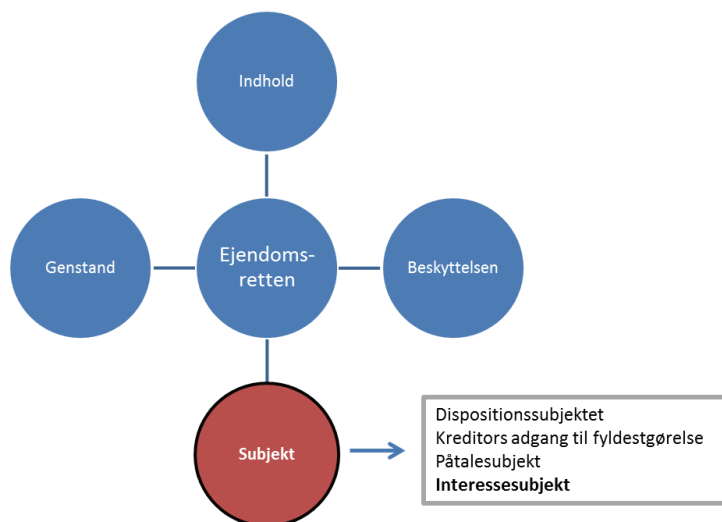
”Selskaber, foreninger, private institutioner og andre sammenslutninger, der kan optræde som part i retssager, har hjemting i den retskreds, hvor

²⁰¹ Se blandt andet her kapitel 14 i Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde og nærmere § 127

*hovedkontoret ligger, eller, hvis et sådant ikke kan oplyses, i den retskreds, hvor et af bestyrelsens eller direktionens medlemmer har bopæl.*²⁰²

Det vil sædvanligt være således, at man adresserer et søgsmål til fonden og ikke til bestyrelsesmedlemmerne, ligesom dette også vil være det normale at anføre, når fonden selv er den sagsøgende part.²⁰³

3.4.2.6 Interessesubjektet



”Nu er det vel efter sagens natur klart, at kun mennesker er i stand til at udøve den aktivitet, der forudsættes for at kunne fungere som påtale- og dispositionssubjekt ... der (er) intet i vejen for, at det efter gældende ret anerkendes, at også andet end en vis menneskelig interesse kan være den, der

²⁰² Lbk. Nr. 1308 af 09/12/2014, Retsplejeloven

²⁰³ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 297

*varetages gennem rettigheden ... til fremme af et vist objektivt formål, fx et monuments vedligeholdelse”.*²⁰⁴

Således skriver Alf Ross om forståelsen af interessesubjektet. Han uddyber med en forklaring om, at det ikke er den, til hvem formålet er til gavn for, som er interessesubjektet, men formålet i sig selv.²⁰⁵ Hvis vi ser dette i forhold til de tidligere tre afsnit, kan man således sige, at Alf Ross med sin tredeling af rettighedssubjektet (tilført her kreditorbeskyttelsen jf. Ernst Kauffmann) søger at danne rammen om en enkelt rettighed. Hvis man anskuer det i forhold til de reelle aktører, så er dispositionssubjektet altså, hvem der har udøvelsesretten, kreditorbeskyttelsen, er hvorledes rettigheden er beskyttet mod indgreb²⁰⁶, påtalesubjektet omhandler, hvorledes rettigheden skal behandles ved rettergang og interessesubjektet er ønsket og hensigten med rettigheden. Både Alf Ross og Ernst Kauffmann lægger vægten på formålet ved fonden som værende interessesubjektet. Det kan dog betvivles, om hvorvidt formålet kun kommer til udtryk i den/de vedtægtsbestemmelser, som direkte anføres som formål i fundatsen. Hensigten for stifteren må siges at kunne gå videre end kun disse formålsbestemmelser. Der ses bl.a. i adskillige vedtægter, at stifter decideret har nedlagt forbud eller påbud angående ejerandelene i det fondsejede selskab eller sætter mindstekrav op for f.eks. en bestyrelsessammensætning og dennes kompetencer.²⁰⁷ Selvom stifter i selve formålet eksempelvis ikke har påkrævet et 100 % ejerskab af den fondsejede virksomhed, vil det ikke give mening for stifter at lave et påbud og derved begrænse bestyrelsens, hvis han ikke har en hensigt med dette påbud. Man bør derfor inkludere disse personlige karakteristika i interessesubjektet, da de hører med til at danne den egentlige hensigt med fonden.

²⁰⁴ Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 219-220

²⁰⁵ Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 215f

²⁰⁶ Forstået på den måde at kreditorernes krav på fyldestgørelse sikrer en ekstra form for overvågning af kapitalen

²⁰⁷ Dette var gældende i forhold til Carlsbergfondet – se kapitel 2

Rammen ændrer sig dog en smule, hvor interessesubjektet kan udsættes for angreb i den forstand, at stifter har pålagt nogle descendenter en rettighed til at erhverve et aktiv eller en pengefordring. Disse descendenter kaldes for formålssubjekter.²⁰⁸ Det kan her siges, at dispositionssubjektet (ledelsen) står mindre frit for deres allokering af udbytter, end hvor der udelukkende er tale om formål af generel karakter.²⁰⁹ I det sidstnævnte tilfælde vil det helt og aldeles være op til dispositionssubjektet (ledelsen) at søge interessesubjektet opfyldt i videste forstand, som i fondsrelationen vil betegnes stiftertiljen.

Interessesubjektet kan altså siges at være identisk med stiftertiljen og altså formålet samt hensigten med fonden. I ejendomsretligt henseende virker interessesubjektet altså som den sjælelige ejendomsret, ligesom tilfældet var med stamhuse, fonde og legater. Stiftertiljen kan altså sidestilles med formål, hensigt, men også den umyndige i det relaterede retsforhold. På denne baggrund kan det fastlægges, at stiftertiljen er en del af ejendomsretten – den sjælelige, og den overordnede normstruktur, som skal respekteres af omverdenen, deriblandt fondsbestyrelsen.

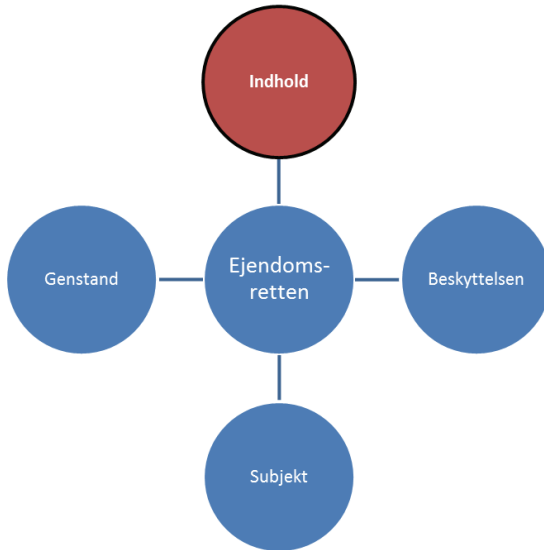
Sammensætningen af de to kerner af subjekterne i forhold til denne afhandling – dispositionssubjektet og interessesubjektet – giver et billede af, at de erhvervsdrivende fondes ejendomsretlige subjekter ligner dem, vi kender fra stamhuse, bortset fra det faktum at stiftertiljen også skal følges ved opløsning af en erhvervsdrivende fond.²¹⁰

²⁰⁸ Se her Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 28 *"Bestemmelser i en vedtægt, der tillægger medlemmer af en bestemt familie eller visse familier fortrinsret til uddeling, har ikke retsvirkning efter deres indhold i det omfang, fortrinsretten rækker videre end til personer, der lever på stiftelsestidspunktet, og til en i forhold til disse ufødt generation."*

²⁰⁹ For afgørelser se Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 301-303

²¹⁰ For sammenligninger mellem erhvervsdrivende fonde og stamhuse, fideikomisser mv, se kapitel 4, afsnit 4.2.3.2 "Registreringen, formålet og familien".

3.4.3 Indhold



Ovenstående afsnit omhandlede subjektet og de elementer, det består af. Om en stiftelse eller fond i egenskab af en selvejende institution inkluderer, at der er tale om en juridisk person, kan der ikke sås tvivl om.²¹¹ Det, der vil blive behandlet i dette afsnit er, hvorledes vi skal forstå indholdet af ejendomsretten for denne juridiske person. Ved at skulle behandle og analysere ejendomsretten for en erhvervsdrivende fond er det nødvendigt at forstå rettighedernes relation til den juridiske person. Hermed, hvorledes de beføjelser, som knytter sig til en rettighed, altså ejer beføjelser, udfolder sig i forhold til den juridiske person. Således følges det af den realistiske retsteori jf. Kauffmann, at:

²¹¹ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 78

*”såfremt man imidlertid anlægger en realistisk betragtningsmåde på begreberne ”ejer” og ”ejendomsret” ... tilkommer (der²¹²) den pågældende visse reelle beføjelser over vedkommende ”gode”: 1) til at råde faktisk (”indad”) over det; 2) til at sælge og pantsætte det, låne eller leje det ud o.s.v. (råde ”udad”); 3) til at stifte gæld, også ved retsbrud, der kan søges fyldestgjort deri; og 4) til at lade godet falde i arv”.*²¹³

Der er ingen tvivl om, at de erhvervsdrivende fondes tilværelse er betinget af den overdragne formue, hvormed man har ønsket at oprette den juridiske person. Denne formue sætter derfor naturligt et grænsefelt for retsevnen, som den erhvervsdrivende fond har mulighed for at udøve via rettigheder og forpligtelser.²¹⁴ Og i hvilken udstrækning disse ejerbeføjelser for den juridiske person kan siges at stemme overens med dem, der vil følge af en reel person.

Rettighedens indhold er opdelt i to forskellige forhold. Den første del omhandler i realiteten subjekterne, som fremført ovenfor. Indholdet af en ejendomsret skal altså fordeles på de forskellige subjekter således, at man via indholdet af ejendomsretten ved hvilke subjekter, der medfølger af denne ret. Den anden del, som kaldes det specifikke indhold, har til formål at specificere, hvilken ejendomsret de pågældende subjekter så har – altså tildele dem en reel rettighed, eller som også beskrevet ovenstående give andre en pligt til ikke at udnytte denne ret.²¹⁵ Grundlæggende omhandler indholdet det, hvormed rettighedshaveren kan handle.

²¹² Egen Red.

²¹³ Se definition under ovenstående afsnit om ejendomsrettens historie ved Code Civil og tyske BGB samt Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 185-186 (Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 8-14) Opdelingen er nødvendigvis ikke den mest korrekte måde at opføre indhold på, da det kommer an på hvad man ønsker opdelingen skal repræsentere, men denne giver et overskueligt syn på indholdsbestemmelserne og stemmer overens med ejendomsrettens indhold i økonomisk teori – se kapitel 7

²¹⁴ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 254 og forholdet til den af formålet/sjælelige ejendomsret medfølgende begrænsninger.

²¹⁵ Alf Ross: Ret og retfærdighed, 1953, s. 221

Når indholdet skal anskues i forbindelse med en erhvervsdrivende fond, er indholdet dog helt specielt. Stifteren har før stiftelsen den fulde råderet over den formue, der efterfølgende vil tilkomme fonden. Dvs. han indholdsmæssigt kan råde både indad, udad, stifte gæld med formuen eller lade den falde i arv.²¹⁶ Stifter har altså på daværende tidspunkt den fulde ejendomsret til formuen eller i de fleste tilfælde ejerandelene af en virksomhed. Indholdet af ejendomsretten over denne formue eller ejerskab kan da siges at være uden begrænsninger i udgangspunktet. De eneste begrænsninger der kan forekomme, må findes i blandt andet gældende regulering på stiftelsestidspunktet. Men for klarhedens skyld har han altså fuldstændig ejendomsret over den formue, han besidder.

Ved stiftelsen af fonden vælger stifter at overdrage sin formue (ved eksempelvis arv) til en af ham eller dennes rådgivere opført juridiske selvejende person – fonden. Michael Hansen Jensen beskriver dette således:

”Den selvejende institution er alene en juridisk konstruktion, der sikrer, at stifterviljen får retlig eksistens – den er den nødvendige >>retstekniske<< ejer af den henlagte formue – og bestyrelsen er alene forvalter af formuen.”²¹⁷

Det må altså kunne siges, at der er forskel på den ejendomsret, stifter har før overdragelsen og den ejendomsret, der tilegnes en stiftelse eller fond. Forskellen ligger primært i netop rettighedens indhold. Den juridiske person, som i ovenfor citat er frembragt, antager nemlig ikke den fulde ejendomsret over den formue, som er den tillagt, men kun i det omfang, som indholdet af bestemmelserne i vedtægterne for den juridiske person tillader. Hermed kan det altså siges, at indholdet definerer den

²¹⁶ Se ovenstående afsnit ang. definition af ejendomsretten

²¹⁷ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 408

aktuelle ejendomsret, men også grænserne for denne, da der skal tages højde for den eventuelle ejendomsret.²¹⁸

Da den juridiske person i sig selv ikke har en personlighed og derfor ikke i sin egenskab af sin "retstekniske" tilstand kan agere som et individ, er det netop indholdet, som skal repræsentere denne manglende personlighed ved at beskrive, hvorledes ejendomsretten i et defineret omfang skal, bør og må behandles af den eller de subjekter, som måtte kunne være aktør på fondens vegne. Der kan altså siges at være tale om en betinget ejendomsret; subjekternes betingede ejendomsret. Formuen forringes ikke ved fondsdannelsen, men fondens grad af frihed til at råde over retten begrænses jf. indholdet.²¹⁹

Udover den del af indholdet som stifteren bestemmer, er der dog også en reel juridisk begrænsning i forhold til fonde og indholdet af ejendomsretten. Alf Ross opstiller i hans udgave af indhold også rettigheden for mulig overdragelse af rettigheden ved testamente eller anden form for overdragelse. Dette inkluderes ikke som et element, da den erhvervsdrivende fond som juridisk person er underlagt stifterens vedtægter og derved ikke besidder denne ejer beføjelser, selvom formuen er uigenkaldeligt adskilt fra stifteren.²²⁰

Når man har borttaget funktionen at videregive retten til tredjepart fra de ovenfor anførte 4 dele af indholdet, findes 3 tilbage. At råde indad, at råde udad og stifte gæld. Denne opdeling er dog lavet på baggrund af en fuld ejendomsret tilegnet en fysisk eller juridisk person.²²¹ Det er essentielt i relation til den betingede ejendomsret, som ses ved fonde, at interessesubjektets interesse bliver repræsenteret i

²¹⁸ Der som ovenfor beskrevet for de erhvervsdrivende fonde, må anses for at være det løbende bestyrelsesarbejde.

²¹⁹ Formuen kan siges at begrænses i forhold til udgifter og skatter i forhold til overdragelsen til fondsformen, men dette er ikke af relevans i forhold til indholdsbestemmelserne.

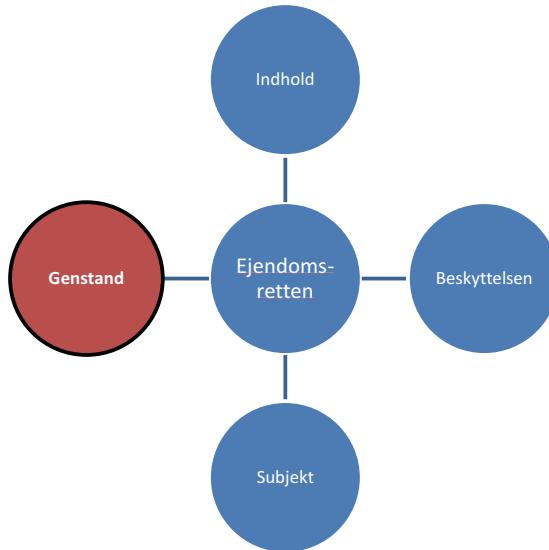
²²⁰ Alf Ross: Ret og retfærdighed, 1953, s. 214 sammenholdt med Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 255f

²²¹ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 9f

indholdet. Stifterviljen som den kan betegnes og vil blive anvendt i følgende kapitler, synes at være den mest betydningsfulde del af indholdet. Interessesubjektets hensigt vil som hovedregel være fremsat ved formålsbestemmelserne i vedtægterne, men kan ikke udelukkes at gå videre end disse. Hver eneste bestemmelse må forventes at være udformet med en bagvedliggende tanke, hvorfor interessesubjektets må siges at være repræsenteret ved hele indholdet og ikke kun dele heraf. End også af den del af formuen eller ejendomsretten, som ikke af fonden og dennes repræsentation ved bestyrelsen har rod i interessesubjektet og dermed stifterviljen.

At vedtægterne derefter kan have klare eller mindre klare opdelinger af de 3 indholdsdele, som nævnt ovenfor, har betydning for fondes virke og fordelingen af rettigheder og pligter. Men det er interessesubjektet og altså helheden, som bør anses som hensigten med udnyttelsen af ejendomsretten og beskrivelsen af dennes indhold i forhold til erhvervsdrivende fonde.

3.4.4 Genstand



Genstanden er som ovenfor fremført den materielle eller immaterielle del/element som ejendomsretten hæfter sig ved.²²² Ved en erhvervsdrivende fond vil genstanden altså, som regel være givet ved mængden af aktier mv., som stifteren overdrager til den juridiske person – altså ejerandele over en virksomhed. Om der eventuelt skulle tilknyttes en række andre materielle og specielt immaterielle rettigheder som patenter eller lignende til virksomheden, vil det være en selvfølge at disse medfølger. Der er dog eksempler på, at genstande i forbindelse med fondsoverdragelse kan være medfulgt af betingelser. Et eksempel herpå kunne tænkes at være en brugsret over en landejendom, som ved stamhusene.²²³ Selvom genstanden, altså ejendommen og måske det dertilhørende landbrug er overdraget til en fond, kan stifter i indholdet

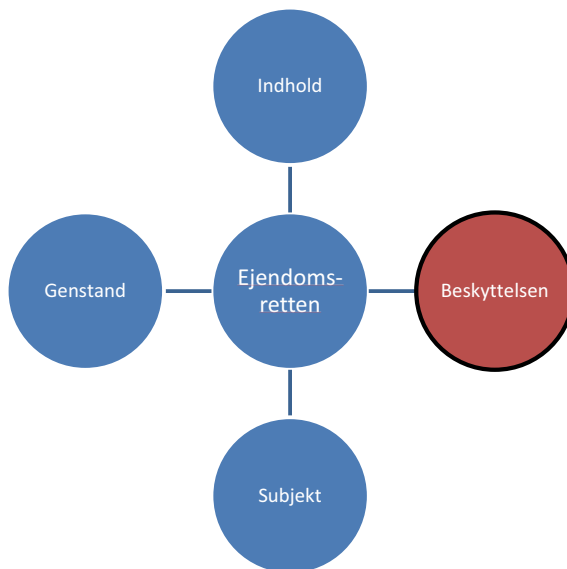
²²² Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 12 og Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 221

²²³ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 343

have betinget sig en brugsret til en del af ejendommen så længe han måtte leve, således at genstanden i sit fulde først står fonden til rådte efter stifters død. Der er her ikke tale om, at genstanden ikke er overdraget til fonden i en ejendomsretlig forstand, men blot at brugsretten er betinget til interessesubjektet således, at den ikke kan anvendes af andre, indtil det af de ratificerede regler endnu engang findes tilladeligt.

3.4.5 Beskyttelsen

Det sidste element i relation til rettighedsbegrebet og dermed specielt ejendomsretten for denne afhandling samt sammenhængen med den erhvervsdrivende fond, er det nok mest afgørende element af alle de repræsenterede i dette kapitel, nemlig beskyttelsen af retten. Respekteres en ret ikke i et samfund eller en anden politisk konstellation, ja da vil der ikke længere være tale om en ret.²²⁴



²²⁴ Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s.9ff, Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, 2002, s. 22f, Morten Wegener: Juridisk Metode, 1994, s. 10f og Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 221-222

Når beskyttelsen betragtes, er der to væsentlige udgangspunkter for beskyttelse, som bør iagttages. Den statiske beskyttelse og den dynamiske beskyttelse.

Den statiske beskyttelse kan kort og godt siges at være retssamfundet. Det er hele det maskineri, som er opbygget i retsstaten for at kunne håndhæve, dømme og opretholde rettigheder. Den statiske beskyttelse kan være givet ved lov eller eksempelvis ved indholdet af en ejendomsret.²²⁵ Beskyttelsen kan sagtens være beskyttet flere steder, specielt når vi medtager aftalefrihedens mange facetter. Skal vi sætte den statiske beskyttelse i relation til den erhvervsdrivende fond eller bare fonde generelt, kan vi tage udgangspunkt i den uigenkaldelige formueafgivelse, som sker ved stifterens overdragelse af dennes formue. Hvis denne ret/pligt ikke blev håndhævet, ville stifter altså kunne tilgodese sig selv via fondens midler i et for samfundet uhensigtsmæssigt perspektiv. Her vil den statiske beskyttelse da indtræde som et beskyttende værn for fondens ejendomsret. Den statiske beskyttelse omhandler altså dermed de midler, der i retssamfundet kan anvendes mod krænkelse af rettigheder, altså forholdet mellem materiel ret og proces.²²⁶

Den dynamiske beskyttelse omhandler i stedet overgangen af en rettighed. Der er ikke tale om sanktioner, når man taler om dynamisk beskyttelse, da det ikke omhandler retsreglernes efterlevelse. Beskyttelsens realitet kan diskuteres, da den dynamiske beskyttelse søger at beskrive retsforholdet mellem overdrager og erhverver og beskyttelsen af, at erhververen kan have en forventning om at træde i overdragerens sted.²²⁷ Det vil i fondsperspektivet altså omhandle overgangen af stifterens ejendomsret til den juridiske person. Det kan altså udledes, at den statiske beskyttelse har til formål at beskytte den aktuelle ejendomsret, hvorimod den dynamiske sikrer overgangen fra den aktuelle til den eventuelle rettighedshaver, der

²²⁵ Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 222

²²⁶ Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 223

²²⁷ Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953, s. 222-223

således herefter vil indgå som den aktuelle rettighedshaver og være beskyttet af den statiske beskyttelse.²²⁸

Det må ud fra dette anskues, at den statiske beskyttelse er den, som vil blive behandlet i denne afhandling. Hensigten med denne opdeling er, at den statiske beskyttelsen er essentiel for afhandlingen i forhold til stiftertiljens beskyttelse og de efterfølgende kapitler vil derfor gå i dybden med den statiske beskyttelse i forhold til afhandlingens problemstilling. Dette være sig fondsrettens beskyttelse af den betingede ejendomsret hos erhvervsdrivende fonde samt grundlovens beskyttelse af samme.

3.5 Sammenfatning

Afhandlingens omdrejningspunkt vedrører beskyttelsen af stiftertiljen i erhvervsdrivende fonde. Hensigten med dette kapitel var at undersøge sammenhængen mellem stiftertiljen og ejendomsretten, der besiddes af den erhvervsdrivende fond, over den tilgivne formue fonden er blevet tildelt af stifteren ved stiftelsen. For at kunne gøre dette har det været nødvendigt, at analysere hvad en rettighed er og hvorledes den er struktureret, derefter hvorledes ejendomsretten passer hertil og hvordan stiftertiljen passer ind i rettighedsstrukturen, når man forholder ejendomsretten til stifterens formueoverdragelse til en erhvervsdrivende fond.

Dette kapitel har undersøgt rettighedsbegrebet generelt og fundet frem til, at der findes en mulig strukturel model for, hvorledes man bør og kan anskue en rettighed. Rettigheden er i sig selv ikke noget uden at være sat i forhold til de af dennes fremførte 4 bindeled, Subjekt, Genstand, Indhold og Beskyttelse. Disse 4 områder skaber eksistensen af en rettighed og er objekt for analyser af rettigheder.

²²⁸ For videre information angående forholdet mellem den aktuelle og eventuelle ejendomsret se Frederik V. Kruse: Ejendomsretten, 1929, 1. bind, s. 338ff

Ejendomsretten er nok en af de mest kendte rettigheder. Vores moderne samfund og ikke mindst demokratiet er blandt andet dybt forankret i denne ret og respekten deraf. Dette ses ikke kun i den danske grundlov, men endvidere tilbage til Code Civil i Frankrig (1804) og den tyske borgerlige lovbog Bürgerliches Gesetzbuch (1900).

I forhold til erhvervsdrivende fonde er det i dette kapitel fundet, at stiftertiljen er en del af ejendomsretten. Uden stiftertiljen ville ejendomsretten ikke se ud som den gør og den ville være undladt en række begrænsninger, der netop definerer indholdet samt subjekterne og ejendomsretten ville udgøre en anderledes behandling af genstanden samt beskyttelsen af retten.

Stiftertiljen er ejendomsrettens interessesubjekt, der udtrykker det formål, som ejendomsretten skal udøves efter. To eksempler har været basis for underbyggelsen af stiftertiljens indflydelse på ejendomsretten, forholdet mellem værge og umyndig samt forholdet mellem stifter og den aktuelle og eventuelle rettighedshaver ved de ældre stamhuse. Begge har formålet at bevise sammenligningsgrundlaget med den erhvervsdrivende fond, samt den indflydelse stiftertiljen har og at denne retligt skal respekteres som en del af ejendomsretten for den erhvervsdrivende fond.

For at udøvelsen af stiftertiljen og altså formålet med ejendomsretten kan ske fyldestgørende, har der i kapitlets analyse ligeledes været lagt stor vægt på det udøvende subjekt, dispositionssubjektet, som er fondsbestyrelsen og dennes indflydelse på ejendomsretten samt indholdsbestemmelserne til ejendomsretten. Bestyrelsen står som dispositionssubjekt i samme situation som en værge eller den aktuelle rettighedshaver ved et stamhus, hvortil kommer, at den disponering af genstanden for ejendomsretten skal følge de forskrifter, som der af stifter er fremsat ved indholdsbestemmelserne. Går bestyrelsen ud over, hvad der må anses for formålets grænser, må den være subjekt for retsforfølgelse. Det er hertil blevet fremvist i kapitlet, at selvom det kan være svært at se, hvem der måtte have

søgsmålskompetence for fondens interesser, findes der dog flere mulige heriblandt fondstilsyn og den oprindelige stifter, jf. retspraksis. Indholdet må derfor siges at være en væsentlig del af ejendomsretten, da den foreskriver og betegner de begrænsninger, dispositionssubjektet skal efterleve til fordel for interessesubjektet – stiftertiljen.

Den sidste del af ejendomsrettens struktur og substans omhandler selve beskyttelsen af retten. Hertil må det på baggrund af dette kapitel kunne udledes, at afhandlingen vil fokusere på den statiske og ikke dynamiske beskyttelse og vil netop på denne baggrund i næstkommende kapitler analysere og udlede gældende ret i forhold til beskyttelsen af ejendomsretten og ikke mindst stiftertiljen i et fondsretligt og grundlovsmæssigt perspektiv.

Del 2

Kapitel 4 – Erhvervsfondsloven

4.1 Oversigt

I dette og de følgende kapitler i afhandlingens del 3 analyseres gældende ret ved fondsretten og grundloven med fokus på den erhvervsdrivende fond. I afhandlingens del 2 har fokus været på forholdet mellem stiftertiljen og ejendomsretten, hvor det er blevet konkluderet, at der er et sammenhold mellem disse to begreber. I del 3 er hensigten således at undersøge forholdet mellem stiftertiljen og fondsretten i dette kapitel og efterfølgende stiftertiljen i forhold til ejendomsrettens beskyttelse ved grundlovens § 73, for til sidst at sammenholde analyserne og udlede grænsefeltet mellem de to juridiske felter.

I dette kapitel analyseres fondslovene og deres betydning for statens ret til at intervenere eller foretage permutation for vedtægter statueret i fundatser for erhvervsdrivende fonde. Analysen kommer til at have hovedvægt på fondslovene fra 1984 samt den gældende lov om erhvervsdrivende fonde fra 2014 i tillæg med de forskrifter, betænkninger samt udvalgsarbejdet, der forekommer hermed. Der vil i analysen kun tages hensyn til bestemmelser, der synes at have direkte relevans for stiftertiljen og beskyttelsen heraf, hvorfor en del af de mere administrative forskrifter mm., vil undlades at blive behandlet.

Formålet med dette kapitel er således at udlede gældende ret jævnfør lov om erhvervsdrivende fonde, der efter dette kapitel vil blive sat overfor Ørstedes tredje analysefelt, grundlovens beskyttelse af ejendomsretten. I dette kapitel tages der altså

udgangspunkt i det andet af de af Ørsted fremstillede analysefelter, permutationsretten.²²⁹

4.2 Permutationsretten og optakten til regulering

Permutationsretten har indtil fondslovene i 1984 været et ureguleret område.²³⁰ Stiftelserne/fondene har indtil ca. 1970'erne næsten været skjult fra omverdenen. Det er en selskabsform som har eksisteret i flere hundrede år, men som ikke har været i søgelyset for megen litteratur eller offentlighed i forhold til principielle domme eller administrative beslutninger.²³¹ Så selvom der har eksisteret erhvervsdrivende fonde over mange år før lovenes indtræden, betyder det manglende fokus på området, at også permutationsretten har ligget i det skjulte. Stiftelserne omfatter på dette tidspunkt en række forskellige områder, alt fra eksempelvis produktion af øl til administrering af kirkegårde osv.²³² Men tingene ændrer sig fra ca. 1950'erne for de erhvervsdrivende fonde. Ifølge fondsregistret fra 1984 ses det, at der fra 1950'erne sker en nærmest eksplosion i antallet af erhvervsdrivende fonde.²³³

Erhvervsdrivende fonde		
Stiftelsesår	Antal fonde	%
Før 1963	426	37,6 %
1963-1972	262	23,1 %
1973-1977	162	14,3 %
1978-1981	212	18,8 %
1982-1983	70	6,2 %
Alle	1.132	100 %

²²⁹ Se uddybende herom i kapitel 1

²³⁰ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 27

²³¹ Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 49

²³² Blandt andet Frederiksberg kirkegård – se Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 51

²³³ Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 53 - "Fondsregistret: Fonde" (1984) s. 58

Der sker altså over en fordobling af erhvervsdrivende fonde fra 1963 og frem. Tendensen bliver blandt andet beskrevet af Erik Severinsen i 1969:

”Oprettelse af fonds og legater og herunder også familielegater er i de senere årtier stadig mere almindeligt. Fondsoprettelse er i Danmark blevet begunstiget af den betydelige frihed, der findes på dette punkt set i modsætning til en række andre landes restriktive politik overfor den upersonlige ejendomsret. Yderligere begunstiges fondsoprettelse her i landet af den retsbeskyttelse, der uden egentlig tidsbegrænsning ydes overfor fondsstifterens vilje udtrykt i formålsbestemmelserne. Den omstændighed, at det moderne erhvervsliv er stærkt kapitalkrævende, og at mange erhvervsdrivende betragter en virksomheds videreudvikling som væsentligere end spørgsmålet om familiens personlige ejendomsret til denne, har bevirket, at mange erhvervsdrivende ved gave eller testamente overdrager aktieposter – eventuelt majoriteter – i familieaktieselskaber til en familiefond. Ved gaveoverdragelsen til en fond opnås, at den overtagne kapital kan bevares til rådighed for virksomheden uden for virksomheden ødelæggende arveafgift, og der kan opnås en økonomisk og ledelsesmæssig kontinuitet.”²³⁴

En sådan stigning bliver selvfølgelig bemærket og fokus på fondsstiftelse er ikke bare kendt i samfundet på dette tidspunkt men giver således også incitament til at se nærmere på en regulering af de mange fonde.²³⁵ Der bliver i start 70'erne hos Justitsministeriet lavet forøg på at få dannet en fondsregulering, men den kommer aldrig til dagens lys. Derudover bliver der med Danmarks indtræden i EF foretaget store ændringer i aktieselskabsloven og indført muligheden for anpartsselskaber. Dertil kræves der af Handelsministeriet, at der bør foretages en udredning af selskaber

²³⁴ Erik Severinsen: Beskatning ved familieoverdragelser, 1969, s. 251

²³⁵ Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 53f

med begrænset hæftelse i forhold til nødvendigheden for at regulere disse. Fondene hører ind under denne kategori. Den udslagsgivende hændelse siges at være en fjernsynsudsendelse d. 10. december 1977, der fokuserede på fondenes skjulte tilværelse og havde titlen ”Den Døde Hånd”.²³⁶ Denne skaber politisk fokus og der bliver herefter nedsat et udvalg til at bedømme behovet for at regulere fondene og dermed også permutationsretten.

4.3 Fondslovene fra 1984

4.3.1 Formålet og hensigten med loven

Dette afsnit omhandler tilvirkningen af fondslovene fra 1984 og hensigten er hermed at analysere betænkningen bag lovudkastet, derefter inddrages lovteksten med bemærkninger for til slut at afrunde med den endelige lov, der vil fungere som bindeled til de næste afsnit om fondslovene fra 1984 til 2014.

Den 14. juli 1978 nedsatte Justitsministeriet et udvalg med det formål at:

*”overveje behov og muligheder for en lovmæssig regulering af fonds samt i givet fald udarbejde forslag hertil”.*²³⁷

I ”Betænkning om fonde” kapitel 1 under udvalgets sammensætning og arbejde ses tydeligt, at der fra offentlig side har været et ønske om regulering på området. Dette begrundes med, at der, som også tidligere fremhævet, i Danmark kunne ses et stigende antal fondsoprettelser årene op til udvalgets sammensætning og at den frie adgang til at oprette fonde synes at belaste det offentliges tilsyn i en sådan grad, at regulering måtte tilskyndes.

²³⁶ Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 58

²³⁷ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 6

”ligesom aktieselskaberne og anpartsselskaberne gennem aktieselskabsregistrets virksomhed er undergivet en vis offentlighed, er der ved de ikke-stadfæstede fonds normalt ingen udenforstående, som fører tilsyn med, at fonden administreres forsvarligt og i overensstemmelse med fundatsen. I betragtning af at disse fonds ofte tjener almene formål og administrerer meget betydelige økonomiske værdier, bør det overvejes, om dette kan anses for tilfredsstillende. Det må i denne forbindelse erindres, at fonds normalt skal fungere i ubegrænset tid uden adgang til likvidation.”²³⁸

Helt generelt kan det siges, at der er to hensyn, som betænkningen er bygget rundt om. For det første behovet for at regulere de fondsejede virksomheder. En del fondsejede virksomheder er på dette tidspunkt underlagt regulering, hvis de ejes af en fond i form af en moder/datter selskabsform, som aktie- eller anpartsselskaber, men dem, der bliver drevet direkte af fonden, er før betænkningen kun underlagt minimal regulering.

”Udgangspunktet for udvalgets overvejelser har været, at der for erhvervsdrivende fonde bør tilstræbes en rimelig ligestilling mellem de regler, der skal gælde for disse fonde, og de regler, der gælder for erhvervsvirksomhed, der drives under andre former.”²³⁹

Udvalget mener altså ikke, at der skal være forskel på de regler, som gælder for erhvervsvirksomheder afhængigt af hvilken form de drives i/under. At udvalget tilskriver, at reglerne tilsigtes fondene, som driver direkte virksomhed, kan som sådan

²³⁸ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 5, hertil skriver også Lennart Lynge Andersen i ”Fonde og Foreninger I”, 2009, s. 321 at ”Ved udformningen af erhvervsfondsloven blev der taget hensyn til de principper, som kendetegner selskabsretten, således at der – som nævnt – er tilstræbt en sammenhængende erhvervslovgivning. En fond er – også som erhvervsdrivende – en selvejende institution og har derfor ikke som et aktie- eller anpartsselskab en ejergruppe, der på en generalforsamling kan udøve ejerbeføjelser og sætte sin vilje igennem over for bestyrelsen.”

²³⁹ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 31

ikke synes overraskende i den forstand, at hvor der er tale om moder/datterselskabsstrukturen, da vil et datterselskab, som f.eks. drives i aktieselskabsform, skulle overholde de regler, der på daværende, nuværende og fremtidige tidspunkt måtte gælde for denne type virksomhed, uagtet at ejeren er en fond.

Hvad der dog ikke synes at vække udvalget yderligere interesse er, om man ved at regulere de erhvervsdrivende fonde, som driver direkte virksomhed rent juridisk, også i nogen grad sidestiller selve fonden som juridisk person med et aktieselskab. Det kommenteres dog herefter i betænkningen, at udvalget ikke har applikeret reglerne fra aktie- og anpartslovene, da man ikke fandt det rimeligt, eller at fondens specielle karakter ikke syntes at tillade dette. Spørgsmålet er så, om det er helt uundgåeligt, når man ikke ved direkte fondsdrevne virksomheder synes at kunne lovgive om virksomheden og fonden separat.

Ønsket med reguleringen af netop de erhvervsdrivende fonde ligger således i tråd med, at der før betænkningen og arbejdet angående fondslovene er foretaget en række lovmæssige tiltag for at ligestille virksomheder med begrænset hæftelse.²⁴⁰

Det andet hensyn, der ligger bag reguleringen, relaterede sig til, at der på baggrund af de erhvervsdrivende fondes betydelige økonomiske og samfundsmæssige indflydelse i Danmark ønskes en større indsigt i denne selskabsform, der blandt andet udmøntes via en lovbetiget registrering for alle erhvervsdrivende fonde.²⁴¹

²⁴⁰ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 31

²⁴¹ For yderligere information om stiftelsesrettens historie se da betænkningens kapitel to, der er en kortere redegørelse over dansk stiftelsesret af Ditlev Tamm og "Fondsregistret: Fonde" (1984)

4.3.2 Fondslovens bestemmelser

4.3.2.1 Lovens anvendelsesområde og definitioner

Der er ikke den store forskel mellem lovudkastet og den endelige lovtekst, så dette afsnit tager udgangspunkt i den endelige lovtekst og supplerer med bemærkningerne, som relaterer sig dertil samt relevante pasager fra betænkningen. Der vil kun tages de bestemmelser med i afsnittet her, som findes relevant i forhold til afhandlingens fokus ang. stifters ejendomsretlige beskyttelse.²⁴²

For at kunne udlede gældende ret i forhold til permutationer foretaget af staten, er det nødvendigt først at få defineret lovens anvendelsesområde og derefter begrebet fond og hvad det vil sige at være erhvervsdrivende.

I lovens § 1 omhandlende anvendelsesområdets står skrevet:

”Loven finder anvendelse på fonde, legater, stiftelser og andre selvejende institutioner, der efter stk. 2 anses for at være erhvervsdrivende (erhvervsdrivende fonde).

Stk. 2. en fond anses efter denne lov for erhvervsdrivende, hvis den:

- 1) Overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke den normalt modtager vederlag, eller*
- 2) Udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom eller*
- 3) Har den i aktieselskabslovens § 2, stk. 1 eller 2, anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med en anden virksomhed af den i nr. 1 eller 2 nævnte art.”²⁴³*

²⁴² I hovedtræk afgrænses der i loven fra bl.a. afsnit om navn, beskatning, årsregnskab og revision, erstatning, anmeldelse og registrering samt stafbestemmelser. Da disse ikke synes at have den fornødne relevans i forhold til afhandlingens fokus.

²⁴³ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde

4.3.2.2 *Fondsbegrebet og betingelserne*

Som første del findes det relevant at definere selve fondsbegrebet. I bemærkningerne til lovudkastet er det blevet besluttet at følge praksis for, hvilke karakteristika fondene har fremfor en decideret fondsdefinition. Dermed ønskes det altså ikke at inkludere en direkte definition af hvad en fond er i selve lovtæksten. De specifikke karakteristika, som fremhæves i bemærkningerne til loven, omfatter:

- ”1) En formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue. Dette betyder, at fonde, der har til hensigt at etablere en selvåndlæggelse, ikke gyldigt kan stiftes.*
- 2) Et eller flere bestemte formål.*
- 3) Rådighedsbeføjelserne tilkommer en selvstændig ledelse.*
- 4) Fonden kan som sådan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, d.v.s. at den er et selvstændigt retssubjekt.*
- 5) Ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue, d.v.s. at ejendomsretten til fondens formue tilkommer fonden som sådan. Aktiverne falder ikke i arv, og kan ikke ved opløsning af fonden udbetales til en ejerkreds, men skal normalt udbetales eller overføres til fondens formål eller til en anden fond med samme eller lignende formål.”²⁴⁴*

Der er altså helt generelt tale om en standard rammebeskrivelse af en fond, hvor en stifter giver en formue til en dertil oprettet juridisk person, der herefter for evig tid har ejendomsretten til den overdragne formue. Ved overdragelsen definerer stifter altså et eller flere formål i fundatsbestemmelserne, som ledelsen af fonden skal søge opretholdt ved de kapitaloverskud, der måtte komme fra den overdragne formuemasse. At fonden kan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser er som sådan

²⁴⁴ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 89 se også Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 122f

mest en erklæring om, at den trods manglende ejere er fungerende som enhver anden juridisk person.²⁴⁵

Årsagen til, at der er blevet valgt en så bred beskrivelse af fondsbegrebet er begrundet i, at udvalget finder, at der er så stor divergens i de forskellige fonde, at det ikke er ønskeligt at afskrive nogle fonde herfra. Formålet med at lovgivningen således skal tilsigtes alle de eksisterende fonde, synes herved klart at skinne igennem. Udvalget fremhæver i denne forbindelse, at det er nødvendigt at lave så bred beskrivelse, da fondene ikke bare er forskellige i forhold til formål og ”branche”, men ligeledes i fondskonstellationen.²⁴⁶

De erhvervsdrivende fonde bliver i betænkningen skildret ved at have to primære forskellige konstellationer.²⁴⁷ Den første er den måske mere klassiske erhvervsdrivende fond, hvor der bliver skabt en fond til at videreføre en virksomhed og hvor det vigtigste er, at virksomheden er direkte drevet af fonden. I betænkningen bliver det fremhævet, at der især ved landbrugsejendomme i vidt omfang, når det omhandler fonde, har været tale om at løse en problematik angående generationsskifte.

Hvis det eksempelvis antages at en landmand ejer en klassisk landejendom med dertilhørende landbrug. Landmanden er nået en alder, hvormed han påbegynder at tænke på, hvorledes hans børn skal kunne arve hans ejendom ved et kommende dødsfald. Skulle han lade denne overdrage i rent arvemæssig forstand, ville værdien af hans ejendom være udsat for arvebeskatning. Her vil det altså være en mulighed i stedet, at overdrage ejendomsretten til en fondskonstruktion og lade børnene besidde bestyrelsespladser, under hensyntagen til de gældende regler for

²⁴⁵ Se også her betænkningens kapitel 3 om ”Udvalgets almindelige synspunkter”.

²⁴⁶ Se også her Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 2009, s. 35

²⁴⁷ Se også Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber, 2015, s. 722f

bestyrelsesmedlemmer.²⁴⁸ På denne måde kan stifter således også undgå en række problematikker, som ville kunne opstå, hvis hvert barn arvede en vis procentdel og i det lange løb enten ikke blev enige om driften eller at nogle ville ”ud” af ejerforholdet.

Den anden konstellation for erhvervsdrivende fonde er, hvor fonden fungerer som et slags moderselskab. Dette er typisk set i forhold til aktieselskaberne og andre kapital-selskaber, hvor man altså overdrager sine kapitalandele af selskabet inklusive stemmeberettigelsen.²⁴⁹ Har den erhvervsdrivende fond en række investeringer (ejerskabsforhold), ses det endvidere, at der mellem fonden og det fondsejede selskab rent teknisk indlægges et såkaldt holdingselskab, over hvilket fonden har 100 % ejerskab.²⁵⁰

4.3.2.3 Begrebet Erhvervsdrivende

På baggrund af fondsdefinitionen er det interessant at definere, hvad der af udvalget, således er blevet grundlaget for definitionen af begrebet erhvervsdrivende fonde.²⁵¹ Definitionen fremgår, som ovenfor ses af lovens § 1, stk. 2:

Stk. 2. en fond anses efter denne lov for erhvervsdrivende, hvis den:

- 4) Overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke den normalt modtager vederlag, eller*
- 5) Udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom eller*

²⁴⁸ Dog skal der selvfølgelig her taget højde for Grundloven F 1915's forbud mod familiefideikommiser

²⁴⁹ Det er ikke umuligt at overdrage et aktieselskab til et rent fondsejerskab og med direkte ejerskab, det kræver en omstilling af selskabet og vil være enklest hvis der er tale om et 100 % ejerskab.

²⁵⁰ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 28

²⁵¹ For en dybdegående redegørelse for alle elementer medtaget under definitionen erhvervsdrivende, henvises der til Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 bilag 5. Der vil i redegørelsen i denne afhandling udelukkende blive fremhævet de dele som synes relevant i forhold til afhandlingens fokus og analysefelt. Se også her Lennart Lyngge Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 323f

6) *Har den i aktieselskabslovens § 2, stk. 1 eller 2, anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med en anden virksomhed af den i nr. 1 eller 2 nævnte art.*²⁵²

Selve begrebet erhvervsdrivende synes at spænde bredt. Man har, ligesom der tidligere er nævnt, valgt at fokusere på, at der er to forskellige typer af erhvervsdrivende fonde, enten som direkte erhvervsdrivende, hvor fonden som juridisk person driver selskabet og så den konstruktion, hvor man har adskilt fond og virksomhed og fonden altså er et moderselskab, til tider med en indskudt holding fond.²⁵³

Uagtet fondskonstruktion synes udvalget at fokusere på erhvervsdriften. Uanset om formålet synes at være af ren almennyttig karakter, flerdelt, eller kun har virksomheden for øje, er status som erhvervsdrivende relateret til, hvorvidt fonden har bestemmende indflydelse over virksomheden.²⁵⁴ Altså spiller graden af den almennyttige eller anden ikke erhvervsdrivende del af fondens virke ikke rolle i forhold til definitionen erhvervsdrivende.

Definitionen af erhvervsdrivende må altså accepteres at være ret bred, hvilket i sig selv kan virke mærkværdigt. Men sammenholdes dette med den brede fortolkning af almennyttighed, som man har måttet give de erhvervsdrivende fonde trods flere eksempler på, at nogle erhvervsdrivende fondes eneste formål er, at varetage virksomhedens interesser, så synes det måske som værende en form for kompensation, der er sket. Der er åbnet op for anerkendelsen af, at et almennyttigt formål kan være at lade udbyttet være til gavn for den fondsejede virksomhed og man

²⁵² Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde

²⁵³ Lennart Lyng Andersen: Lærebog i fondsret, 2010, s. 57 og B. Gomard og P. Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber, 2015, s. 724

²⁵⁴ Der følger i betænkningen s. 171-178 et bilag 3, som er et "Notat om begrebet 'almennyttig'", som bygger på en række høringssvar fra forskellige ministerier. Det bliver dog af udvalget besluttet, at begrebet er så bredt og har forskellig betydning i forhold til anvendelsens subjekt, at begrebet ikke skulle indgå i lovtæksten. Se nærmere herom i Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 153

har da også været nødsaget til at lave en bredere definition af begrebet erhvervsdrivende.²⁵⁵

Samtidig hermed frembringer udvalget dog i bemærkningerne noget, som kunne tyde på, at man alligevel i en vis grad har taget højde for grænsen for begrebet erhvervsdrivende.

”Hvis formålet er helt eller delvis at uddele friboliger uden eller mod en lav betaling – således som det f.eks. er tilfældet med en række klostre og stiftelser – finder udvalget derimod ikke, at fonden kan karakteriseres som erhvervsdrivende... der lægges her vægt på, at formålet ikke er at opnå et afkast til uddeling, men at opretholde og uddele friboliger.”²⁵⁶

Denne passus må siges at være en smule mærkværdig i forhold til udvalgets andre frembringelser. Der synes at være lavet en sondring om, at så længe der ikke er tale om at fonden direkte har uddelinger, men blot løber rundt økonomisk uden overskud til fordel for et almennyttigt formål, da skal denne ikke anses som erhvervsdrivende. Grænsen mellem de to situationer, hvor man i begge fonde har et klart almennyttigt formål, men i den ene kun har et mindre ubetydeligt overskud og i den anden et større overskud ved f.eks. udlejningsejendomme, synes ikke at være helt klar. Hvis man tænker sig, at der som en del af den kapital, der tillægges fonden, er indberegnet udlæg til fremtidige renoveringsopgaver, skal en sådan fond pga. den henlagte kapital da så anses som erhvervsdrivende kontra en fond, der ikke har samme grad af henlæggelser til samme brug – altså opretholdelse af det almene formål?²⁵⁷

En fond betragtes herefter af udvalget altså som erhvervsdrivende, så snart den

²⁵⁵ Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 153f

²⁵⁶ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 90 – se yderligere eksempler i Lennart Lyng Andersen: Fonde og Foreninger, 2009, s. 326ff

²⁵⁷ For klarificering af den eventuelle uddybelse af koncernbegrebet se da også Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 90

”ejer en så stor del af aktierne eller anparterne i et aktie- eller anpartsselskab, at den repræsenterer flertallet af stemmerne.”²⁵⁸

Dog skal dette ses således, at der i forbindelse med dette ejerskab ikke kun inddrages aktie- og anpartsselskaber, men ligeledes andre selskabsformer.²⁵⁹ Således spiller det ikke nogen rolle, om fonden ejer et aktieselskab eller interessentskab, så længe der er tale om, at der via stemmeberettigelse er tale om, at fonden har flertal, eller af anden vej efter aftale besidder den bestemmende indflydelse.²⁶⁰

4.3.3 Registrering, stiftelse, formål og familie

I forbindelse med fondslovene kom der et decideret krav, at alle fonde skulle registreres i fondsregistret for at opnå status som en selvstændig juridisk person, uanset om de var erhvervsdrivende eller ej. Uden registrering ville en fond altså herefter ikke have mulighed for at erhverve rettigheder eller indgå forpligtelser.²⁶¹ I forhold til registreringskravene for vedægterne jf. lovens § 7 bunder disse i den praksis, der er blevet ført med fonde gennem tiden bl.a. I forhold til den tidligere stadfæstelsesprocedure.²⁶²

Overordnet synes der som sådan ikke at være tale om en bestemmelse, der har til formål at strømline eller begrænse visse fondstyper. Der synes i stedet at være tale om en række minimums informationskrav, for at garantere, at der er taget hensyn til nogle af de essentielle fondsretlige emner, såsom kravene til, at der er et formål og

²⁵⁸ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 91 - Der henvises herefter til det daværende princip i aktieselskabslovens § 2, stk. 1. og den nuværende § 7 i selskabsloven

²⁵⁹ Se nærmere om udvidelsen af koncernbegrebet i Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 91

²⁶⁰ Se også her den endelige Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 2, hvor der står, at *”En fond, som omfattes af § 1, stk. 2, nr. 3, anses som moderfond, og den eller de aktie- eller anpartsselskaber eller andre virksomheder, med hvilke fonden har den der anførte forbindelse, anses som dattervirksomheder.”*

²⁶¹ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde sammenholdt med Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 97

²⁶² Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 49

antal af bestyrelsesmedlemmer samt hvorledes disse udpeges, som blot henfører til, at bestyrelsen er selvsupplerende. Den endelige § 7 i lov om erhvervsdrivende fondes krav til registrering medfører herved at,

”For en erhvervsdrivende fond skal der oprettes en vedtægt. Denne skal indeholde angivelse af:

- 1) Fondens navn,*
- 2) Fondens stifter (stiftere),*
- 3) Den kommune her i landet, hvor fonden skal have sit hjemsted,*
- 4) Fondens formål,*
- 5) Grundkapitalens størrelse ved oprettelse, og hvorledes den er indbetalt (kontant eller i andre værdier),*
- 6) Hvorvidt fonden i forbindelse med stiftelsen i øvrigt skal overtage andre værdier end kontanter,*
- 7) Eventuelle særlige rettigheder eller fordele, der er tillagt stiftere eller andre,*
- 8) Antallet af bestyrelsesmedlemmer, og hvorledes de udpeges,*
- 9) Regnskabsaflæggelse, herunder regnskabsåret,*
- 10) Anvendelse af overskud.”*²⁶³

Dér, hvor der ses en mulig begrænsning i stifterviljen, er i forhold til stifterens frie rådighed i forhold til fundatsers vedtægter i lovens § 7 pkt. 7. Punktet relaterer sig bl.a. til diskussionen vedrørende lovens § 8 ang. forholdet til familiefideikommiser. I udvalgets bemærkninger til fondslovene bliver forholdet mellem familiefonde og familiefideikommiser taget op under bemærkningerne til lovudkastet. Det anerkendes i bemærkningen, at der både ved Grundloven af 1849 samt i arvelovens § 68 er forbud mod familiefideikommiser. Udvalget bliver, trods uoverensstemmelser, enige

²⁶³ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 7 stk. 1, nr. 7

om, at forbuddet ikke gælder for det, der ifølge udvalget defineres som familiefonde, så længe disse fonde ikke kun har til formål at uddele til familien.²⁶⁴ Der lægges til grund herfor, at der ikke er de samme hensyn på spil. Ved grundlovens forbud var hensigten, at undgå at adlen beholdte deres behørigt magt ved blot at lade brugsretten gå i arv, men lade kapital og ejendomsretten være henlagt i stiftelse eller lignende selskabsform.²⁶⁵ Udvalget finder i stedet her, at når der er tale om ikke erhvervsdrivende fonde såvel som erhvervsdrivende fonde, da har stifter allerede overgivet en uigenkaldelig formue, som familien derved per automatik reelt bliver frataget den mulige formue ved arv. Derfor argumenterer en del af udvalget for, at man fortolker familiefonde anderledes, end det der er fastlagt ved Grundloven og arveloven, der forbyder, at stifter giver familien fortrin i mere end den nulevende generation.²⁶⁶ I stedet bør man anse familiefonde som mindre uhensigtsmæssige, så stifteren kan give fortrinsret til uddelingerne for den nulevende familie samt én ikke endnu levende generation.²⁶⁷ Skildringen er sat så skarpt op, at udvalget i bemærkningerne skriver:

”Er der derimod tale om, at fonden udelukkende har til formål at begunstige familiemedlemmer, der har behov for støtte til nærmere angivne formål (f.eks. uddannelse) eller på grund af særlige omstændigheder (f.eks. sygdom eller alderdom), må der foretages en fundatsændring i medfør af kapitel 10.”²⁶⁸

Med denne formulering synes det klart, at der tages afstand til situationer hvor den almennyttige del ikke kan stå alene i forhold til, når familien skal kunne nyde af uddelingerne. Teknisk set er der her også tale om at, en stifter ikke skal kunne

²⁶⁴ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 51f

²⁶⁵ Se nærmere om familiefideikommiser i Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 140

²⁶⁶ Se uddybende om familiefonde Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002, s. 170

²⁶⁷ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 51f

²⁶⁸ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 53f

videreføre en sund virksomhed til kun at uddele midler til familien, da dette ville kunne anses som omgåelse af netop arvebeskatning mm.

At fonden skal opstille sit formål ved registrering, er ikke mærkværdigt, da dette må synes at være grundessensen af den erhvervsdrivende fond. Der kan dog stilles spørgsmål til, hvorfor der eksempelvis ikke har været et ønske om at dele formålet op i flere. Som set i afhandlingens kapitel 2 har der allerede på dette tidspunkt været polemik angående forholdet mellem et almennyttigt og virksomhedsbaseret formål i forhold til Carlsberg. Om ikke for eksisterende fonde, så måske for fremtidige fonde for at undgå lignende situationer om tvetydige formålsbestemmelser. Eksempelvis herpå er det kendt i svensk fondsret, at der kræves en opdeling af formålet, således at det splittes i 3 dele:

”Typiskt sett kan tre moment ingå i en ändamålsbestämmelse; syfte, verksamhetsföremål och destinatärskrets. Med syfte menas den målsättning som stiftelsen ska uppfylla – vad vill stiftaren uppnå, vilket behov eller område vil stifteren tillgodose? Ibland används beteckningen ändamål synonymt med syfte. Destinatärerna är den målgrupp som ska tillgodoses av stiftelsen. Syfte och destinatärer betecknas ibland som stiftelseändamålet i inskränkt mening. Verksamhetsföremålet anger hur målsättningen ska uppfyllas, den verksamhet som ska bedrivas eller vilka medel ska användas för att uppnå syftet.”²⁶⁹

²⁶⁹ Katarina Olsson: Näringsdrivande stiftelser, 1996, s. 111f, se også her Henrik Hessler: Om Stiftelser – Studier över stiftelseinstituttet i svensk rätt, 1952, s. 402ff. Idéen synes at være noget underbygget af Erik Werlauff i artiklen: Centrale fondsretlige problemstillinger, 2012, s.1, hvor der står ”Der er ingen tvivl om, at vi i dansk arveret understreger stifterviljen meget konsekvent i testamentarisk sammenhæng, herunder i forbindelse med fortolkning af testamenter. Også fondsretligt spiller stifterviljen en betydelig rolle, allerede fordi den naturligvis præger vedtægternes indhold, ligesom den også i et vist omfang kan præge holdningen til nødvendige ændringer af vedtægterne. Når det drejer sig om den daglige fortolkning af vedtægterne, afgørelse af tvivlsproblemer mv., synes stifterviljen imidlertid i nogen grad at være nedtonet, og her vil jeg foreslå en introduktion af begrebet ”stiftererklæring”.”

Efter svensk ret anerkendes altså at formålet godt kan være lettere komplekst. Derfor er kravene således, at formålet deles op i et fondsformål, eller rettere den dybere hensigt med fonden, uddelingsformålet og virksomhedsformålet. På denne måde skal så uddelingsformålet og virksomhedsformålet fortolkes efter det øvre fondsformål og disputser mellem hvilken del af formålet synes at være vigtigst, vil da mindskes.²⁷⁰ I forhold til erhvervsfondslovens bestemmelser behøves formålet i sig selv ikke at have noget med virksomhedsdrift at gøre, før at fonden kan anses som erhvervsdrivende. Formålet er ikke bestemmende for, om fonden er erhvervsdrivende, dette skal bedømmes ud fra lovens § 1. Således skabes der altså ikke samme gennemsigtighed i forhold til erhvervsdrift, som hvis formålet betingede den erhvervsdrivende titel.²⁷¹

Ønsket med loven er, som før nævnt, at favne alle de fondstyper der eksisterer på daværende tidspunkt. Men det kan synes underligt, at der ikke er kommet mere specifikke krav til formålet, når udvalget selv lægger så stor vægt på, hvor vigtige formålsbestemmelsen er for den erhvervsdrivende fond. Overordnet frembringer udvalget følgende slutning om vigtigheden af fundatsbestemmelserne. At med:

*”hensigtsmæssige fundatsbestemmelser kan stifteren bibringe virksomheden en stabilitet og kontinuitet i ledelsesforholdene og i kapitalforholdene.”*²⁷²

Og at stifter

*”Ved overdragelsen af en virksomhed til en fond kan stifteren endvidere sikre virksomheden mod konkurrenters eller andres opkøb.”*²⁷³

²⁷⁰ Se endvidere om fondsformålet Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002 s. 151ff og Jytte Heje Mikkelsen & Erik Werlauff: Den erhvervsdrivende fond, 2008, s. 42f

²⁷¹ Se her Lennart Lyng Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 352. *”I de typiske tilfælde er erhvervsdriften den virksomhed, som fonden indtjener et overskud ved, og formålet er de personer eller interesser, som overskuddet uddeles til.”*

²⁷² Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 29

²⁷³ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 29

Det må formodes, at udvalget med dette henviser til, at stifter har en stor indflydelse på fondens ledelsesmæssige konstellation og kapitalforhold, hvis han formår at beskrive dette. Formålet må siges at være nok det vigtigste element for stiftelsesregistreringen og et uddybningskrav hertil ville på ingen måde skade stifteren, men i stedet sikre at der i fremtiden ikke kunne anslås tvivl om hensigten med fonden. I betænkningen kan det dog ses, at udvalget tværtimod har overvejet at begrænse formålsbestemmelsen.

”Udvalget har overvejet, om denne frihed med hensyn til fondsformålet bør begrænses, således at kun visse særligt kvalificerede formål fremtidig kan tilgodeses gennem oprettelse af fonde.”²⁷⁴

Heldigvis har udvalget valgt ikke at foretage sådanne begrænsninger. Det synes tydeligt, at det har været omfangsrigt at skulle regulere så mange forskellige typer af erhvervsdrivende fonde på en gang og ovenstående overvejelser kunne netop tyde på dette.²⁷⁵

4.3.4 Ledelse

Ledelselementet for de erhvervsdrivende fonde er endvidere interessant for afhandlingens problemfelt. Som det fremgår af afhandlingens kapitel 3 yder nemlig ledelsen i den erhvervsdrivende fond en væsentlig funktion i forhold til beskyttelsen af stifterviljen, samt når vedtægtsændringer skal foretages.²⁷⁶ Ledelsen i en fond er altså helt essentiel for, hvorledes fremtiden for fonden ser ud. Dette er grundet i, at

²⁷⁴ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 34

²⁷⁵ Modsætningsvis er det kommenteret til loven at: *”Udgangspunktet er imidlertid, at der kun findes meget få begrænsninger i forhold til, hvilke formål en fond kan varetage. Lov om erhvervsdrivende fonde indeholder således ikke en udtrykkelig begrænsning i forhold til erhvervsdrivende fondes formål.”* Af Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch i: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 2009, s. 57

²⁷⁶ Se herom kapitel 3 om dispositionssubjekt

der som ved andre kapitalselskaber ikke for erhvervsdrivende fonde er en decideret ejer af fonden, som kan overvåge bestyrelsen.

Bestyrelsen har den klare funktion, at de skal videreføre og overholde de vedtægter, der af stifter er blevet nedskrevet i fundatsen.²⁷⁷ Det fastlægges ved erhvervsfondsloven af 1984's § 12, at der for erhvervsdrivende fonde som minimum skal være et krav om, at der er 3 bestyrelsesmedlemmer i fonden. Udvalget begrundet deres beslutning med, at 3 personer burde være nok til at tilgodese ”*behovet for ledelsen af en kapitalforvaltende fond.*” og at grundlaget for, at man ikke har sat kravet højere er, at der til bestyrelshvervet samtidig skal ydes et rimeligt honorar.

²⁷⁸ Udvalget anerkender dog, at en del mindre fonde ledes af mindre end 3 og vælger derfor i erhvervsfondsloven at tillade, at der med myndighedsgodkendelse kan gives accept til at dispensere for reglen. Det samme findes dog ikke være gældende for erhvervsdrivende fonde, hvor mindstekravet derfor er et absolut mindstekrav, som der ikke kan dispenseres fra.²⁷⁹

En anden relevant lovbestemmelse, som synes at have effekt på den af stifterens ”råderet” over ledelsessammensætningen, ses i lovens § 17:

*”Stifteren, dennes ægtefælle eller personer, der er knyttet til de nævnte personer ved slægts- eller svogerskab i ret op- eller nedstigende linje eller sidelinje så nært som søskende, kan ikke uden fondsmyndighedens samtykke udgøre bestyrelsens flertal.”*²⁸⁰

På tidspunktet for lovens ikrafttræden er der af skattemyndighederne allerede et retskrav om, at før at en fond vil kunne opnå status som et selvstændigt retssubjekt,

²⁷⁷ Se uddybende om ledelsens konstellation og ansvar B. Gomard og P. Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber, 2015, s. 756ff og Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 2009, s. 58f

²⁷⁸ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 59

²⁷⁹ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 103

²⁸⁰ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 17, stk. 1.

må der som minimum i fondens ledelse være ét uafhængigt medlem. Uafhængigheden skal ses ud fra den stiftende person, uanset om denne er fysisk eller juridisk.²⁸¹ I betænkningerne til lovudkastet ses, at der i udvalget her er uenighed om nødvendigheden for denne begrænsning i stifters frihed til at bestemme den fremtidige sammensætning af fondsbestyrelsen. Flertallet i udvalget er for bestemmelsen, men mener dog, at der skal kunne dispenseres herfra med tilsynets godkendelse. 3 medlemmer er dog direkte imod bestemmelsen:

*”De pågældende medlemmer kan heller ikke se, hvilke andre hensyn – eller misbrugssituationer – bestemmelsen har for øje, navnlig når det tages i betragtning, at fonde efter det øvrige lovudkast vil blive underkastet et løbende tilsyn.”*²⁸²

Der kan altså ud fra dette udledes, at der i betænkningen er to forskellige tilgange til, hvordan der bør reguleres i forhold til stifters rettigheder. Med udgangspunktet i de daværende regler om, at minimum 1 person skal være uafhængig, kan det siges, at udvalget deler sig således, at et mindretal fastholder grænsen på 1 person og overlader altså kontrollen med, at der ikke foregår former for misbrug af stillinger til det offentlige tilsyn. Så ud fra betragtningen om, at der minimum skal være 3 bestyrelsesmedlemmer, vil det da være muligt for selv de mindste erhvervsdrivende fonde at have et flertal af bestyrelsen, der har familierelation til stifter. Efter flertallets betragtning tages skridtet altså videre end de daværende regler ved at påkræve et nyt minimum på 50 % uafhængighed, med undtagelsesmulighed hos tilsynet.

De to forskellige tilgange synes at repræsentere de diskussioner, der i flere tilfælde gennem betænkningen er angående, i hvilket omfang de erhvervsdrivende fonde skal

²⁸¹ Se også herom Lennart Lyng Andersen: *Fonde og Foreninger I*, 2009, s. 383f og Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 62

²⁸² Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 63

reguleres ligesom aktie- og anpartsselskaber.²⁸³ Når mindretallet godkender det af skattemyndighedernes minimumskrav på et uafhængigt bestyrelsesmedlem og overlader kontrollen til tilsynet, taler dette for ikke at følge reglerne for aktie- og anpartsselskaber, hvorimod flertallet ved tilslutning til større uafhængighedskrav søger en regulering, der er baseret på de ”normale” selskabsretlige standarder for aktie- og anpartsselskaber.²⁸⁴

4.3.5 Vedtægtsændringer

Som det grundlæggende omdrejningspunkt i denne afhandling er kapitel 9 i lov om erhvervsdrivende fonde af stor betydning. Kapitlet omfatter 5 paragraffer (48-52), hvoraf § 48 er den grundlæggende bestemmelse, der for første gang i historien på fondsområdet fastlægger lovhjemmel til ændring af fundatser, med hensigten om at lempe mulighederne for at få ændret vedtægterne.²⁸⁵

”§ 48. Efter indstilling fra bestyrelsen og med justitsministerens samtykke kan fondsmyndigheden tillade, at en bestemmelse i en vedtægt ændres. Det kan herunder tillades, at fonden sammenlægges med andre erhvervsdrivende fonde eller opløses.

Stk. 2. Bestemmelserne i stk. 1 finder anvendelse, uanset om der i vedtægten er tillagt bestyrelsen eller andre et til at ændre vedtægten.

Stk. 3. Justitsministeren kan fastsætte regler om, at visse vedtægtsbestemmelser kan ændres af bestyrelsen alene eller af bestyrelsen med fondsmyndighedens tilladelse.”²⁸⁶

²⁸³ Lennart Lyng Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 321 og Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 34f

²⁸⁴ Løbende gennem afhandlingen vil der være fokus på denne afvejning, da netop selskabsificeringen af fondsretten står i fokus, når området skal behandles i forbindelse med ejendomsrettens varighed/overgang.

²⁸⁵ Lennart Lyng Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 259

²⁸⁶ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde, 1984 § 48

I udvalgets bemærkninger til lov om fonde skrives det under kapitel 10 om ændring af fundatsen mv. at:²⁸⁷

*”Regeringens ret til uden positiv lovhjemmel at permutere har eksisteret gennem flere hundrede år. Ved permutation foretages en ændring eller fravigelse af stifterens bestemmelse, således som den er udtrykt i oprettelsesdokumentet (testamente, gavebrev eller lignende), eller direkte i fundatsen.”*²⁸⁸

Ved indførslen af § 48 i lov om erhvervsdrivende fonde gives der således efter flere århundredes ulovregulerede praksis endelig lovhjemmel til permutationer.²⁸⁹ Praksis synes ikke før erhvervsfondsloven at have været helt klart, hvorfor en lovhjemmel sikkert har været ønskelig. I betænkningens bilag 1 er en såkaldt redegørelse for den administrative praksis på området, der trods sit historiske omfang begrænser sig til 1 side reel tekst. Det er ikke afhandlingens hensigt at efterprøve denne praksis, men det synes påtænkeligt, at man ikke har bidraget med en større redegørelse, når der her er tale om at skabe en så betydningsfuld lovhjemmel i dansk ret. Hvad der bliver fremhævet i selve betænkningen, er de mere essentielle overvejelser for, hvorledes behandlingen foregår ved permutation.

*”Ved udøvelse af permutation er opgaven at finde en løsning, der uden at være dækket af ordene i de pågældende bestemmelser må anses for påkrævet, fordi bestemmelserne på grund af ændrede forhold ikke længere kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssige.”*²⁹⁰

²⁸⁷ Behandlingen af fundatsændringer jf. permutation behandles i betænkningen til lov om fonde og ikke lov om erhvervsdrivende fonde – derfor henvisning til dennes kap. 10, som i lov om erhvervsdrivende fonde vil være kap. 9

²⁸⁸ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 70

²⁸⁹ ”De første nedskrevne tanker om permutationsretten er fra slutningen af 1700-tallet. Selv om de teoretiske overvejelser om permutation har undergået visse ændringer siden, har statens ret til at permutere nu været anerkendt i mere end 200 år”. Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 2009, s. 778

²⁹⁰ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 70

Man vælger herefter at basere fortolkningen af permutation på baggrund af den lovhjemmel, som i arvelovens § 92 anvendes ved permutation af testamenter, da det menes, at denne er repræsentativ for, hvorledes der tidligere er ført permutationspraksis og ønsker at føre permutation fremover for fonde (erhvervsdrivende fonde).²⁹¹ Fremgangsmåden for, hvorledes der føres permutation på arvelovens område bliver fremført således i betænkningen:

*”udgangspunktet for justitsministeriets permutationspraksis har været, At ændringen skal være påkrævet, fordi den eller de pågældende fundatsbestemmelser, navnlig på grund af ændrede forhold, ikke længere lader sig efterleve eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssige, At opretterens vilje respekteres, i den forstand at ændringen ikke går videre end påkrævet, At der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder eller enkeltpersoners berettigede forventninger om ydelser fra fonden, og At bestyrelsens samtykke normalt skal foreligge.”*²⁹²

Sammenligner man den endelige lovtæst med arvelovens forarbejder, ses bl.a. at der i begge tilfælde skal være tale om et påkrav eller indstilling fra bestyrelsen. Men hertil anfører betænkningen til lov om erhvervsdrivende fonde, at der med denne lov i forhold til arveloven er sket en udvidelse til adgangen for vedtægtsændring.²⁹³ Dette baserer sig på selve ordlyden. Ordlyden i forarbejderne til arveloven skriver, som det ovenstående ses, at de ændrede forhold skal være åbenbart uhensigtsmæssige. Ifølge betænkningen til lov om erhvervsdrivende fonde kommenteres denne udvidelse således, at ordet åbenbart slettes og man derved tillader vedtægtsændringer så snart disse synes at være uhensigtsmæssige. Det er dog vanskeligt ud fra betænkningen, at

²⁹¹ Lov nr. 515 af 06/06/2007, Arveloven. Se også Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 71

²⁹² Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 71

²⁹³ Hvilket stemmer overens med hensigten som omtalt i Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 71 og Lennart Lynge Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s.259f

udlede hvor omfangsrig denne udvidelse har til hensigt at være. Det skrives, at det er nødvendigt at skabe en vis smidighed pga. fondens eksistens som evigtvarende juridisk person. Man fremhæver specifikt i stedet, at:

*”Ændringer i de økonomiske forhold, navnlig som følge af inflationen, kan således bevirke, at det økonomiske grundlag for en uændret fortsættelse af fondens virksomhed ikke er til stede”.*²⁹⁴

Fokus synes fra udvalgets betænkning at være de økonomiske ændrede forhold, hvor der herefter henvises til, at når formålet, specielt uddelingerne, ikke længere synes mulige, bør der ske ændring af fundatsen.²⁹⁵ Tilgangen understøttes af diskussionerne i ”debatoplæg om aktivt ejerskab” fra 1999, hvor der i kapitel 11 bliver fremført, at de erhvervsdrivende fonde har et øget behov for at kunne følge med den samfundsøkonomiske udvikling grundet ejerskabet over en virksomhed, end hvad der måtte gælde for ikke erhvervsdrivende fonde og at de økonomiske ændrede forhold således skal vægte højt i forhold til vedtægtsændringer.²⁹⁶

Det, der kan tænkes at være interessant i forhold til udvalgets fokus på netop ændringer i de samfundsøkonomiske vilkår er, at der i selv samme bemærkning under fordelene ved at vælge netop fondsstrukturen blev argumenteret for netop en ledelse og kapitalmæssig kontinuitet.²⁹⁷ Endnu engang kan Carlsbergfondet anses som et glimrende eksempel på netop denne problematik.²⁹⁸ Trods stifters viljeserklæringer angående fondens bevarelse af kapital/stemmeandele ændres disse altså på grund af samfundsøkonomiske ønsker om at fusionere med de forenede bryggerier og derved

²⁹⁴ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 71

²⁹⁵ Jytte Heje Mikkelsen og Erik Werlauff: Den erhvervsdrivende fond, 2008, s. 77

²⁹⁶ Debatoplæg om aktivt ejerskab, 1999, se også kommentarer hertil fra Lennart Lyngø Andersen og Katarina Olsson: Stiftelser i Norden II, 2001, s. 73 i indlægget af Dorrit Sylvest Nielsen: Permutation – de danske erfaringer

²⁹⁷ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 29

²⁹⁸ Se nærmere om sagen i kapitel 2

få tilført mere kapital til virksomheden. Udvalgets fortsætter i betænkningen argumentation for disse mulige ændringer ved:

”Det vil ofte ikke være muligt for stifteren at forudse udviklingen og tage højde for påkrævede ændringer gennem bestemmelser i fundatsen. Hertil kommer, at det navnlig i ældre fundatser forholdsvis ofte forekommer, at der ikke i fundatsen findes adgang til at foretage ændringer.”²⁹⁹

Det kan diskuteres, hvad det er, udvalget ønsker i det større perspektiv i forhold til adgangen til fundatsændringerne. Som fremført er en del af incitamentet ved at oprette en fond, at stifter netop har indflydelse på, hvorledes denne i al evighed bør ledes. Men her fokuserer udvalget altså på stifters manglende viden for, hvad der i fremtiden (efter stifters død må det forventes) kan forekomme af relevante faktorer.

Udvalget undlader at tage stilling til diversifikationen af de forskellige typer af stiftere og dermed de forskellige udformninger af vedtægter. Som det kan anslås blot fra betænkningen, er der generelt tale om flere forskellige konstellationer af fondsvedtægter. Nogle ældre vedtægter, hvor stifter ikke giver adgang til vedtægtsændringer, fonde hvor stifter direkte beskriver ønsker om bl.a. ejerskab (100 % ejerskab hos f.eks. Carlsberg) og fonde hvor stifter ikke har lagt samme grad af begrænsning for virksomhedsdriften.³⁰⁰ Udvalget synes dog ikke direkte at betinge diversifikationen nogen konkret betydning i forhold til rækkevidden for muligheden at foretage ændringer i vedtægterne. Det udvalget kommenterer i betænkningen, er, at stifter stadig har mulighed for at betinge vedtægtsændringer en kvalificeret majoritetsafgørelse hos fondsbestyrelsen, samt at der i tråd med den tidligere praksis

²⁹⁹ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 71f

³⁰⁰ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 72

vil være strengere krav, når det omhandler vedtægtsændringer af formålsbestemmelserne i forhold til de mere forvaltningsbetingede vedtægter.³⁰¹

Det må altså kunne udledes herfra, at hvis stifter har taget hensyn til at fremtiden kan kræve vedtægtsændringer og denne har lavet krav om at en afgørelse hermed skal foretages ved kvalificeret majoritet, vil dette blive respekteret fra tilsynets side (såvel efter lovgiver på baggrund af betænkningens udformning). Men har stifter ikke indført en vedtægt, omhandlende hvorledes vedtægtsændringer for fremtiden skal kunne træffes, eller at en eventuel bestemmelse herom f.eks. kun omhandler nogle af vedtægtsbestemmelserne, da ser man fra tilsynets side at en vedtægtsændring er på sin plads, hvis der skabes konsensus herom mellem fondsbestyrelse, tilsyn og justitsministeren.³⁰²

Om hensigten med betænkningen er så sort/hvid vides ikke, men der kan undres over, at man i nogen grad altså lægger op til, at beskyttelsens rækkevidde bredes ud, hvor stifter har tilladt fremtidige ændringer. Hvis ønsket hermed er at smidiggøre fleksibiliteten og rent faktisk forsøge at undgå de fremtidige permutationer, kunne man reelt med respekt for stifters beskyttelse i stedet have lavet et påkrav i lovteksten om, at stifter blot skulle tage stilling til, om der måtte forekomme vedtægtsændringer og i hvilket omfang samt med hvilken majoritetsafgørelse.³⁰³

I betænkningen lægger udvalget i stedet vægt på, at der ved:

”et samvirke mellem fondens bestyrelse, fondsmyndighed og justitsministeren... sikres efter udvalgets mening, at den videregående adgang til at foretage ændringer, som bestemmelsen lægger op til, ikke

³⁰¹ Se også herom Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 2009, s. 784

³⁰² Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 72

³⁰³ En lignende løsning er foreslået i, Lennart Lyng Andersen og Katarina Olsson: Stiftelser i Norden III, 2003 og i oplæg ”Permutation nu og i fremtiden – et diskussionsoplæg”, s. 86

indebærer fare for misbrug til skade for de interesser, som fonden ifølge stifterens bestemmelse skal varetage.”³⁰⁴

At man på baggrund af 3 uafhængige parter i forhold til stifter, under antagelsen at denne ikke på vedtægtsændringens tidspunkt sidder i bestyrelsen, helt og aldeles kan undgå at træffe en beslutning, der kunne stride mod stifters reelle hensigt, synes ikke at være helt udelukket. At misbrugsmulighederne mindskes ved, at det ikke kun er bestyrelsen, som står for fortolkningen af vedtægterne, når de samtidig sidder med så megen magt for fonden, kan der være rimeligt belæg for. Men decideret at afskrive misbrugsmulighederne, når der er tale om tredjepartsfortolkninger af en vedtægtsbestemmelse, synes at være at gå for langt. Igen ville det i stedet have været gavnligt, hvis man udover selve vedtægten fra stifter havde en hensigtserklæring, som skulle tages i agt ved vedtægtsændringer.

At der er betænkeligheder forbundet med kravene for hvem, der skal være inkluderet ved en vedtægtsændring, ses også i udvalgets betænkning, hvor der lader sig være to forskellige indstillinger til § 31, stk. 2 i lov om fonde og § 48, stk. 2 i lov om erhvervsdrivende fonde.³⁰⁵ Størstedelen af udvalget argumenterer her for, som også bliver vedtaget ved lovens endelige udformning, at der uagtet om stifter har eller ikke har overgivet bestyrelsen en direkte ret til at foretage vedtægtsændringer, skal foreligge godkendelse af fondsmyndigheden samt justitsministeren. Der henvises af de pågældende medlemmer af udvalget til, at fonden i sin egenskab af ikke at have en generalforsamling, har visse ulemper:

³⁰⁴ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 72

³⁰⁵ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde og Lov nr. 300 af 06/06/1984, Lov om fonde og visse foreninger

*”det principielt uheldige i, at bestyrelsen, der skal administrere fonden, selv kan fastsætte det regelgrundlag, den skal administreres efter”*³⁰⁶

Et mindretal i udvalget finder dog, at dette krav går videre end, hvad man kan tillade sig, da der her er tale om en

*”privatretlig disposition, og der har hidtil været en betydelig frihed med hensyn til fundatskoncipering.”*³⁰⁷

Mindretallet fortsætter argumentationen med:

*”Dette synes at være en naturlig følge af, at det er stifteren, der afgør, om han overhovedet vil oprette en fond eller ej ... Hertil kommer, at stifteren kan have et naturligt ønske om, at visse fondsbestemmelser skal være underkastet en rimelig fleksibilitet. I øvrigt er alle enige om, at stifteren kan tillægge fondsbestyrelsen skønsmæssige afgørelser inden for visse rammer, og det er også af den grund naturligt, at stifteren kan indsætte ændringsbestemmelser i fundatsen.”*³⁰⁸

Uenigheden mellem udvalgets medlemmer baserer sig altså på, hvorvidt man skal anskue fonden som en selskabskonstruktion, der synes at skulle være underlagt de samme skønsmæssige nødvendige forhold som andre selskabsformer, eller om man tænker fondsstrukturen som en privatretlig disposition, hvortil den ejendomsretlige beskyttelse og anerkendelse af stifters rettigheder skal føres videre trods dennes afståelse af kapital eller ejerandele til gavn for et alment eller objektiviseret formål.³⁰⁹

³⁰⁶ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 72f

³⁰⁷ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 73

³⁰⁸ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 73

³⁰⁹ Lennart Lyngge Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 265 – ”I nogle tilfælde fastsætter stifteren, at vedtægterne ikke kan ændres, eller at visse bestemmelser i denne ikke kan ændres. I særlige tilfælde kan bestyrelsen søge fondsmyndigheden om, at der i det konkrete tilfælde ses bort fra forbuddet. Sådanne Tilkendegivelser fra stifterens side vil ikke ubetinget medføre, at ændring ikke kan tillades, men fondsmyndigheden vil p.g.a. hensynet til stifterviljen være meget tilbageholdende i disse tilfælde.”

Det ville her i betænkningen have været naturligt at inddrage en reel stillingtagen til, i hvilken grad stifters ejendomsretlige beskyttelse bør respekteres, specielt når det tages i betragtning, at udvalget selv stod for udvidelsen af lovens omfang. Der synes underliggende hele tiden at forekomme en afstandstagen til forholdet til grundlovens beskyttelse af ejendomsretten. Om dette er bevidst eller ej vides ikke.³¹⁰ Allerede i forbindelse med beskrivelsen af arverettens praksis for permutation, som anført tidligere i dette afsnit, frembringes, at der ikke må forekomme indskrænkninger i nogen aktuelle rettigheder eller enkeltpersoners berettigede forventninger om ydelser fra fonden. inkluderes her betragtningerne om ejendomsrettens forhold til stifterviljen fra afhandlingens kapitel 3, kan det diskuteres hvorvidt den praksis nogensinde kan lade sig gøre. Da alle indgreb eller permutationer vil indskrænke en aktuell rettighed for den juridiske person – fonden.³¹¹

I betænkningens kapitel 1 ses, at det udvalget bliver adspurgt at tage stilling til ikke inkluderer vedtægtsændringer. Dette er noget udvalget selv frembringer som nødvendigt i betænkningens kapitel 3.

”Efter udvalgets opfattelse bør man imidlertid ved en kommende fondslovgivning ikke blive stående herved. Udvalget finder, at fonde i dag udgør en så betydelig faktor såvel økonomisk som samfundsmæssigt, at der er behov for en lovmæssig regulering af fondens virksomhed. ... Det drejer sig bl.a. om bestemmelser om kapital, ledelse, regnskabsaflæggelse, revision, overskudsanvendelse og ændringer af fundatser.”³¹²

³¹⁰ Det forholder sig generelt således, at spørgsmålet om grundlovens beskyttelse af ejendomsretten ikke behandles i det lovgivende arbejde, hverken til loven i 1984 eller 2014, trods adskillige henvisninger til beskyttelse af stifterviljen.

³¹¹ Se nærmere om definition af aktuelle ejendomsrettigheder og forholdet mellem stifterviljen og ejendomsrettigheder i afhandlingens kapitel 3.

³¹² Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 30

Der ligger altså i udvalgets generelle synspunkter en klar holdning om, at man skal gå ind og regulere den fondsejede virksomhed, som man gør med andre selskabsformer, som bl.a. fremhæves i betænkningens kapitel 3:

”På denne baggrund har udvalget ved udarbejdelsen af regler om erhvervsdrivende fonde taget sit udgangspunkt i de gældende love om aktie- og anpartsselskaber”³¹³.

Når der er passager hvor der, som fremhævet i dette afsnit, har været uenighed netop om rækkevidden af lovens omfang i forhold til beskyttelsen af stifters viljen eller også omtalt private dispositionsret, da kunne man have ønsket, at udvalget ville have undersøgt den juridiske grænseflade mellem fond, virksomhed og stifters relation samt ejendomsretlige beskyttelse hermed. Dette synes desværre ikke her at være tilfældet. Udvalget henviser allerede i dets almindelige synspunkter til, at der for denne udvidelse i forhold til de generelle regler om fonde er lagt vægt på betænkningens bilag 1, som på blot knap 4 sider opskriver gældende permutationspraksis på området.³¹⁴

4.3.6 Tvangspermutation ved § 49

Udover muligheden for at bestyrelsen anmoder tilsynet om tilladelse til at foretage vedtægtsændringer, findes der i lovens § 49 en mulighed for, at fondstilsynet kan foretage vedtægtsændringer uden indstilling fra fondsbestyrelsen.

³¹³ Lennart Lyng Andersen i: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 321 og Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 31

³¹⁴ Hertil skal det bemærkes at stifters ejendomsretlige beskyttelse ikke bliver behandlet i afsnittet om ændringer af fundatsen i bilag 1. Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 140

”§ 49. Justitsministeren kan efter forhandling med fondsmyndigheden og bestyrelsen beslutte, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, når bestemmelsen er uigennemførlig eller har vist sig klart uhensigtsmæssig.

Stk. 2. Justitsministeren kan beslutte, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, når den strider mod lovgivningen eller oprettelsesdokumentet for fonden.”³¹⁵

Det er forbeholdt særdeles sjældne tilfælde, men kan tænkes også at hidrøre situationer, hvor en ændring i en vedtægt er nødvendig, men hvor eksempelvis flertallet for ændringen ikke findes i bestyrelsen. Da bliver tilsynet så nødsaget til at handle efter denne bemyndigelse.³¹⁶ Denne bestemmelse er kun beskrevet meget begrænset i litteraturen, hvilket kan hænge sammen med, at den ikke anses som en normal løsning på vedtægtsændringer.

I forhold til denne afhandling kan der netop også stilles spørgsmål til, om denne bestemmelse ikke kan anses for at være af en sådan karakter, at den må antages at medføre ekspropriation.³¹⁷

4.4 Loven om erhvervsdrivende fonde fra 1984 til 2010

I tiden fra 1984 til loven i 2010 skete der ikke deciderede drastiske ændringer i loven om erhvervsdrivende fonde. De fleste ændringer var pga. indflydelse af bl.a.

³¹⁵ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde og Lov nr. 300 af 06/06/1984, Lov om fonde og visse foreninger

³¹⁶ Jytte Heje Mikkelsen og Erik Werlauff: Den erhvervsdrivende fond, 2008, s. 83, Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 2009, s. 835 og Lennart Lyng Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 443-444

³¹⁷ Se her diskussion i afhandlingens kapitel 6

aktieselskabslovens udvikling og at man nedlagde fondsregistret.³¹⁸ Dette afsnit vil kort opstille de ændringer som forekom.

Den første større ændring forekom ved LBK nr. 756 af 18. november 1991. på baggrund af, at der i 1986 var blevet gennemført en fondsbeskatningslov og der bl.a. her var stillet krav til registrering med videre, ønskede man ved LBK nr. 756 af 18. november 1991 at afbureaukratisere lov om erhvervsdrivende fonde.³¹⁹ Dette skete bl.a. ved, at man nedlagde fondsregistret, som ved loven i 1984 netop var oprettet for at skabe gennemsigtighed og information om fondsverdenen, der ellers havde ligget i skjul. Nedlæggelsen af fondsregistret ses i lovens kapitel 10 angående anmeldelse og registrering, hvor de erhvervsdrivende fonde efter 1991 modifikationerne kun skal registrere sig hos Erhvervs- og selskabsstyrelsen.

Samtidig med nedlæggelsen af fondsregistret overgik kompetencen til at definere, hvornår der er tale om en fond fra fondsregistret til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.³²⁰ I sammenhold med denne simplificering af tilsynsfunktionen skete der netop det, at man samlede tilsynskompetencen hos Erhvervs- og selskabsstyrelsen således, at det nu ikke var op til det berørte ministerium, som sagsbehandlingen vedrørte, at forestå fondstilsynet, men udelukkende Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvormed man også havde forventninger om, at dette ville skabe kongruens i sagsbehandlingen samt effektivisere sagsbehandlingstiden.³²¹ Endvidere kan det netop her også indskydes, at der i lovens almindelige bemærkninger til den nye § 57 a blev fremført:

³¹⁸ Se bl.a. Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 10 ”*De erhvervsdrivende fonde er reguleret i lov om erhvervsdrivende fonde, og den nuværende lovgivning er i vidt omfang fra 1985.*”

³¹⁹ Lennart Lyng Andersen: Fonde og Foreninger I, 2009, s. 322 og J. H. Mikkelsen og L. Bunch, 1. udgave 2009, Thomson Reuters Professional: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, s. 225

³²⁰ J. H. Mikkelsen og L. Bunch, 1. udgave 2009, Thomson Reuters Professional: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, s. 226

³²¹ J. H. Mikkelsen og L. Bunch, 1. udgave 2009, Thomson Reuters Professional: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, s. 990f.

”Formålet hermed har først og fremmest været at give fondene sådanne administrative lettelser, at de i højere grad er blevet ligestillet med selskaber”.³²²

På baggrund af bl.a. en ny årsregnskabslov blev der i 2001 tilføjet en række bestemmelser, der relaterer sig til revisionen og dennes tilsynspligt overfor bl.a. bestyrelsens arbejde.³²³

Der har været en del mindre ændringer og tilføjelser til lov om erhvervsdrivende fonde fra 1984 og frem, men på baggrund af en omfangsrig reform af selskabslovgivningen i 2009, blev der i marts 2012 nedsat et udvalg til at genoverveje den gældende lov om erhvervsdrivende fonde.

4.5 Fondsudvalget anbefalinger af (2012) og formål til ny lov om erhvervsdrivende fonde

4.5.1 Erhvervsfondsudvalget og formålet

I betænkningen til fondslovene af 1984 står det skrevet, at udvalget sammensættes på baggrund af, at der i 1973 foretages en omfattende reform af aktie- og anpartsselskabslovgivningen. I den forbindelse ønskes det at undersøge behovet for regulering af andre selskabsformer med begrænset ansvar. Før loven i 1984 lever de erhvervsdrivende fonde stort set i skjul, hvorfor hensigten med loven er at få indsigt samt et overblik over, hvor bredt denne selskabsform med begrænset ansvar er repræsenteret i erhvervslivet.³²⁴

³²² LSF Nr. 113 1990/2 – Lovforslag til Lov Nr. 350 af 6. juni 1991

³²³ Lbkg. nr. 1062 14. december 2001. Der inkluderer ny affattet/indføring af § 21, stk. 5 (revisordeltagelse i bestyrelsesmøder) og 6 (Revisorprotokol fremførelse), § 25 a (bestyrelses forpligter sig at videreføre relevant information til revisor bl.a. ang. koncernforhold), § 29 stk. 3 (revisionens supervisionspligt over bestyrelsen) og stk. 4 (revisors meddelelsespligt til Erhvervs og Selskabsstyrelsen ved revisionsophør), § 41 (uddelingsbestemte midler).

³²⁴ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 5

Før den nuværende gældende lov om erhvervsdrivende fonde fra 2014 er motivationen til loven ligeledes en større selskabsretlig reform, der bl.a. ender med at samle den daværende aktie- og anpartsselskabslov i en fælles selskabslov.³²⁵ Reformen bliver gennemført i 2009 og er startskuddet til, at der endnu engang bliver set nærmere på lovgivningen for de erhvervsdrivende fonde.³²⁶ Herefter nedsættes det daværende Erhvervs- og vækstminister et udvalg bestående af

*”1 formand, 3 repræsentanter for offentlige myndigheder, 8 sagkyndige medlemmer (advokater, revisorer, forskere og personer med viden og erfaring fra erhvervsdrivende fonde) samt 4 repræsentanter fra organisationer” (DI, Dansk Erhverv, Danmarks Rederiforening og Landsorganisationen i Danmark).*³²⁷

Udvalgets sagkyndige medlemmer består således primært af repræsentanter fra det private erhvervsliv med undtagelse af en professor i økonomi. Selvom der er tale om en nærmest reformlignende justering af erhvervsfundsloven, synes ministeren tydeligvis ikke, at have fundet det nødvendigt, at inkludere Juridiske professorer i udvalgsarbejdet, hvilket kan opfattes betænkeligt.

Helt overordnet kan det ses, at udvalget løbende henviser til betænkningen bag 1984 loven, som den primære retskilde. Derudover fokuseres der i rapporten hovedsageligt kun på spørgsmålet om, hvorvidt de nye bestemmelser stemmer overens med de allerede gældende love for aktie- og anpartsselskaber. Et eksempel herpå kan drages i tråd med denne afhandlings omdrejningspunkt, nemlig stiftertiljen. Henvisninger til stiftertiljen er rigt repræsenteret i rapporten, men den reelle beskyttelse af ejendomsrettens beskyttelse ved grundlovens § 73, bliver heller ikke denne gang kommenteret, trods der allerede fra 2006 forelå en doktorafhandling af Michael

³²⁵ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 10

³²⁶ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 710

³²⁷ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 10f

Hansen Jensen om dette emne.³²⁸ Udvalgets fokus stemmer dog særdeles godt overens med målsætningen for det daværende Erhvervs- og Vækstministerium. Som fremført i fondsudvalgets rapport ses baggrunden for udvalgsarbejdet at være, at:

”Det er regeringens mål at skabe gode rammevilkår for erhvervslivet ...

De erhvervsdrivende fonde er reguleret i lov om erhvervsdrivende fonde, og den nuværende lovgivning er i vidt omfang fra 1985 ...

Lov om erhvervsdrivende fonde bygger på en række punkter på den tidligere selskabslovgivning. Den gennemførte reform af selskabsreguleringen afføder derfor et naturligt behov for at se nærmere på, hvilken betydning selskabsreformen har i forhold til reglerne for erhvervsdrivende fonde ...

Samtidig har udviklingen generelt betydet et øget fokus på ansvarlighed, åbenhed og god virksomheds- og ledelseskultur ...

Endeligt er det vigtigst for vækst- og erhvervsudvikling i Danmark, at fondsmodellen også i fremtiden anses for attraktiv.

Det er på denne baggrund regeringens hensigt at gennemføre en modernisering af fondslovgivningen. Til forberedelse heraf nedsættes der et udvalg, som skal komme med forslag til en modernisering af erhvervsfondslovgivningen ”.³²⁹

Ønsket fra ministerens side synes altså at være direkte relateret til sammenhængen mellem den nye selskabsreform og effekten på de erhvervsdrivende fonde. I forbindelse hermed må det kunne udledes, at de erhvervsdrivende fonde fra ministeriets side må anses, som sammenlignelige med de af selskabslovens andre

³²⁸ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006

³²⁹ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 10 – citat fra Kommissoriet af 21. marts 2012

selskabstyper med begrænset ansvar.³³⁰ Med ovenstående udsnit af baggrunden for udvalgets dannelse, fremføres der endvidere i rapporten udvalgets konkrete arbejdsopgave:

”Udvalget skal belyse og vurdere:

- *om den nuværende lovgivning giver tilstrækkelige fremtidssikrede rammer for, at fondsmodellen er attraktiv og fortsat kan bidrage til vækst og erhvervsudvikling,*
- *hvilke konsekvenser moderniseringen af selskabslovgivningen bør have for de erhvervsdrivende fonde,*
- *behovet for styrkelse af reglerne vedrørende gennemsigtighed, uafhængighed, ledelse og samfundsansvar,*
- *behovet for at styrke det offentlige tilsyn med erhvervsdrivende fonde”*

Sammenligner man ovenstående med de opsatte formål med udvalgsarbejdet ved ”Betænkning om Fonde” afgivet af justitsministeriet 1978 ses et helt væsentligt ulighedspunkt. Ved revisionen af lovgivningen for fondsudvalget 2012 omhandler udvalgsarbejdet stort set kun den erhvervsmæssige del af den erhvervsdrivende fonds virke. I 1987 er fokus mere på fonden som juridisk person, uanset om denne er af almennyttig-, erhvervsdrivende- eller af blandet karakter.

Det skal dog netop her holdes in mente, at Erhvervs- og Vækstministerens ressort område i 2012 kun omhandler de fonde, der har en ren erhvervsdrivende karakter og altså ikke omfattede almennyttige formål. Dette foreligger under justitsministerens ressortområde ved Civilstyrelsen.³³¹ Så beskues anmodningen af den daværende Erhvervs- og Vækstminister til de af udvalget fundne medlemmer efter ministeriets

³³⁰ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 710

³³¹ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 10, blev ved loven af 2014 ændret således at alle erhvervsdrivende fondes fondsmyndighed tilkom Erhvervsstyrelsen selvom disse også måtte have et almennyttigt formål.

ressortområde, synes det at være en naturlig følge, at denne i hovedtræk kun forespørger udvalget at tage stilling til de erhvervsrelaterede områder for en kommende lovgivning om erhvervsdrivende fonde.

Følgende vil fondsudvalgets rapport analyseres i forhold til de allerede ovenstående frembragte elementer ved loven fra 1984 for at udlede de skift/ændringer der inden for afhandlingens fokusområde er at finde.

4.5.2 Lovens anvendelsesområde og definitioner

Fondsudvalget vælger under behandlingen af lovens anvendelsesområde, at tage udgangspunkt i de 5 grundsætninger, der definerer, hvornår der er tale om en fond, som er fremstillet ved loven af 1984.

”1) En formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue. Dette betyder, at fonde, der har til hensigt at etablere en selvbåndlæggelse, ikke gyldigt kan stiftes.

2) Et eller flere bestemte formål.

3) Rådighedsbeføjelserne tilkommer en selvstændig ledelse.

4) Fonden kan som sådan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, d.v.s. at den er et selvstændigt retssubjekt.

5) Ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue, d.v.s. at ejendomsretten til fondens formue tilkommer fonden som sådan. Aktiverne falder ikke i arv, og kan ikke ved opløsning af fonden udbetales til en ejerkreds, men skal normalt udbetales eller overføres til fondens formål eller til en anden fond med samme eller lignende formål.”³³²

³³² Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 89

I forarbejderne til loven i 1984 ses, at det er overbevisningen, at definitionen for en fond er så inkorporeret i praksis, at der i loven ikke er behov for netop at fremføre ovenstående grundsætninger.³³³ Udvalget gør i 2012 op med denne tankegang og ønsker en indføring af en § 1 a, med definitionen sat ved:

”§1 a. Ved en erhvervsdrivende fond forstås i denne lov en juridisk person, som besidder en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue til varetagelse af et eller flere i vedtægten bestemte formål, hvor rådighedsbeføjelserne over fonden tilkommer en i forhold til stifter selvstændig ledelse, og hvor der udøves erhvervsaktivitet, jf. § 1, stk. 2 og 3. Ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsret til fondens formue.

Stk. 2 fondens væsentlige gavegivere, bidragsgivere eller lignende sidestilles i alle henseender med fondens stifter”³³⁴

Grundlaget herfor menes af udvalget at være, at det vil skabe en klarhed for fondens interessenter samt

”sikre adskillelse fra andre virksomhedsformer, som f.eks. selskaber, virksomheder og ikke mindst foreninger.”³³⁵

I henhold til hvornår en fond skal anses som erhvervsdrivende, udvider udvalget den tidligere bestemmelse således, at Erhvervsstyrelsen med den nye lov skal kunne fastsætte nærmere regler om, hvornår en fond anses som erhvervsdrivende.³³⁶ Hertil inddrager udvalget erfaring bidraget af Erhvervsstyrelsen selv ved dennes orientering

³³³ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 712

³³⁴ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 42

³³⁵ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 46

³³⁶ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 713

om, hvorledes praksis i styrelsen har været gennem årene, ved spørgsmål angående, hvornår en fond anses som erhvervsdrivende. Hertil har Erhvervsstyrelsen erlagt sig på 3 formodningsregler, som udvalget ønsker klargjort ved den kommende lov.³³⁷

”1. Fondens erhvervsmæssige bruttoomsætning fra erhvervsaktiviteter, jf. stk. 4, nr. 1 og 2, udgør mindre end 250.000 kr.

2. Fondens erhvervsmæssige bruttoomsætning udgør mindre end 10 % af fondens samlede årlige indtægter

*3. Fondens erhvervsmæssige aktiviteter udgør minde end 10 % af fondens samlede aktiver.”*³³⁸

Derudover fremføres det i betænkningen, at det set i praksis, at nogle foreninger anvender ordet fond, trods at den juridiske person er en forening.³³⁹ Udvalget foretager derfor en forholdsvis vigtig sondring i forhold til forskellen mellem fonde og foreninger.

*”I erhvervsdrivende foreninger har medlemmerne som udgangspunkt ejerbeføjelser i forhold til medlemsformuen ... Hvis det i vedtægten for en erhvervsdrivende forening er bestemt, at medlemmerne ikke er ejere af foreningsformuen, kan en afgrænsning i forhold til erhvervsdrivende fonde være vanskelig. Hvis den juridiske person har medlemmer, taler det væsentligt for, at der er tale om en forening.”*³⁴⁰

Vurdering, om der kan være tale om en fond og ikke en forening, skal altså bero på en konkret vurdering, der netop skal opfylde de 5 grundsætninger, hvorfor disse netop anbefales fremsat direkte i lovteksten.

³³⁷ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 44

³³⁸ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 45

³³⁹ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 712

³⁴⁰ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 47

I denne forbindelse er det interessant i forhold til afhandlingens fokus at beskue rækkevidden for stifters indflydelse, når de 5 grundsætninger skal overholdes. Udvalget frembringer en interessant sondring angående den første grundsætning, den såkaldte krymperegulering, hvor stifter skal adskille sig på alle måder for fremtidig tilbageførsel af kapital. Til dette knytter udvalget følgende kommentar:

”Der har i den forbindelse i teorien været drøftelser af, hvorvidt kravet om uigenkaldelig udskillelse – krympereguleringen – giver mulighed for, at der fastsættes vedtægtsbestemmelser, der forbeholder stifter visse rettigheder som f.eks. rentenydelsesret, en brugsret eller en bopælsret.

Det vurderes, at det skal være muligt at tillægge stifter en sådan begrænset ret i forhold til fondens formue i form af f.eks. en rentenydelsesret eller bopælsret. Det er i den forbindelse vurderingen, at tildelingen af eksempelvis en rentenydelsesret eller en bopælsret ikke strider mod hensynet bag krympereguleringen.”³⁴¹

Der tillægges altså af udvalget stifteren for den erhvervsdrivende fond den yderligere ret, at han ved stiftelsen kan indsætte bestemmelser angående rentenydelse og bopælsret. Krympereguleringen bliver blandt andet kritiseret for, at den er for begrænsende, i forhold til mulighederne for stifteren at få en smule ud af sin formueoverdragelse.³⁴²

Retten som udvalget tildeler stifteren, bliver dog i rapporten efter ovenstående passage staks indsnævret til ved rentenydelse ikke at kunne udgøre hele overskuddet for fonden.³⁴³ Dette kan synes logisk, da den erhvervsdrivende fond ellers i et sådan tilfælde vil have en fondskapital, der ved uddelinger eller andre kapitalkrævende

³⁴¹ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 48

³⁴² Erik Werlauff: Centrale fondsretlige problemstillinger, 2012, s. 1

³⁴³ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 715

”Tildelingen af f.eks. en forholdsvis begrænset rentenydelsesret eller bopælsret strider ikke mod hensynet bag uigenkaldelig udskillelse. Der kan dog alene gives ret til rente eller andet afkast af en kapital, men ikke nogen yderligere ret over den pågældende kapital. Det vil heller ikke være muligt for fondens stifter eller nærtstående lovligt at opbevare hele fondens indtægt.” og Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 48

formål konstant vil degradere fondskapitalen og derved svinde ind, i stedet for at udnytte den status som evigtvarende juridisk person. Sammenholdt med dette fremsætter udvalget netop også, at fondes primære formål ikke må være at uddele rentenydelse til stifter.³⁴⁴ En bestemmelse om netop en sådan rentenydelsesret og bopælsret må anslås at være i tråd med, at man ønsker at intensivere fondsdannelsen, men også at der netop syntes at vise en hvis respekt for stifterviljen, som man ligeledes ser det inden for arverettens respekt af testationer.

Den næste grundsætning og den i § 1 a, stk. 1 foreslåede betingelse omhandler, at en fond skal have et eller flere formål, som er definerede. Fondsudvalget relaterer netop dette krav til det tidligere ved at skrive, at

*”det er en forudsætning, at formålet umiddelbart skal kunne efterleves i en længere årrække, hvilket i princippet vil sige uden tidsbegrænsning.”*³⁴⁵

Og at det på denne baggrund ikke kan siges, at der er tale om en fond med et formål, hvis denne eksempelvis er begrænset til en 10 årig periode.³⁴⁶ Ser man dette i lyset af ovenstående argument om, at stifter netop ikke kan tage al rentenydelse, da fonden da ved dennes andre formål blot vil beskære fondens aktiver, synes der at danne sig et klart billede. Et billede af, at man ønsker, at fonde er evigtvarende, som også den juridiske person netop tillader.

Den tredje grundsætning omhandler en selvstændig ledelse. Gældende ret på daværende tidspunkt for fondsudvalgets arbejde var, at minimumskravet til en bestyrelse var 3 bestyrelsesmedlemmer, samt 1 uafhængigt medlem.³⁴⁷ At man i

³⁴⁴ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 48

³⁴⁵ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 49

³⁴⁶ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 716

³⁴⁷ Se uddybende herom Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 718f samt anmærkninger af Rasmus Kristian Feldthusen og Martin Poulsen: Erhvervsdrivende fonde – modernisering af erhvervsfondsloven, 2012, s. 68

fondslovene har ønsket et uafhængigt medlem, er bl.a. for at der ikke af bestyrelsen bliver taget beslutninger til gavn for stifteren og dennes nære og at det uafhængige medlem netop i sådanne sager kan fungere som en intern kontrol. Fondsudvalget går videre og skriver, at kravet om 1 uafhængig person står i sammenhold med, at der netop kun er et reelt krav om 3 bestyrelsesmedlemmer. Erhvervsstyrelsen har efter denne rapport anført at have en praksis, hvor man tillige krævede flere uafhængige bestyrelsesmedlemmer, hvis bestyrelsen er større end 3. I sammenhold hermed foreslås det netop af udvalget, at der for at kunne opnå en selvstændig ledelse som minimum skal være 1/3 uafhængige bestyrelsesmedlemmer. Man tager altså forholdet som ved minimumslovgivningen er sat, som en linje, der skal føres uanset størrelse.³⁴⁸ Selve kravet om en selvstændig ledelse ligger op af selskabsrettens bestemmelser om selvstændighed.³⁴⁹ Hvorvidt der er behov for en selvstændig ledelse i fonde, synes ikke klart. Når fondsudvalget skriver, at:

*”kravet om en selvstændig ledelse medfører endvidere, at de beslutninger, som bestyrelsen i en fond træffer, skal kunne begrundes alene i fondens formål og langsigtede interesser”*³⁵⁰

synes det ikke ulogisk, at en ikke selvstændig bestyrelse stadig ville have fondens formål og langsigtede interesser for øje. Den praktiske foranstaltning, at bestyrelsen altså ikke kan anses for inhabil, hvis der er uafhængige repræsentanter, synes at føre et reelt formål. Men hvorvidt argumentet om at en selvstændig ledelse medfører, at der er yderligere fokus på fondens interesser, synes ikke at være begrundet i udvalgsrapporten. Specielt ikke hvis der bl.a. er tale om drøftelser af uddelinger eller erhvervsrelaterede investeringer, hvorvidt man skal lægge vægt på betydningen af

³⁴⁸ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 49

³⁴⁹ Se blandt andet Selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 1 ”Flertallet af bestyrelsens medlemmer skal i aktieselskaber være personer, som ikke er direktører i selskabet. En direktør i et aktieselskab kan ikke være formand eller næstformand for bestyrelsen i aktieselskabet.”

³⁵⁰ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 50

fondsformålet og derfor i realiteten have indsigt i stifterviljen. Det betvivles ikke at uafhængige bestyrelsesmedlemmer medfører nogle fordele, men hvorvidt man bør gå i forhold til kravene til uafhængig repræsentation og virkningen deraf på fondes ledelse synes at være et emne, der trænger til yderligere belysning og undersøgelse, før man som sådan fremfører reelle lovgivningskrav på området.

Den fjerde grundsætning omhandler ejendomsretten til fondens midler.

*”Ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue”.*³⁵¹

Denne bestemmelse bliver som sådan ikke uddybet videre i fondsudvalgets rapport. Det essentielle er, at denne bestemmelse er kravet om, at fonden er en selvejende institution.³⁵²

En ny bestemmelse ønskes af fondsudvalget indsat i § 1 a stk. 2. En bestemmelse, der baseres på Erhvervsstyrelsens praksis.³⁵³ Bestemmelsen omhandler meget simpelt, at væsentlige gavegivere eller bidragsydere til fonden er underlagt de samme restriktioner som fondsstifter og skal i forhold til loven sidestilles med denne. Formålet hermed er at kodificere den faste praksis, man fra Erhvervsstyrelsen har ført, for at undgå, at der i praksis ville blive brugt såkaldte stråmænd. Altså den situation hvor en anden end den reelle stifter går ind og stifter fonden, således at den reelle bidragsyder eller gavegiver, som må betegnes den reelle stifter, ikke bliver underlagt bestemmelserne om bl.a. at modtage væsentlige dele af fondens uddelinger.³⁵⁴ Hvad der ikke præciseres, ej heller af udvalget, er forståelsen af ordet væsentlig i forhold til definitionen væsentlige bidragsydere eller gavegivere. I rapporten mener

³⁵¹ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 50

³⁵² Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 720. For nærmere diskussion af begrebet ejendomsretten i forhold til fonde se da Kapitel 3 og 5 i denne afhandling.

³⁵³ Se yderligere herom Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 720-721

³⁵⁴ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 51

udvalget, at det skal være op til en konkret vurdering og argumenterer for dette ved, at en fast definition vil være svær, da der skal tages højde for fondens størrelse af grundkapital, egenkapital mv. hertil nævnes bl.a. at:

*”en bidragsyder, som ved fondens stiftelse eller løbende giver bidrag, som i sig selv bevirker, at fonden kan udøve eller fortsætte sin virksomhed, må dog betragtes som en væsentlig bidragsyder.”*³⁵⁵

Selv med denne forklaring er udvalgets bidrag til klargørelsen af betegnelsen væsentlig minimal. Det synes klart, at man er væsentlig bidragsyder, hvis man konsekvent afgiver kapitaltunge bidrag, der kan videreføre fondens aktiviteter, men en vedblivende bidragsyder, behøver i sin egenskab jo ikke være den eneste årsag til, at fondens aktiviteter kan fortsætte uændret. Så her ligger altså en anden manglende definition, netop hvad der af udvalget således skal forstås ved, at en fond kan *”udøve eller fortsætte sin virksomhed”*.³⁵⁶

4.5.3 Registrering, stiftelse, formål og familie

I forhold til hvem der må stifte en fond, går udvalget ikke videre end, hvad der hidtil har været gældende ret. Udvalget ønsker dog at kodificere gældende ret i lovteksten, hvilket synes at være gennemgående flere steder i lovteksten.³⁵⁷ Fondsudvalget fastslår hermed bl.a., at den erhvervsdrivende fond kan oprettes af en eller flere enten fysiske eller juridiske personer dog ikke af en personligt dreven virksomhed, da denne ikke har retsevne.³⁵⁸ At der har skullet være tale om en juridisk person med

³⁵⁵ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 51

³⁵⁶ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 51

³⁵⁷ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 722 og Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 79, se også ovenstående om indskrivningen af de 5 grundsætninger for hvornår, der er tale om en erhvervsdrivende fond

³⁵⁸ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 79, Personen bag en personligt dreven virksomhed kan dog godt oprette en erhvervsdrivende fond.

reel retsevne har ikke været fastlagt ved lov før, men har længe været gældende ifølge praksis.³⁵⁹

Ved stiftelsen af en fond lægger udvalget meget vægt på, at der ikke som ved aktie- og anpartsselskaber foreligger informationer om selskabet i et stiftelsesdokument, men at de pågældende oplysninger ligger i vedtægterne til en fond. Dette må siges ikke at være af så overraskende element, da vedtægterne altid har været dem, der skulle søges fyldestgjort i historien og at man netop i modsætning i aktie- og anpartsselskaber ikke har haft pligt til at oplyse eller registrere fonde før fondslovenes indtræden, medmindre den pågældende fond har været kongelig konfirmeret eller været omfattet af andre love, hvor der var krav om registrering.³⁶⁰ Det der findes mere af interesse er i stedet, hvad der netop kræves oplyst af disse vedtægter. Før fondsudvalgets ændringer hed det sig:

”§ 7. For en erhvervsdrivende fond skal der oprettes en vedtægt. Denne skal indeholde angivelse af:

- 1) fondens navn,*
- 2) fondens stifter (stiftere),*
- 3) den kommune her i landet, hvor fonden skal have sit hjemsted (hovedkontor),*
- 4) fondens formål,*
- 5) grundkapitalens størrelse, og hvorledes den er indbetalt (kontant eller i andre værdier),*
- 6) hvorvidt fonden i forbindelse med stiftelsen i øvrigt skal overtage andre værdier end kontanter,*

³⁵⁹ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 80

³⁶⁰ Her tænkes de blandt andet på når fonden har drevet direkte virksomhed og derved været registreret i forbindelse hermed ved fimaloven eller skatterelaterede reguleringer.

- 7) eventuelle særlige rettigheder eller fordele, der er tillagt stiftere eller andre,
- 8) antallet af bestyrelsesmedlemmer, og hvorledes de udpeges,
- 9) regnskabsaflæggelse, herunder regnskabsåret,
- 10) anvendelse af overskud.³⁶¹

I forbindelse med denne afhandling synes de af pkt. 4, 7, 8 og 10 af speciel interesse og vil være fokus i indeværende afsnit.

Det er helt essentielt for en fond at oplyse dennes formål, om det måtte være betinget af erhvervsdrift eller af almennyttig karakter. I udvalgsrapporten ses under afsnittet om gældende ret og Erhvervsstyrelsens praksis, at der på dette område ikke er konsensus mellem Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen.

”Det uddelingsmæssige formål skal efter Erhvervsstyrelsens opfattelse angives under vedtægtpunktet anvendelse af overskud, jf. LEF § 1, stk. 1, n. 10.

Justitsministeriet, herunder Civilstyrelsen, er ikke enige i Erhvervsstyrelsens opfattelse på dette punkt. Justitsministeriet og Civilstyrelsen finder, at der ikke i LEF eller i forarbejderne til denne er belæg for en sådan opdeling.”³⁶²

Selvom det kan virke mærkværdigt, at de to styrelser er uenige på et sådan grundlæggende punkt, stemmer det dog godt overens med netop fondsudvalgsrapporten. Som ovenfor nævnt er der nemlig ikke i anmodningen fra Erhvervsstyrelsen til de i kommissoriet udvalgte medlemmer henstillet direkte spørgsmål, der tager et andet udgangspunkt end på erhvervsdriften. Dette stemmer

³⁶¹ Siden 1984 er der tilkommet to nye dele – stk. 2 og 3 til punkt 10. Se herom Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch: Erhvervsdrivende Fonde – en lovkommentar, 2009, s. 249f og Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 739f

³⁶² Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 60

overens med, at Erhvervsstyrelsen netop på et så relevant spørgsmål som formålets betydning og omfang kun betegner det erhvervsmæssige formål som et reelt formål og ikke et eventuelt almennyttigt (uddelingsbaseret) formål.³⁶³ At der i rapporten ikke stilles yderligere fokus på netop denne uoverensstemmelse kan synes interessant, specielt når man tager in mente at justitsministeriet selv har udvalgt et af kommissoriets medlemmer.³⁶⁴

Udvalget giver i de særlige bestemmelser til lovforslaget ikke uenigheden mellem de to styrelser yderligere fokus, men fastlægger i stedet at:

”Formålet for en erhvervsdrivende fond kan bestå af fondens:

- *aktivitetsmæssige (erhvervsmæssige) formål, men kan også være*
- *uddelingsformålet.*

Det er vigtigt at være opmærksom på sammenhængen mellem:

- *fondens formål I nr. 3 og*
- *fondens resultat anvendelse, jf. nr. 10*

Der er ikke noget til hinder for, at der i vedtægten for en erhvervsdrivende fond angives flere formål. Har en fond flere formål, kan de være:

- *sideordnede, eller*
- *prioriterede.*³⁶⁵

³⁶³ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 740-741 og Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 84

³⁶⁴ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 12 – justitsministeriet har indflydelse på kommissoriet ved indstilling af medlemmet – Kontorchef Rikke Ørum Petersen

³⁶⁵ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 84-85 se også her tidligere diskussion ang. opdeling af formål i flere og indførsel af hensigtserklæringer samt Katarina Olsson: Näringsdrivande stiftelser, 1996, s. 111f, se også her Henrik Hessler: Om Stiftelser – Studier över stiftelseinstitutet i svensk rätt, 1952, s. 402ff. Idéen synes at være noget underbygget af Erik Werlauff i artiklen: Centrale fondsretlige problemstillinger, 2012, s.1

Til trods for at udvalget altså er nedsat af Erhvervs- og Vækstministeriet, der endvidere med Erhvervsstyrelsens praksis synes at have haft relevans for udvalgets arbejde i forbindelse med det nye lovforslag, går udvalget her ind for den af Civilstyrelsens fremsatte formålsfortolkning.³⁶⁶

Det syvende punkt angående stifters eventuelle særrettigheder bliver som sådan ikke uddybet videre af fondsudvalget i rapporten. Det der er vigtigt i forhold til bestemmelserne, der kan relatere sig til stifter er, at disse efter udvalgets mening ikke kun skal tilskrives i forhold til stifter, men også til væsentlige gavegivere jævnfør allerede frembragte argumentation ovenfor. Det er dog relevant her igen at fremsætte tanken angående den mulige brugsret eller rentenydelsesret i forbindelse med vedtægten. Disse rettigheder kan altså ikke på et senere tidspunkt skrives ind, da alle sådanne forhold skal være afklarede af stifter ved nedskrivningen af vedtægten. Fondsudvalget sætter dertil også fokus på, at man som stifter skal være yderst varsom med formuleringerne af vedtægterne.³⁶⁷

For fondens fremtidige drift er valget af bestyrelse af yderste vigtighed. I forhold til reglerne om selvsupplering samt antallet af bestyrelsesmedlemmer kommenterer fondsudvalget ikke yderligere herpå, end hvad der allerede måtte findes som gældende ret. Den udvidede fortolkning af bestyrelsen og dennes pligt behandles af udvalget nærmere under næste afsnit om ledelsens uafhængighed og vederlag.

Det tiende og sidste punkt af de bestemte oplysninger, som der ved en erhvervsdrivende fond skal være oplyst om i vedtægten omhandler anvendelsen af fondens overskud. I modsætning til hvad der var opfattelsen af Erhvervsstyrelsen, skal man altså betragte dette punkt som stærkt relateret til fondens formål og ikke et

³⁶⁶ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 60

³⁶⁷ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 85

underordnet eller sidestillet punkt dermed af almennyttig karakter.³⁶⁸ Det må kunne siges herom at dette punkt naturligt burde og er forbundet til formålet i en sådan forstand, at det synes underligt, at Erhvervsstyrelsen har kunnet formå at fortolke det anderledes. Har en fond til formål at investere og sikre erhvervsdriften af en virksomhed som eneste formål, vil dette punkt også være relateret dertil, da fondens bestyrelse jo netop skal opfylde formålet ved at anvende overskuddet på en sådan måde, at man har sikret den bedst mulige videreførelse af erhvervsdriften i overensstemmelse med formålet. Om der er tale om almennyttig eller erhvervsrelateret uddelingshensigt er for sin vis underordnet, da overskuddet som fremsat under punkt 10 uagtet må anses for at være midlet for at opnå målet, eller i den erhvervsdrivende fonds hensigten med formålet.³⁶⁹

4.5.4 Ledelse

Under dette afsnit i fondsudvalgets rapport ses tydelig den selskabsificering ved den nyere fondsret, som der i indeværende afhandling har været omtalt. Udgangspunktet for fondsudvalgets arbejde, som nedsat af Erhvervs- og vækstministeriet var at overveje en modernisering af lov om erhvervsdrivende fonde, som man havde set den for aktie- og anpartsselskaberne ved den nye selskabslov.³⁷⁰ Dette ses tydeligt i dette afsnit i fondsudvalgets arbejde. Stort set alle tiltag er taget som inspiration fra den nye selskabslov, deraf anvendelsen af ordet selskabsificering, selvom de fleste bestemmelser allerede er kendt fra de tidligere aktie- og anpartsselskabslove.

Ved de særlige bemærkninger til ændringen af loven om erhvervsdrivende fonde for dette kapitel i loven ses denne selskabsificering ret klart startende allerede på

³⁶⁸ Se yderligere Rasmus Kristian Feldthusen og Martin Poulsen: Erhvervsdrivende fonde – modernisering af erhvervsfundsloven, 2012, s. 71f samt Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 84-85

³⁶⁹ Angående kapitalforhøjelse og kapitalnedsættelse henvises til bl.a. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 742f

³⁷⁰ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 755

rapportens s. 144. Udvalget starter med at ville fratage bemyndigelsen hos fondsmyndigheden til at kunne godkende, at visse direktører ikke må besidde bestyrelsesformands- eller næstformandsposten. Dette begrundet i de selskabsretlige hensyn til, at en af bestyrelsens primære funktioner er, at afholde kontrol med direktionens ageren.³⁷¹ Et helt essentielt kritikpunkt af udvalgets arbejde ligger i, at det synes at være blevet antaget, at forholdet mellem direktion og bestyrelse i erhvervsdrivende fonde er sammenlignelige med de af aktie- og anpartsselskabers ledelsesforhold. I erhvervsdrivende fonde gælder der en anden form for dynamik og sammenligneligheden kan derfor ikke anses for åbenbar.

Der er stor forskel på, om den fondejede virksomhed drives direkte i fonden eller som funktion af et datterselskab f.eks. ved en såkaldt holding fond. Drives virksomheden i direkte forhold til fonden, vil en direktør altså have en funktion, som synes at kunne anses for i en vis grad sammenlignelig som samme funktion hos aktie- og anpartsselskaberne.³⁷² Men drives fondens virksomhed som datterselskab vil en direktionspost i fonden ikke altid være sammenlignelig samme post hos et aktie- og anpartsselskab.

Det ses bl.a. ved, at der i flere fonde ansættes en direktion til at varetage f.eks. den administrative del af fondens egen drift, som primært da som eksempel vil kunne bestå af rene uddelinger til f.eks. almennyttige formål, således at bestyrelsen ikke skal tage stilling til alle uddelinger. Derfor må et sådan forbud, som der af udvalget fremføres til ændringen af denne bestemmelse, gå en del videre end hvad nødvendigt er, da det helt unægtelig må formodes, at fondsmyndigheden ved afgivelse af sådanne samtykker til overlap mellem direktion og bestyrelse har de selskabsretlige principper for øje og forståelsen deraf.

³⁷¹ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 144

³⁷² Rasmus Kristian Feldthusen og Martin Poulsen: Erhvervsdrivende fonde – modernisering af erhvervsfondsloven, 2012, s. 71

I forlængelse hermed ses lidt af den samme problematik eller kritikpunkt at gøre sig gældende ved den næste bemærkning til ændringen af erhvervsfondsloven.

”Det foreslås derfor, at der i § 12, stk. 4, indsættes et forbud mod, at der i vedtægten for en fond kan gives mulighed, for, at ledelsen i en fonds dattervirksomhed eller en tilknyttet virksomhed kan udpege medlemmer til fondens bestyrelse.”³⁷³

Således tilskrives endnu en af udvalgets anbefalinger om indskud af et reelt forbud mod at give en dattervirksomhed krav på at kunne besætte eller blot udpege en repræsentant til fondsbestyrelsen. Fondsudvalget anerkender dog ligeledes herefter i rapporten, at det ikke er ualmindeligt, at man ser overlap mellem ledelsen i fonden og ledelsen i den fondsejede virksomhed (datterselskabet).

”Det kan være hensigtsmæssigt, at enkelte medlemmer af fondens bestyrelse har ledelsesposter i fondens datterselskaber. Det medvirker til at give indsigt og kendskab til datterselskabets forhold.”³⁷⁴

Det som er hovedlinjen er altså, om hvorvidt datterselskabet har eller ikke har en ret til at udpege et bestyrelsesmedlem i fonden. Man må kunne antage, at en sådan ret må og vil være givet af stifter og derved kodificeret i vedtægterne ved fondens oprettelse. Ved at fornægte sådanne tilgivne rettigheder, vil man altså fra fondsudvalgets side begrænse stifterviljens rækkevidde. Grænsefladen mellem at udvalget finder et overlap hensigtsmæssigt, men ikke et pligtmæssigt overlap hensigtsmæssigt er begrundet i, at så ”vil fondens opgave som aktiv men kritisk kapitalejer i selskabet blive svækket”.³⁷⁵

³⁷³ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 144

³⁷⁴ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 145

³⁷⁵ Se herom Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 742f og Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 145

I praksis må denne grænse synes i flere tilfælde at kunne være ikke eksisterende. Hvis man forestiller sig at et ledende medlem af det fondsejede selskab sidder i fondsbestyrelsen som den eneste repræsentant for virksomheden uden at dette er foreskrevet i vedtægerne og skal finde et nyt medlem, ville det ikke være utænkeligt, at han således ved selvsupplering ville pege på et andet ledende medlem af den fondsejede virksomhed. Tager man denne situation overfor hvor stifteren i vedtægten har bestemt repræsentation af dattervirksomheden, da formålet bl.a. kunne være at varetage dattervirksomhedens interesser, synes forskellen at være minimal. Der synes, uagtet formuleringen i rapporten, at sætte en vis begrænsning af stifterens båndlæggelse af bestyrelsesudpegelsen bag denne anbefaling.

Hele problematikken med disse overlap relaterer sig til moderne corporate governance teori og hermed også modificeringen af selskabsloven angående uafhængig ledelse. Udvalget finder allerede under deres overvejelser til dette kapitel, som før skrevet i denne afhandling, at man bør gå væk fra princippet om at der ”kun” er et uafhængigt bestyrelsesmedlem påtvungen af lov, men at man skal have 1/3 af medlemmerne som værende uafhængige.³⁷⁶ Fondsudvalget har endvidere i overvejelserne sat diverse kriterier op for, hvornår et medlem kan findes som uafhængigt:

”I forhold til denne del af spørgsmålet om uafhængighed finder udvalget, at et bestyrelsesmedlem ikke skal anses for uafhængig, hvis vedkommende:

- *er eller inden for de seneste 3 år har været medlem af direktionen eller ledende medarbejder i fonden eller en væsentlig dattervirksomhed eller associeret virksomhed til fonden,*

³⁷⁶ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 123

- *har modtaget større vederlag, herunder uddelinger eller andre ydelser, fra fonden/koncernen eller en dattervirksomhed eller associeret virksomhed til fonden i anden egenskab end som medlem af fondens ledelse,*
- *inden for det seneste år har haft en væsentlig forretningsrelation (f.eks. personlig eller indirekte som partner eller ansat, aktionær, kunde, leverandør eller ledelsesmedlem i selskaber med tilsvarende forbindelse) med fonden/koncernen eller en dattervirksomhed eller associeret virksomhed til fonden*
- *er eller inden for de seneste 3 år har været ansat eller partner hos ekstern revisor*
- *har været medlem af fondens ledelse i mere end 12 år*
- *er i nær familie eller på anden måde stå personer, som ikke betragtes som uafhængige, særlig nær,*
- *er stifter eller væsentlig gavegiver, hvis fonden har til formål at yde støtte til disses familie eller andre, som står disse særlig nær, eller*
- *er ledelsesmedlem i en organisation, en anden fond eller lignende, der modtager eller gentagne gange inden for de seneste 5 år har modtaget væsentlige donationer fra fonden.*³⁷⁷

Ovenstående uafhængighedsdefinition går videre, end hvad der af loven om erhvervsdrivende fonde før 2014 var set som uafhængig. I den oprindelige lov var der et krav om at et bestyrelsesmedlem skulle være uafhængigt.³⁷⁸ Uafhængigheden blev da defineret, som værende uafhængig af stifter (i praksis også af væsentlige gavegivere). Endvidere var det fastslået ved lovens § 17, at flertallet af bestyrelsen ikke måtte udgøres af:

³⁷⁷ Erhvervsfundsudvalgets rapport, december 2012, s. 125-127

³⁷⁸ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 768f

”stifteren, dennes ægtefælle eller personer, der er knyttet til de nævnte personer ved slægts- eller svogerskab i ret op- eller nedstigende linje eller sidelinje så nært som søskende.”³⁷⁹

I den oprindelige lov var fokus altså tydeligt på, at uafhængigheden skulle følge af stifteren – hvilket stemmer overens med grundlovens forbud mod familie fideikommissar eller på anden måde en omgåelse af arveretten.

Det er ikke fordi man ved fondsudvalgets fremsatte definition af uafhængig afskærer folk direkte i at kunne tiltræde bestyrelsen. Dette kan bare ikke gøres som et uafhængigt medlem. Det interessante er, at man i samspil med at udvide mængden af uafhængige bestyrelsesmedlemmer også ønsker at indsnævre muligheden for, at blive betragtet som uafhængig, ikke i forhold til stifter, som var det oprindelige uafhængighedssubjekt, men nærmere af selskabet eller fonden. Udvalget definerer evnen ved at være uafhængig på følgende vis:

”Uafhængige bestyrelsesmedlemmer forventes at medvirke til at sikre, at beslutninger alene træffes ud fra relevante og saglige hensyn i overensstemmelse med stifters kodificerede vilje (vedtægten).”³⁸⁰

Og

”En fondsbestyrelses uafhængighed må således vurderes ud fra den evne og vilje til uhildet og upartisk at varetage fondens formål.”³⁸¹

Det handler i bund og grund om at kunne foretage objektive upartiske vurderinger til gavn for fonden og selskabet og ikke af andre måske underliggende særinteresser, der

³⁷⁹ Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde, § 17

³⁸⁰ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 124

³⁸¹ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 124

kan komme én selv til gode.³⁸² Uafhængigheden af stifteren betinges altså ved, at det vil være svært at være upartisk overfor familiemedlemmer. Men ses der nærmere på f.eks. bestemmelsen om, at man ikke må have besiddet et ledende erhverv i den fondsejede virksomhed eller et af fonden associerede virksomheder inden for 3 år, synes muligheden for at en sådan person kan være upartisk mindre usandsynlig.³⁸³ Det skal holdes in mente, at det er stiftertiljen bestyrelsesmedlemmet skal være upartisk overfor i forhold til at opnå uafhængigheden. Det kan ikke synes at være helt usandsynligt, at en tidligere direktør i den fondsejede virksomhed rent faktisk vil have en mere objektiviseret ledelsesstil end en ægtefælle til en f.eks. afdød stifter.

Grænsen, for hvor uafhængigheden bør ligge, bliver af fondsudvalget altså hentet med inspiration fra den modificerede selskabslov.³⁸⁴ Selskabslovens modificering og de gældende corporate governance anbefalinger i forskellige øjemed er dog i modsætning hertil som regel bundet op på videnskabelige artikler og forskning på området. Det må altså kritiseres her, at man, som der blev nævnt i begyndelsen af dette afsnit, ligestiller erhvervsdrivende fonde med aktie- og anpartsselskaber og kodificerer regelsæt på denne baggrund, der ikke er blevet underbygget af omfangsrige videnskabelige artikler og forskning på området.

4.5.5 Vedtægtsændringer og fondsmyndighedens kompetence

I forbindelse med ovenstående afsnit om ledelsen og dennes uafhængighed er der visse overlap når udvalget drøfter fondsmyndighedens kompetence. Kompetencen spredes ud over de fleste kapitler i loven, men i forhold til diskussionen ovenfor angående muligheden for, at en direktør ligeledes kan være bestyrelsesformand,

³⁸² Se også her anbefalingerne fra Rasmus Kristian Feldthusen og Martin Poulsen: Erhvervsdrivende fonde – modernisering af erhvervsfondsloven, 2012, s. 68-70

³⁸³ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 125

³⁸⁴ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 768 og Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 122

synes der i rapportens afsnit om myndighedens kompetence at blive fremført en væsentlig iagttagelse. Af betænkningen til loven af 1984 står følgende:

*”Medens en direktør ifølge aktieselskabslovens § 56 ikke kan være bestyrelsesformand, finder udvalget, at der for fonde kan være tilfælde, hvor et sådant personsammenfald af praktiske grunde kan være begrundet.”*³⁸⁵

Som svar hertil skrives der i rapporten, at der efter Erhvervsstyrelsens praksis ikke gives samtykke til dette, medmindre der er tale om helt specielle tilfælde.³⁸⁶ Hvorfor udvalget vil fratage fondsmyndigheden retten til at foretage en sådan disposition eller i det mindste give samtykke hertil synes næsten at gå videre, end hvad der er nødvendigt, når Erhvervsstyrelsen selv informerer om, at det hører sig til sjældenheder at samtykket bliver givet.

I forhold til fondsmyndighedens ændringer af vedtægtsbestemmelser ændrer fondsudvalget ikke videre på de allerede gældende bestemmelser. Der ligger dog i selve rapporten nogle interessante kommentarer til forståelsen af vedtægtsændringer.

”Ved ændring af en fondsvedtægts bestemmelser om formålet og uddelinger samt ved likvidation af fonden skal der ske en afvejning mellem på den ene side stifterens tilkendegivelser og intentioner med vedtægten og på den anden side det erhvervsmæssige sigte med ændringen.”

”Det fremgår udtrykkeligt af Betænkning nr. 970/1982 om fonde, at der med § 48 var tiltænkt en vis smidiggørelse i forhold til tidligere. Vedtægtsændring skal således ikke nødvendigvis udspringe af ændrede

³⁸⁵ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 104

³⁸⁶ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 199

forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig.

Der må dog samtidig tages hensyn til, at erhvervsdrivende fonde er erhvervsdrivende virksomheder, hvilket i visse situationen gør det nødvendigt, at de erhvervsdrivende fonde har mulighed for at tilpasse sig til ændrede konkurrencevilkår, finansieringsbehov m.v.³⁸⁷

Det ses ud fra ovenstående frembringelser i rapporten, at udvalget i hvert fald ikke har haft i tankerne at begrænse mulighederne for vedtægtsændringer. Selvom at der i udvalgsarbejdet også står, at en ændring skal være velbegrundet og at det er særdeles vanskeligt at få ændret formålet for en fond, synes tilgangen ikke at være indsnævrende i forhold til tidligere praksis.³⁸⁸

Ved det første af ovenstående citater ses det, at man altså skal tage stifters hensigt med fonden i betragtning ved vedtægtsændringer, men det interessante er, at der eksplicit efterfølgende nævnes det erhvervs-mæssige sigte. Det virker næsten som om, at man adskiller stifters intentioner og den erhvervs-mæssige drift af den fondsejede virksomhed, som var disse uforenelige. Det er logisk, at virksomheden fortsætter efter stifters overdragelse af ejerskabet til fondsstrukturen, men med adskillelsen mellem erhvervs-mæssige sigte og stifters intentioner synes der at ligge i formuleringen, at disse to forhold er sidestillede og ikke omfattes af hinanden.

Ved det andet citat fremhæves der med den første del, af fondsudvalget, den smidiggørelse, som der med § 48 var tænkt tilbage i loven fra 1984. I den anden del af citatet tilføjes nu, at den erhvervsdrivende fond skal kunne tilpasse sig konkurrencevilkår og finansieringsbehov. Dette er i sig selv ikke nyt, da det også blev

³⁸⁷ Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 233-234

³⁸⁸ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 799f og Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012, s. 233-234

påtalte i den oprindelige betænkning fra 1982 om, at de erhvervsdrivende fonde havde nogle behov til mere fleksibilitet end det ikke erhvervsdrivende fonde.³⁸⁹

Tillægger man ovenstående adskillelse af den forretningsmæssige og stifters intentioner, synes der at danne sig et billede af betydningen af opdelingen. At fondsudvalget vælger at beskrive forholdet, som det gør, synes at kunne henhøre til, at stifters intention med den erhvervsdrivende fond er af mere overordnet karakter, hvorimod det forretningsmæssige sigte fokuserer på nutidens behov. Er denne betragtning korrekt, ligger der altså en konflikt mellem de to forskellige hensyn, hvor der af udvalgets frembringelser synes at være mere fokus på det nutidige forretningsmæssige behov.

Tænker man her tilbage på betænkningen af 1982, var netop disse to dele også fremstillet i starten af betænkningen, men som fordelene og ulempen ved fondsstrukturen. Fordelen var, at man ved fondsstrukturen kunne sikre en langsigtet og kontinuerlig virksomhedsdrift og ledelse, hvorimod ulempen var, at fleksibiliteten mindskedes for fremtidige ændringer i forhold til f.eks. konkurrence og markedsvilkår.³⁹⁰ Følger man derefter ovenstående anskuelse, kan udvalgets arbejde måske have til hensigt at formindske den ulempe som der ved betænkningen af 1982 blev fremført. Problemet bliver da i stedet, at fordelene med at overdrage sin virksomhed til fondsstrukturen vil blive tilsvarende forværret med ulempens formindskelse.

³⁸⁹ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 29

³⁹⁰ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 s. 27f

4.6 Lov om erhvervsdrivende fonde 2014

Ved 2013/1 LSF 154 blev forslaget om den nye lov om erhvervsdrivende fonde fremsat af daværende Erhvervs- og Vækstminister den 12. marts 2014. formålet med loven var:

”at gennemføre en tilsvarende reform af reguleringen for de erhvervsdrivende fonde, således, at der opretholdes en neutralitet mellem de regler, der gælder for de forskellige virksomhedsformer i Danmark. Dette sker under iagttagelsen af de særlige kendetegn, der gælder for de forskellige virksomhedsformer, herunder fondsformen.”³⁹¹

Som det allerede stod klart ved nedsættelsen af fondsudvalget, var grundlaget for den nye lov altså hægtet op på den forhenværende modernisering af selskabslovgivningen. Der refereres endvidere til, at dette netop sås nødvendigt, da den oprindelige lov om erhvervsdrivende fonde ligeledes blev anlagt i kølvandet på en reform af selskabslovgivningen.³⁹² Den ældre lov havde ligesom den nye til formål at neutralisere forskellen mellem de forskellige selskabsformer,

”således at der ikke kunne indrømmes privilegier eller lempeligere krav til visse virksomhedsformer.”³⁹³

Den primære forskel i forhold til lovarbejdet fra den oprindelige til den nye lov om erhvervsdrivende fonde er, at i den oprindelige blev både ikke erhvervsdrivende og erhvervsdrivende fonde reguleret på samme tid. Man holdt altså sammen på fondsformen i lovarbejdet som én type juridisk person og skildrede primært

³⁹¹ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 34

³⁹² 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 33

³⁹³ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 33

selskabsformerne separat, når det decideret drejede sig om erhvervsdriften hos den erhvervsdrivende fond.³⁹⁴

I den nye erhvervsfondslov er hensigten dog anderledes. Man har ikke inddraget ikke erhvervsdrivende fonde, men har udelukkende behandlet erhvervsdrivende fonde og deres forhold til den moderniserede selskabslov. Om resultatet ville have været anderledes, hvis man ligeledes havde inddraget fonde vides ikke, men bemærkningerne i fondsudvalgsrapporten og det fremsatte lovforslag ville med sikkerhed have haft en række supplerende og interessante pointer relateret til grænselandet mellem den ikke erhvervsdrivende fond og den erhvervsdrivende fond. Endvidere var det unægtelig blevet nødvendigt i en vis grad at få karakteriseret fondenes, erhvervsdrivende eller ej, karakteristika og dermed klare forskelle fra aktie- og anpartsselskaberne, som kunne lede til interessante diskussioner for i hvilken grad fondsregulering bør og skal følge den af aktie- og anpartsselskabers regulering.

I hovedtæk konkluderes det i lovforslaget at:

”Det foreliggende lovforslag bygger hovedsageligt på Erhvervsfondsudvalgets rapport og sammenfattende indebærer lovforslaget:

- *En modernisering af lovgrundlaget for erhvervsdrivende fonde på linje med selskabslovgivningen*
- *En øget åbenhed om bestyrelsens aktiviteter og uddelinger samt*
- *En styrkelse af fondsmyndighedens muligheder i forhold til bestyrelsen.*³⁹⁵

³⁹⁴ Dette ses bl.a. klart ved at en del af kommentarerne i betænkningen bag lov om erhvervsdrivende fonde behandles under bemærkningerne til lov om fonde. Se Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982

³⁹⁵ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 34-35

Der er dog generelt en del bestemmelser, som ikke er blevet behandlet af Erhvervsfondsudvalget. Til det skrives der i lovforslaget, at:

*”Bestemmelsen har ikke været drøftet af Erhvervsfondsudvalget, men følger udvalgets princip om, at relevante bestemmelser fra selskabsloven overføres til lov om erhvervsdrivende fonde.”*³⁹⁶

Med denne formulering understøttes altså, at Erhvervsfondsudvalgets hensigt ikke blot har været at føre en modernisering som ved selskabsloven, men tillige søgt at nærme sig bestemmelserne i selskabsloven, som ligeledes passer med idéen om neutralitet mellem lovene.

Til trods for, at der adskillige gange står fremført, at lovforslaget følger Erhvervsfondsudvalgets rapport, findes der dog specielt et væsentligt element, hvor lovforslaget og Erhvervsfondsudvalgets rapport ikke stemmer overens, selvom det står skrevet under afsnittet om ledelse at:

*”de foreslåede regler om fondens ledelse svarer til forslagene i Erhvervsfondsudvalgets rapport.”*³⁹⁷

Den nye del, som ikke er blevet behandlet af fondsudvalget, omhandler valget af bestyrelsesformand.³⁹⁸ Der er i lovforslaget og fondsudvalgets rapport enighed om, at der ikke skal sættes begrænsninger for, at stifter kan fastsætte krav til en eller flere af bestyrelsesmedlemmerne i fonden, f.eks. i forhold til specifikke kompetencer, alder mv.³⁹⁹ Det er ikke usædvanligt at sådanne kompetencekrav ses i vedtægtsbestemmelser hos erhvervsdrivende fonde. Men med lovforslagets § 52 kommer der til at ske noget i forhold til stifters medbestemmelser. Det kunne tænkes,

³⁹⁶ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat, se eksempelvis s. 88

³⁹⁷ Se Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 766-767

og 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 43

³⁹⁸ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 129-130

³⁹⁹ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 124

at stifter for en stor farmaceutisk virksomhed ønsker at en kommende ledende fondsbestyrelse skal have en formand, der er uddannet farmaceut eller har stor erfaring indenfor branchen.

Ved indsættelse af § 52 stk. 1 vil stifter hermed, i modsætningen til den tildelte rettighed under § 47, om eventuelle kompetencekrav, blive frakendt denne rettighed, da bestyrelsen jf. den nye § 52 ”*selv vælger sin formand.*”⁴⁰⁰ Udfaldet af denne rettighedsfrakendelse kan have forholdsvis stor effekt, hvis man påtænker sig mindre bestyrelser, hvor der måske tidligere kunne have været krav om, at formanden havde kompetencer indenfor et specifikt fagområde. Da vil man altså kunne stå i en situation, hvor formanden ikke længere besidder disse kompetencer og beslutninger, hvor formandens stemme derved vil være afgørende, følger herefter ikke nødvendigvis den af stifter påtænkte kompetencekrævende rækkevidde. Man har altså tilkøbt sig selskabsloven på dette punkt og det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget at:

*”I selskabslovens § 122, 1. pkt., 2. led, er det fastsat, at vedtægten kan bestemme en anden valgmode for formanden, herunder at eksterne kan have ret til at udpege denne. Denne mulighed er ikke foreslået i lovforslaget, da det anses for vigtigt i erhvervsdrivende fonde, at der ikke ved ret til udpegning af formanden kan tilkomme eksterne en uforholdsmæssig stor indflydelse på bestyrelsessammensætningen og bestyrelsens autonomi. Vedtægten kan derfor heller ikke fastsætte, at en bestemt organisation eller andet organ har retten til at udpege formand.”*⁴⁰¹

⁴⁰⁰ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 12

⁴⁰¹ 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat s. 129-130

Der står altså ikke direkte i bemærkningerne, at stifter ikke må fastlægge sådanne kompetencekrav, men ud fra hensigten med loven og dennes bemærkninger antages stifter også at høre under kategorien at være ekstern beslutningstager.

Udover bestemmelsen angående valg af bestyrelsesformand følger lovforslaget og den endelige lov det af erhvervsfundsudvalget fremsatte anbefalinger i forhold til, hvad der findes relevant for denne afhandlings kerneområde. Den nye lov for erhvervsdrivende fonde blev herefter vedtaget den 25. juni 2014.⁴⁰² I forhold til bestemmelsen om tvangspermutation i den nye § 90 er der ikke sket ændringer fra 1984.⁴⁰³

4.7 Sammenfatning

På baggrund af dette kapitel kan det sammenfattes, at ønsket om i sin tid at regulere de erhvervsdrivende fonde handler om at regulere de fondsejede virksomheder, der ikke pga. deres karakter som eksempelvis aktie- eller anpartsselskab allerede synes at være regulerede. De erhvervsdrivende fonde har før 1984 loven længe levet i skjul, men bliver synlige omkring 1960'erne og da fokus endelig kommer på de erhvervsdrivende fonde, bliver omfanget af fondenes midler og ejerskab ligeledes almen kendt. Med det store fokus finder lovgiver det nødvendigt at regulere fondene og nedsætter derefter et udvalg til at undersøge fonde i Danmark.

Det viser sig at omfanget af erhvervsdrivende fonde er så stort, at det er nødvendigt at lave en separat lov for disse selskaber. Da de erhvervsdrivende fonde yderligere typisk fordeler sig på to forskellige strukturer, en med direkte erhvervsdrift og en hvor fonden agerer moderselskab, er der behov for i loven af 1984 klart at definere

⁴⁰² Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde

⁴⁰³ Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015, s. 801

begrebet erhvervsdrivende. Hensigten med loven er blandt andet at opnå større gennemsigtighed på området for fonde, hvilket gennemføres ved at indføre obligatorisk registrering.

Ud over registreringen af og indsigt i de erhvervsdrivende fonde følger der med loven i 1984 en bestemmelse, der giver lovhjemmel til at få foretaget vedtægtsændringer så længe fondsmyndigheden og justitsministerens godkendelse foreligger. Lovhjemlet i sig selv er nyt på dette tidspunkt, men ikke at der bliver foretaget vedtægtsændringer efter myndighedens godkendelse, permutation.

Permutationsretten, som netop omhandler denne effekt, har været praktiseret i lang tid før loven af 1984, men der har aldrig været lovhjemmel herfor. Praxis for permutationsretten har været betinget af, at der for fonden eller dennes virksomhed er sket ændrede omstændigheder, der har medført, at nogle af fundatsbestemmelserne ville blive umulige at efterleve eller åbenbart uhensigtsmæssige. Med denne praksis følger der oprindeligt et proportionalitetsprincip for at sikre, at ændringer ikke går videre end nødvendigt. Derudover følger det af praksis, at den nye vedtægtsbestemmelse ligger så tæt på den oprindelige som muligt; cy-près. Begge disse overføres direkte til også at skulle gælde ved bedømmelser efter erhvervsfondsloven.

Formålet med vedtægtsændringer er, at den fondsdrevne virksomhed ikke skal lide last under styreformens konservative styringsgrundlag. Derfor vælger lovgiver her således at indføre lovhjemmel for vedtægtsændringer. Men det er ikke det eneste skridt mod en større regulering af selskabsformen, som sker i 1984.

Med inspiration fra den daværende aktie- og anpartsselskabslov indlægges flere regulerende bestemmelser for den fondsejede virksomhed og nogle af disse er specifikt henvendt til den konservative styreform, som f.eks. bestemmelsen om

minimum 50 % uafhængig ledelse af stifteren og dennes nærmeste familie. Så selvom der i betænkningens allerførste del argumenteres for, at fondsformens fordele netop er kontinuerlig ledelse og ejerskab, styrer 1984-loven mod en såkaldt selskabsificering af de erhvervsdrivende fonde med inspiration i aktie- og anpartsselskabslovens bestemmelser.

Lov om erhvervsdrivende fonde fra 1984 er unægtelig skelsættende for reguleringen af erhvervsdrivende fonde. Mellem 1984 og 2014 sker der ikke de største ændringer i loven, men efter fondsudvalgets rapport i 2012 bliver der, med den nye lov om erhvervsdrivende fonde fra 2014, næsten fordoblet antallet af paragraffer i loven i forhold til 1984 loven. Udgangspunktet for 2014 loven er at fokusere udelukkende på den erhvervsdrivende del af fonden, altså selskabet. I modsætning til 1984 er selve lovarbejdet dog også styret af erhvervs og vækstministeriet i stedet for justitsministeriet.

Der bliver i både udvalgets rapport samt i det endelige lovudkast lagt meget lidt vægt på det faktum, at en erhvervsdrivende fond ikke i sin helhed er kompatibel med aktie- og anpartsselskaber. Fokus er ikke på fonden men på virksomhedsdriften. Den selskabsificering, som allerede så småt ses påbegyndt ved loven af 1984, bliver endnu mere tydelig ved den nye lov. Størstedelen af de nye bestemmelser er stort set direkte kopieret fra den daværende selskabslov, der til dels stemmer overens med de anbefalinger, der i fondsudvalgets rapport fra 2012 bliver fremlagt.

Opfattelsen af, at de erhvervsdrivende fonde kan betragtes som andre selskaber med begrænset hæftelse, ses endvidere ved, at der i det lovforslag, som bliver fremsat og gennemført af erhvervsministeriet, er lavet direkte kopiering af bestemmelser fra selskabsloven ind i den nye lov om erhvervsdrivende fonde. Dette gælder også i tilfælde, hvor fondsudvalget ikke har været inde og analysere behovet. For denne afhandling er særligt bestemmelsen om formandsudpegningen relevant, da lovgiver

ved at indtage den af selskabslovens format, lader formanden vælges demokratisk af fondsbestyrelsen uagtet stifters vilje i forhold til kompetence eller kvalifikationskrav.

Sammenfattende for lov om erhvervsdrivende fonde kan det siges, at der med tiden er kommet et øget fokus på erhvervsdriften og der forsøges i et mindre omfang at tage stilling til, i hvilken grad fonden som juridisk person adskiller sig fra aktie- og anpartsselskaber og i hvilket omfang regulering på denne baggrund skal adskille sig.

Problematikken med denne form for fremgangsmåde er blandt andet, at reguleringen af fonde kommer så sent i den historiske udvikling og at det med reguleringen ønskes, at loven skal omfatte alle erhvervsdrivende fonde, således at ingen med loven af 1984 kan anfægtes at være undtaget af loven eller hidrøre anden lov (eksempelvis lov om fonde). Endvidere har der ved begge af de omfattende love i 1984 og 2014 været fokus på de erhvervsdrivende fondes betydning for det danske samfund. Dette synes at have medført at fokus i realiteten har været at reguleringen tilsigtes de store erhvervsdrivende fonde og der synes derfor ikke at være taget højde for, at langt størstedelen af de erhvervsdrivende fonde er mindre selskaber. Indførelsen af eksemplvis anbefalinger for god fondsledelse etc. er et godt eksempel på dette.

Med det store fokus på erhvervsdriften synes der hermed at være givet mindre fokus til stiftertiljen. Der henvises til at den skal overholdes, men tendensen i reguleringerne viser et større og større hensyn til virksomhedsførelsen og økonomiske behov end stiftertiljens betydning.

Kapitel 5 Grundloven og beskyttelsen af ejendomsretten

5.1 Oversigt

I dette kapitel ønskes det at analysere hvilken beskyttelse af ejendomsretten, der gives ved den danske grundlov og hvorledes denne beskyttelse skal forstås og håndteres. Dette er relevant for afhandlingens fokusområde for at kunne udlede, i hvilken grad stifters vilje ved erhvervsdrivende fonde kan siges at nyde en reel beskyttelse eller ej. Den eventuelle beskyttelse, fortolkningen heraf samt rækkevidden er relevant i forhold til, at man fra statens side indtil fondslovene i 1984 ikke har haft direkte lovhjemmel til udførsel af vedtægtsændringer, permutation. Derfor vil det være interessant at belyse, hvorledes sådanne vedtægter vil kunne siges at være beskyttet af grundloven og i hvilket omfang. Med dette kapitel vil fokus derfor være, at udlede grundlovens beskyttelse af juridiske personer. I det efterfølgende kapitel vil analysen da dreje sig om grundlovens beskyttelse af stifter/fondens ejendomsrettigheder. Formålet er således i dette samt næste kapitel, at se om det er muligt at udbygge en forståelse for det reelle retsforhold mellem grundlovens beskyttelsesbælte og fondsstifterens afledte ejendomsret. Dette vil da blive sat overfor fondsretten, for nærmere at afgrænse og klarlægge den ejendomsretlige beskyttelse ved grundloven overfor fondslovens bestemmelser, der i flere tilfælde tillader ændringer af bl.a. fundatser og dermed ændringer i de regler fastlagt af stifter.

5.2 Grundloven og menneskerettigheder

5.2.1 Generelt om Grundloven

Ejendomsretten er beskyttet ved grundlovens § 73. Men før selve grundlovsteksten og beskyttelsen herved analyseres er det relevant først at fokusere på selve

grundloven. Dette gøres med det udgangspunkt at skulle kunne forstå rettens forhold til grundloven og hvorledes man skal forholde sig til den og dennes bestemmelser ved fortolkning. Endvidere vil der fokuseres på begreberne menneskerettigheder, borgerrettigheder og frihedsrettigheder og samspillet mellem den europæiske menneskeretskonvention og den danske grundlov.

Grundloven er Danmarks øverste lov, der ratificerer hvorledes Folkestyret Danmark bør og skal fungere.⁴⁰⁴ Alle andre love i det danske retssystem skal være i overensstemmelse med grundlovens forskrifter.⁴⁰⁵ Derudover fremstiller grundloven fordelingen af magten i det danske kongerige. Hovedfokus i grundloven baserer sig på folkets vilje. Grundloven foreskriver, at den lovgivende magt ligger i Folketinget og regeringen, men at disse selvfølgelig består af repræsentanter valgt af befolkningen.⁴⁰⁶ Til at sikkerhedsstille at en eventuel regering ikke udnytter den lovgivende position, er det af grundloven stadfæstet, at domstolene er uafhængige af folketinget og derved altså ikke kan kontrolleres deraf på nogen måde, men følger de forskrifter der ved lov er fastlagt.⁴⁰⁷ Beskyttelsen af folket går endda så vidt, at der ikke uden en folkeafstemning kan tilsigtes nogle ændringer i den danske grundlov.⁴⁰⁸ Grl. § 88 skriver:

”Vedtager folketinget et forslag til en ny grundlovsbestemmelse, og regeringen vil fremme sagen, udskrives nyvalg til folketinget. Vedtages forslaget i uændret skikkelse af det efter valget følgende folketing, bliver det inden et halvt år efter

⁴⁰⁴ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 19

⁴⁰⁵ Se nærmere i kapitel 1 om forholdet mellem grundlov og anden lovgivning

⁴⁰⁶ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 19 og Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov, § 3

⁴⁰⁷ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 19

⁴⁰⁸ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 20 og Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov, § 20.

*den endelige vedtagelse at forelægge folketingsvælgerne til godkendelse eller forkastelse ved direkte afstemning.*⁴⁰⁹

Så selvom den styrende magt er tildelt de af folketingets repræsenterede medlemmer, da sikrer grundloven i sin eksistens, at der uanset hvad stadig er tale om et reelt stabilt og kontinuert folkestyre, som synes mindre sårbar overfor eventuelle ”kortere” politiske afvigende tendenser.⁴¹⁰

Den oprindelige grundlov er fra 1849 og kaldes i daglig tale Junigrundloven. Denne lov havde i sin tid den vigtige virkning at fungere som et opgør med enevældet. Kongeloven af 1665 bestemte at:

*”kongen skulle agtes som det ypperste og højeste hoved her på jorden over alle menneskelige love, og at kongen ingen anden dommer skulle have over sig end Gud alene.”*⁴¹¹

Efterfølgende har Danmark haft 4 ændringer i grundloven, hvis relevans for afhandlingen vil fremhæves løbende gennem analysen af grundlovens § 73.

5.2.2 Fortolkning og anvendelse af grundloven

Der har gennem historien været og stadig er uenighed om hvorvidt grundloven skal fortolkes i forhold til anden lovgivning. Alf Ross argumenterede for, at man skulle fortolke grundloven ret frit og i henhold til den gældende politiske situation.⁴¹² Han begrundede dette med følgende to forhold:

⁴⁰⁹ Lov nr. 169 af Juni 1953, Danmarks Riges Grundlov, § 88 1, § 2, pkt.

⁴¹⁰ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 20

⁴¹¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012 s. 23

⁴¹² Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret - Bind 1, 1980, s. 52/57 og bekræftet Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 32

For det første frembringer han, at grundloven ikke kun anvendes af domstolene men også og i videre grad af regeringen og Folketing.⁴¹³ Disse myndighedsorganer anvender selv grundlovsfortolkning, når denne kan relateres til politiske hensyn. På den måde kan det siges at fortolkningen af grundloven af f.eks. regeringen og Folketinget følger en anden mere holdningsbaseret (politisk) fortolkningsstil end hvis der skulle følges en mere begrænset og måske endda striks fortolkningsstil. Hertil kommer så, at domstolene på denne baggrund i et vist omfang bliver nødt til, at tage hensyn til disse politiske fortolkninger i de tilfælde, hvor der ikke er en klar stridighed med selve grundloven.⁴¹⁴

Det andet argument han frembringer, er hensynet til selve lovteksten og tiden, hvor den er blevet nedskrevet. Han mener, at man skal være varsom med at lave direkte formålsfortolkning efter bestemmelserne, da de ikke nødvendigvis vil reflektere det moderne samfund. Hertil kommer at bestemmelserne i grundloven er kortfattede, hvorfor dette skal forstås som rammebestemmelser.⁴¹⁵

Alf Ross mener altså, at man skal fortolke grundloven i henhold til den politik, lovgiver ønsker for samfundet. Det er dog ikke alle, der er enige i denne frie og politisk afhængige fortolkning af grundlovens forskrifter.⁴¹⁶ Der synes heller ikke helt rent lovmæssigt at være komplet understøttelse for denne især politiske fortolkning. Hvis grundloven generelt er sammensat således, at folket skal have den ypperste ret, hvor selv domstolen er skilt fra folketinget således, så disse ikke i sammenhold kan foranlediges at danne rammerne for retsstaten, kan det tænkes lettere mærkværdigt, at grundloven således skal fortolkes efter politiske opfattelser. Det konkluderes dog

⁴¹³ Alf Ross' argumentation for den friere politiske fortolkning hang sammen med den tids manglende domstolsprøvelse. Se kapitel 1

⁴¹⁴ Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret - Bind 1, 1980, s. 52/57 og bekræftet ved Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 32

⁴¹⁵ Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret - Bind 1, 1980 s. 52/57 og bekræftet ved Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 32

⁴¹⁶ Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret - Bind 1, 1980 s. 52/57 og bekræftet ved Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 33

også i ”Dansk Statsret - 2012”, at man bør fortolke grundloven som alle andre love uagtet om bestemmelserne synes af meget konkret eller mere løs karakter.⁴¹⁷

Udover at indeholde regler vedrørende regeringens konstituering og beføjelser for statslige organer omfatter grundloven også borgernes frihedsrettigheder. Disse er placeret i kapitlerne VII og VIII. Ejendomsrettens beskyttelse er inkluderet i disse kapitler af grundloven. Så af relevans for afhandlingen, vil der herefter anføres generelle egenskaber og fakta relateret til behandlingen af borger- og menneskerettigheder.

5.2.3 Menneskerettighederne og EMRK

Borger- og menneskerettigheder er ikke kun reguleret i grundloven, men er ligeledes grundelementet i visse internationale konventioner. Begge vil blive behandlet i dette afsnit, men hovedfokus vil være på grundlovens behandling heraf.

Når der tales om menneskerettigheder eller borgerrettigheder, er der tale om generelle rettigheder, der gælder for alle individer, som i en vis grad bygger på naturretlige elementer.⁴¹⁸ Man har før karakteriseret dette nærmere med, at det netop var rettigheder, som fulgte af den menneskelige natur.⁴¹⁹

”Denne naturretlige tankegang kom ikke mindst til at præge formuleringen af den amerikanske uafhængighedserklæring fra 1776 og den franske menneskerettighedserklæring fra 1789. I sidstnævnte siges således i art. 2, at menneskets naturlige og umistelige rettigheder, som det er ethvert politisk

⁴¹⁷ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 38

⁴¹⁸ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 262

⁴¹⁹ Henrik Zahle: Dansk forfatningsret 3, menneske rettigheder, 2006, s. 15

*fællesskabs formål at bevare, udgøres af friheden, ejendommen, sikkerheden og modstanden mod undertrykkelse.*⁴²⁰

Disse deles i grundloven i to forskellige genre, dem der relaterer sig til borgernes frihed og beskyttelsen overfor statslige indgreb overfor individet og dem der relaterer sig til folkets politiske rettigheder i form af valgret, mv.⁴²¹ Der er altså tale om personlige kontra politiske friheder.

*”De personlige frihedsrettigheder udgøres af grundlovens § 71 om den personlige friheds beskyttelse, grundlovens § 72 om boligens og privatlivets beskyttelse og grundlovens § 73 om ejendomsrettens beskyttelse”*⁴²²

Udover ovenstående vil religionsfriheden også blive anset som værende en del af de personlige frihedsrettigheder. Disse rettigheder er altså kendetegnet ved, at der ved stadfæstelse af dem tildeles borgerne et beskyttelsesbælte mod, at staten gør indtog i individets private anliggender.⁴²³

*”De politiske frihedsrettigheder udgøres af grundlovens § 77 om ytringsfriheden, grundlovens § 78 om foreningsfriheden og grundlovens § 79 om forsamlingsfriheden.”*⁴²⁴

De politiske omhandler altså de af populationens tildelte rettigheder, som relaterer sig til at kunne have politisk islæt. Dette vil således beskytte befolkningen ved at tillade, at disse (for eksempel ved uenighed med regeringsmagten) kan samles og diskutere og ytre sig sammen eller på anden politisk vis give deres mening til kende. Det er helt essentielt for demokratiet at disse politiske friheder er fundet i grundlovens bestemmelser.

⁴²⁰ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 262

⁴²¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 20

⁴²² Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 263

⁴²³ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 263

⁴²⁴ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 263

Udover den anførte todeling af rettighederne kan anføres, at staten ligeledes efter den danske grundlov skal overholde visse andre borgerkrav, som fremsat af de imellem liggende bestemmelser i grundloven, § 74-76, der omhandler den fri og lige adgang til erhverv, muligheden for arbejde og retten til offentlig understøttelse samt adgang til gratis undervisning i folkeskolen.

Det væsentlige netop når det relaterer sig til menneskerettigheder er, at beskyttelsen ikke kun gælder for eksempelvis danske statsborgere. Så længe et individ kan siges at hidrøre den danske retsorden, bør denne anses som dækket af de grundlovsbestemte borgerrettigheder. Som eksempel kan man som udlænding stadig have fast ejendom i Danmark. På denne vis er du altså, med det forhold du hører under den danske retsorden, beskyttet – her f.eks. i forhold til ejendomsrettens beskyttelse ved grundlovens § 73.⁴²⁵ Visse undtagelser findes dog i f.eks. § 71, men kun dér hvor det fremgår direkte af lovteksten.

Det er ikke kun grundloven, der beskytter friheds- og menneskerettigheder. Der findes en lang række internationale erklæringer, konventioner mm., der ratificerer beskyttelsen af de pågældende rettigheder med mere eller mindre juridisk bindende karakter. Den måske væsentligste i dansk sammenhæng er den af Europarådets europæiske menneskerettighedskonvention fra 1950, som Danmark tiltrådte i 1953. I forlængelse af den europæiske menneskerettighedskonvention blev der i 1959 i Strasbourg etableret en særskilt domstol, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, der bl.a. har kompetence til at tage stilling til, om de deltagende lande i konventionen overholder konventionen.⁴²⁶

Til forskel fra fortolkningsstilen der anvendes ved sager vedrørende friheds- og borgerrettighederne i den danske grundlov, fører man i Den Europæiske

⁴²⁵ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 263-264

⁴²⁶ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 265

Menneskerettighedsdomstol en såkaldt dynamisk fortolkningsstil. Dette går i sit simple ud på, at man fortolker konventionens bestemmelser videregående end, hvad der specifikt er fremsat ved ”bestemmelsernes ordlyd, forarbejder og mere sikre formål”.⁴²⁷

Charteret blev en del af Lissabontraktaten i 2009, hvorved det blev retligt bindende for alle EU institutioner samt medlemslande.⁴²⁸ Dog argumenteres der stadig for, at der ved grundlovsfortolkning ikke kan anvendes den fortolkningsstil eller praksis, der er anlagt ved og anvendes i forbindelse med den europæiske menneskerettighedskonvention. Dette begrundes ved to elementer. Første led er, at fortolkningsstilen ikke er ens med den danske måde at fortolke grundloven på. For det andet betyder det, at der foreligger en anden dynamisk fortolkningsstil, at der rent lovteknisk opstår et problem i forhold til grundlovens egne bestemmelser. Som ovenfor anført skal der ved grundlovsændringer følges den stramme procedure som foreskrevet ved grundlovens § 88. Anerkendes den europæiske menneskerettighedskonvention på højde med grundlovens egne bestemmelser, medfører dette altså at vi ændrer i grundloven. Ikke kun fortolkningsstilen, men også i bredden eller manglen på bredden i beskyttelsen efter lovtekstens indhold samt fortolkningen deraf. I det tilfælde har man altså med et i folketinget baseret flertal ratificeret lovgivning, der ændrer grundloven, som netop ikke er tilladt jf. grundlovens § 88. Trods den manglende lovmæssige ligestilling forventes domstolens fortolkninger af sager dog med tiden at afspejle den af EU’s fastlagte fortolkningsstil for de af charteret og traktatens fastsatte rettigheder.⁴²⁹

⁴²⁷ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 265

⁴²⁸ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 266

⁴²⁹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 267-269 samt Henrik Zahle: Dansk forfatningsret 3, menneske rettigheder, 2006, s. 38-39

5.2.4 Fortolkning af friheds- og borgerrettighederne (menneskerettighederne)

Der synes ikke at være det store grundlag for at behandle afsnittene om friheds- og menneskerettigheder i grundloven principielt anderledes end de af grundlovens andre bestemmelser.⁴³⁰ Der er dog sået tvivl om der skal differentieres mellem de forskellige rettigheder indenfor kapitel VII og VIII i grundloven. Adskillelsen anses som værende delene ved at have de politiske og personlige frihedsrettigheder samlet som et og de økonomiske og sociale rettigheder herunder ejendomsrettens beskyttelse på den anden side.⁴³¹ I et interview i Weekendavisen i 1996 fremsatte højesteretspræsidenten Niels Pontoppidan følgende betragtning i forbindelse med, hvorfor netop ejendomsrettens beskyttelse af domstolene bør behandles anderledes end de andre politiske og personlige rettigheder:

*”Netop på et område som ejendomsretten, hvor det gælder om at finde grænsen mellem beskyttelsen af den enkeltes ejendom og samfundets behov for reguleringer, bliver det et spørgsmål om ens politiske opfattelser. Hvis domstolene ikke udviste en vis tilbageholdenhed i den slags situationer, ville domstolene ende som en slags overfolketing.”*⁴³²

Hertil tilføjer den efterfølgende højesteretspræsident i 2003 at:

*”kompetencefordelingen mellem lovgiver og domstole taler for, at sikringen af sociale og økonomiske rettigheder, der jo er udtryk for en beslutning om ressourcefordeling, i overvejende grad må ske i den politiske proces.”*⁴³³

På denne baggrund må det altså ansluttes, at grundlovens bestemmelser angående friheds- og menneskerettigheder bør behandles som alle andre

⁴³⁰ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 266-269 samt Henrik Zahle: Dansk forfatningsret 3, menneske rettigheder, 2006, s. 35-39

⁴³¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 267

⁴³² Weekendavisen: Domstole vil få mere magt, fredag den 28. juni 1996

⁴³³ Torben Melchior: Artikel om Domstolenes Øgede Politisering (I bogen Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, red.), 2003 s. 218

grundlovsbestemmelser.⁴³⁴ Dog hertil vil de bestemmelser, der relaterer sig til de økonomiske og sociale rettigheder inklusive ejendomsrettens beskyttelse, være subjekt for en mindre intensiv domstolsprøvelse grundet disses politiske og tidsmæssige tilknytning.⁴³⁵ Ejendomsretten synes altså kun at være beskyttet i forhold til om retten findes af større værdi for samfundet end det enkelte individ, hvis der følges den generelle holdning til statsrettens teori angående grundlovens kapitel VII og VIII. Derfor er det relevant nu at drage fokus mod den reelle grundlovstekst og diskussionerne bag denne, for at kunne udlede hvorvidt den fremsatte fortolkningsteori, som just fremført, stemmer overens med den reelle hensigt med grundlovens beskyttelse af ejendomsretten.

5.3 Grundlovens § 73

5.3.1 Bestemmelsens ordlyd

Den gældende grundlov er fra 1953 og omfatter i alt 11 kapitler. I forhold til den oprindelige grundlov fra 1849 er der ikke ændret ved, at de to kapitler angående borger- og frihedsrettigheder ligger i kapitel VII og VIII. Mere præcist ligger den ejendomsretlige beskyttelse, som er denne afhandlings fokus i kapitel VII under § 73

Den gældende bestemmelse lyder:

§ 73: "Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.

Stk. 2 Når et lovforslag vedrørende ekspropriation af ejendom er vedtaget, kan en trediedel af folketingets medlemmer indenfor en frist af tre

⁴³⁴ Se her ovenstående afsnit om grundlovsfortolkning

⁴³⁵ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 267-268

søgnedage fra forslagens endelige vedtagelse kræve, at det først indstilles til kongelig stadfæstelse, når nyvalg til folketinget har fundet sted, og forslaget på ny er vedtaget af det derefter sammentrædende folketing.

Stk. 3 Ethvert spørgsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatningens størrelse kan indbringes for domstolene. Prøvelsen af erstatningens størrelse kan ved lov henlægges til domstole oprettet i dette øjemed.”⁴³⁶

For at kunne udlede gældende ret angående Grundlovens § 73's beskyttelse af ejendomsrettigheder for juridiske personer og specielt gældende for erhvervsdrivende fonde, er det nødvendigt at analysere den oprindelige Juni-Grundlov, da forarbejderne og udviklingen af den egentlige grundlovstekst blev dannet på baggrund af ”Beretningen om Forhandlingerne på Rigsdagen”.⁴³⁷

5.3.2 Generelt om Beretningen om forhandlinger på Rigsdagen 1848-1849

I ”Beretningen om forhandlingerne på rigsdagen” fra 1849 fremføres betænkningerne angående dannelsen af det danske riges grundlov (senere kaldt Juni-Grundloven). Denne betænkning giver ikke blot et billede af opgøret med enevælden og dannelsen af et demokrati i Danmark, men ligeledes et billede af, hvorledes det retlige perspektiv var i forhold til både ejendomsretten, men tillige endog til de daværende repræsenterede ”erhvervsdrivende” fonde eller såkaldte stiftelser. Der er som sådan ikke nogen direkte præambel til grundloven fra 1849, hvorfor det er nødvendigt at gennemanalysere beretningen om forhandlingerne på Rigsdagen, for at udlede bl.a. begrebsforståelse og bestemmelsernes hensigter.

”Beretningen om forhandlingerne på rigsdagen” var dokumentet udarbejdet i forbindelse med den grundlovgivende forsamling. Forsamlingen bestod af i alt 158

⁴³⁶ Lov nr. 169 af Juni 1953, Danmarks Riges Grundlov

⁴³⁷ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) var den grundlovgivende forsamling.

mænd, hvoraf 115 af disse var blevet valgt som repræsentanter for de forskellige amter i landet. De resterende 43 medlemmer, som skulle udgøre ¼ af forsamlingen, var direkte kongevalgte.⁴³⁸ Det første møde blev afholdt den 23. oktober 1848 og løbende forekom der møder endda nogle gange flere dage i træk. Det sidste møde og vedtagelsen af den endelige grundlov fandt sted den 25. maj 1949 og trådte i kraft den 5. juni samme år. Det endelige dokument runder 2000 siders tekst i gotisk skrift, der indeholder diverse taler og afgørelser fra grundlovsforsamlingens møder. Ud af disse mange sider er det i forbindelse med denne afhandling blevet fundet relevant at behandle nogle specifikke udsnit, hvor ejendomsretten eller relaterede emner hertil er blevet behandlet. De knap 100 siders tekst, som ligger til grund for disse afsnit, er blevet bedømt som væsentlige af forfatteren selv efter gennemlæsning af hele dokumentet.⁴³⁹ Det er dog sikret at dette egenhændige udsnit inkluderer de passager, der måtte have været anvendt i anden relevant litteratur angående ejendomsretsbeskyttelse af juridiske personer.

Følgende afsnit vil tage udgangspunkt i ”Beretningen om forhandlingerne på Rigsdagen” og de passager der synes at have relevans for grundlovens beskyttelse af ejendomsretten. Herefter følges begreberne og udvidelsen af ejendomsrettens beskyttelse gennem tiden med de efterfølgende grundlove for at kunne udlede, hvad der til slut må menes for værende gældende ret efter den af Grundloven fra 1953’s § 73 om beskyttelse af ejendomsretten.

⁴³⁸ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) første møde s. 35-36

⁴³⁹ Udsnittene som er behandlet i dybden står særstillet i litteraturlisten under Beretningen om forhandlingerne paa Rigsdagen

5.3.3 Beretningen om forhandlingerne på Rigsdagen og Ejendomsrettens beskyttelse

I udkastet som fremførtes til første behandling (der kun omfattede 80 § 'er) stod der i § 68 at

*”Ingen kan tilpligtes at afstaa sin Eiendom, uden hvor Almeenvellet kræver det. Det kan kun skee ifølge Lov og mod tilsvarende Erstatning”*⁴⁴⁰.

Sammenligner man denne bestemmelse med de andre, som ligeledes blev fremført ved grundlovsforsamlingen, var denne bestemmelse ikke den mest omdiskuterede. Udvalget havde som udgangspunkt ”kun” tre væsentlige omdrejningspunkter for deres diskussioner. Disse omfattede for det første den seriøsitet, som skulle forstås ved den ejendomsretlige beskyttelse, for det andet hvorledes ”Almeenvellet” skulle vurderes således, at det ikke var for enkelt at misbruge fra statslig side og for det tredje graden af det fremtidige lovfæstede erstatningskrav.⁴⁴¹

Det første punkt som grundlovsforsamlingen lagde vægt på angående bestemmelsen om ejendomsrettens beskyttelse omhandlede graden af ejendomsrettens beskyttelse. Dette blev fremhævet ved, at der af udvalget anførtes, at der forud for den i udkastet fremsatte lovtekst, skulle tilskrives sætningen ”Eiendomsretten er ukrænkelig”.⁴⁴² Årsagen var, at man havde til hensigt, at der i grundlovsteksten skulle være ekstra fokus på dette retsprincip og menneskelige grundsætning, som var historisk forankret. Denne beskyttelse af ejendomsretten kom ikke kun til udslag i denne paragraf, men sås også i en tillægsparagraf til det oprindelige udkast, den endelige § 86, der omhandlede retssikkerhed for at der ved statslig indtræden i private hjem skulle være lovhjemmel herfor, hvorfor § 86 begynder med ordene ”Boligen er ukrænkelig”.⁴⁴³

⁴⁴⁰ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 37

⁴⁴¹ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2593-2596 og 3192-3196

⁴⁴² Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2169

⁴⁴³ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2169

Om selve ordlyden ”ukrænkelig” kom som inspiration fra den foregående paragraf vides ikke, men der synes at være overensstemmelse mellem deltagerne om eksplicit at ville fremhæve en specifik beskyttelse af den private persons ejendomsret. Ønsket med denne rettighedsbeskyttelse hang bl.a. sammen med, at der i en række flere lande i Europa var indsat sådanne klausuler om ejendomsrettens beskyttelse mod statslige indgreb. Anvendelsen af ukrænkelighedsbegrebet i dette henseende kan drages helt tilbage til den franske menneskerettighedserklæring fra 1789, hvor det i artikel 17 står skrevet

*”at da ejendomsretten er en ukrænkelig og hellig ret, kan den ikke berøves nogen, undtagen når statens trang, der lovligen må bevises, øjensyneligt fordrer det, og da kun efter billig skadeløsholdelse, der må gå forud for afståelsen”.*⁴⁴⁴

Relationen til netop Frankrigs forfatning samt andre europæiske landes grundlove anlægges da også i begyndelsen af diskussionerne om § 68’s endelige udseende af medlemmet Nyholm, der i begyndelsen af sin tale henviser med ”som findes baade i den belgiske Grundlov od den franske Forfatning af 1830”.⁴⁴⁵

Det andet hovedpunkt, som var i fokus, omhandlede afståelsen af en persons ejendom hvis almenvellet kræver det. Her var der væsentlig større uenighed i forsamlingen. Ørsted mente klart, at der ved ordlyden ”uden hvor Almenvellet kræver det” var lagt op til muligheden for, at staten kunne udnytte denne ret til at foretage uhensigtsmæssige beslutninger. Han ytrer sig således

”at Eiendomsretten kan fordres afstået, naar ’Almenvellet’ kræver det. Det er en Sætning, som overmåde let kan misbruges”

⁴⁴⁴ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 298. Originaltekst fra Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789: ”La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité.”

⁴⁴⁵ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2593

*”Naar jeg i øvrigt sammenligner denne bestemmelse i Grundlovsudkastet med andre Grundlove, veed jeg ikke let en Grundlov, hvor der er give en saa udsrakt Ret til at betage Folk deres Eiendomme som her; der staaer i Almindelighed blot i andre Grundlove, hvad der staaer i Forordningen af 1801, at Eiendom ikke kan fordres afstaaet, uden hvor den behøves til offentlig Brug, og da mod Erstatning.”*⁴⁴⁶

Flertallet i forsamlingen ville dog ikke som Ørsted, men fulgte i stedet Algreen-Ussing, der mente at ordlyden ”til offentlig brug” ville afstå muligheder, hvor almenvellet virkelig ville være gavnet af en reel ejendomsafståelse.⁴⁴⁷ Diskussionen følger meget af principperne angående ekspropriation af ejendom. Der må dog siges at være relativ stor forskel på, om noget synes afstået på grund af fremtidig offentlig brug, eller når almenvellet kræver det. I forhold til om ”almenvellet kræver det”, bør dette forstås som regeringens ret til at overtage en persons ejendom, hvis dette synes til fordel for samfundet, hvorimod der efter forståelsen ”til offentlig brug” kun ville kunne udnyttes denne ret, i så fald, at formålet med afståelsen var på grund af en reel senere offentlig udnyttelse af den afståede ejendom.⁴⁴⁸

Det kan synes mærkværdigt at Algreen-Ussing netop ønsker en bredere statslig ret til at intervenere i den private ejendomsret, når han selv var særdeles fremtræden i forhold til, at få indført første sætning angående ejendomsrettens ukrænkelighed.⁴⁴⁹ Ørsted går endda så langt ifølge den pågældende diskussion, at han påtaler, at hvis man ønsker ordlyden almenvellet, da ville *”man være mere beroliget for Eiendomsrettens Ukrænkelighed”* hvis dette ikke blev fastlagt i grundloven.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2594

⁴⁴⁷ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2596f

⁴⁴⁸ Anders S. Ørsted understøtter argumentet angående betydningen af almenvellet, hvorimod Algreen-Ussing modsvarer Ørsted argumentation med den fremsatte ordlydsfortolkning af offentlig brug. Se Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2593-2596 og 3192-3196

⁴⁴⁹ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2593

⁴⁵⁰ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2596

Det er tydeligt at de to ansete jurister på ingen måde synes at enes på dette punkt i betænkningen. Der må dog også siges at være stor forskel på, om man som Ørsted forklarer, giver staten en magt til at kunne få private mænd til at afstå deres ejendom pga. en overbevisning om, at dette må synes at være mere samfundsgavnligt, eller om man blot giver denne ret i så fald at staten har en planlagt brug for den reelle ejendom. Betragter man de to begreber ”til offentlig brug” og ”hvor almenvellet kræver det” synes disse også at udlede et vist spænd af handlemuligheder og ligeledes begrænsninger deraf. Ørsted frygter i betænkningen, at staten vil kunne misbruge magten.

Hvis der fokuseres på definitionen ”hvor almenvellet kræver det” synes der at være tale om det tilfælde, hvor samfundet påkræver en ekspropriativ handling. For at dette kan ske, må det altså være fremført af folketinget ved lov, som det senere i bestemmelsen står skrevet. Det Ørsted hermed kunne synes at frygte er, at staten udnytter denne ret og måske træffer beslutninger af ekspropriativ karakter, hvor almenvellet i realiteten ikke er inddraget i beslutningen, men hvor et folketingsflertal blot træffer beslutning herom. Den ekspropriative handling ville kunne siges at være sårbare overfor politiske svingninger i samfundet og på den måde kunne bestemmelsen ”når almenvellet kræver det” altså skabe u hensigtsmæssige ejendomsafståelser på sigt. Tillige må definitionen om almenvellet kunne siges at trække retten til foretagelse af ejendomsafståelse videre end staten som institution. Ved offentlig brug ville en afstået ejendomsret ved eksempelvis et hus skulle indgå i opførslen af en motorvej produceret af det offentlige før denne skulle kunne eksproprieres. Men med anvendelsen af almenvellet som målestok vil det i teorien være nok at der var tale om at samfundet kræver det. Dermed kunne opførslen af en privat produceret motorvej i realiteten give staten ret til at foretage ekspropriation af ejendommen.

Algreen-Ussing tager lige præcis udgangspunkt i netop denne problemstilling. Han mener ikke at ekspropriation skal betinges af, at det skal være på grund af, at den eksproprierede ret skal anvendes i offentlig regi.⁴⁵¹ Han tilkommer med argumentet, at der således kan opstå en situation, hvor en privat part har en ejendomsret, som ville være meget mere værd at besidde for hele eller blot dele af samfundet, men da det offentlige nødvendigvis ikke skal bruge retten, kan denne ikke eksproprieres.

Der er tale om to vidt forskellige opfattelser af ekspropriationsretten. De synes dog at være fokus på ordet ejendom i de to juristers argumentationer. Hertil synes der i stedet af medlemmet Bisby at komme en helt væsentlig overvejelse. Også for at forstå magnituden af problemstillingen.

*”Det forekommer mig, at de tvende Udtryk, ’hvor Almeenvellet kræver det’ og ’naar det behøves til offentlig brug’ kunne tilstede en forskjellig Udtydning. Med Eiendom må man nemlig ikke alene tænke paa, hvad der nærmest synes at have foreskrevet Forslagsstilleren, Grundeiendomme, Huse, Jord eller deslige; der er ogsaa andre Eiendomme: Jagtretten er ogsaa en Eiendom, og Fæsteretten ligeledes.”*⁴⁵²

Han fortsætter argumentationen herefter med, at der netop ved at anvende vendingen almeenvellet gives staten en ret til at kunne afstå disse former for ejendomsrettigheder. Hvis vendingen ’til offentlig brug’ skulle anvendes, da vil man begrænse statens mulighed for at intervenere i visse ejendomsrettigheder. Hvad der er vigtigt i Bisby’s overvejelse er specielt, at det ejendomsretlige begreb ikke kun omhandler reelle fysiske genstande, hvorpå man har en ejendomsret, men at ejendomsretten skal fortolkes bredt i grundlovens forstand.⁴⁵³ Om staten f.eks. ikke vil kunne ekspropriere en jagtret, hvis terminologien ”til offentlig brug” anvendes, kan betvivles. Der er som

⁴⁵¹ Beretningen om Forhandlingerne på Rigsdagen s. 2596

⁴⁵² Beretningen om Forhandlingerne på Rigsdagen s. 3199

⁴⁵³ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 303

ovenfor benævnt mere tale om, om den ekspropriative handling kan udføres blot på baggrund af statens virke som offentlig myndighed eller også ved, at det anses for gavnligt for andre private (samfundet/almenvællet).

Tichering udtaler i denne forbindelse:

*”Man har snart forsøgt at sætte Staten over Eiendommen og snart forsøgt at sætte Eiendommen over Staten. Det, som Paragraphen her udtrykker, synes mig at være simpelt, at den sætter Staten over Eiendommen.”*⁴⁵⁴

Han giver her sin klare holdning til støtte for Algreen-Ussing, hvormed staten skal kunne intervenere i den privates ejendomsret, hvis almenvællet kræver det. Det kan betvivles, om Tichering synes at opfatte, at staten ved begge vendinger vil synes at være over ejendomsretten og at det der er uenighed om mellem Ørsted og Algreen-Ussing er bredden på staten/almenvællet. Med flertal bag sin holdning ender bestemmelsens formulering da også at følge Algreen-Ussing og derved blive almenvællet.⁴⁵⁵

Det sidste omdrejningspunkt, som debatten går på mellem udvalgets medlemmer, er definitionen omkring graden af erstatning. Nærmere bestemt om ordlyden skal være ”tilsvarende” eller ”fuldkommen erstatning”. Der synes ikke at være en betydelig opshedet debat på dette punkt, men Tichering stiller dog spørgsmål til, at debatten parterne imellem har gået på, at ”tilsvarende” synes at være for lidt, hvorimod han så opstiller, at han synes at ”fuldstændig” erstatning derved må synes at være for meget.⁴⁵⁶ David henviser dog til tidligere forordning af:

”Det er derfor ogsaa, at jeg maa tillade mig igjen at komme tilbage til den ældre Lovgivning, og navnlig til Forordningen af 5te Marts 1845, thi deraf

⁴⁵⁴ Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen s. 3194

⁴⁵⁵ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 3638f

⁴⁵⁶ Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen s. 3194

*lærer man, at man, hvor man for Almeenvellets Skyld har maattet gjøre Indgreb i den privates Eiendomsret, hidtil har tilsikkert denne et fuldstændigt Vederlag; den nævnte Anordning siger nemlig udtrykkelig, at Enhver, som til Udførelsen af en til det almindelige Bedste nødvendig Foranstaltning maa afstaae sin Ejendom, skal erholde billig og fuldstændig Erstatning”.*⁴⁵⁷

Man vælger at ændre udkastet således, at den går fra ”tilsvarende” til ”fuldstændig” erstatning. En af de grundlæggende årsager hertil synes at være, at man ikke ønsker forvirring angående udmålingen af erstatningen, hvorfor tilsvarende ville kunne stille større rummelighed for fortolkning, hvorimod man ved at vælge ordlyden fuldstændig konkretiserer erstatningens volumen.⁴⁵⁸

Den endelige udgave af paragraffen for den ejendomsretlige beskyttelse blev derved i Juni-Grundloven:

*”Eiendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstaae sin Eiendom, uden hvor Almeenvellet krævet det. Det kan kun skee ifølge Lov og mod fuldstændig Erstatning.”*⁴⁵⁹

Samlet set må man vel udlede, at forsamlingen i sin helhed har skabt en grundsætning for det danske rige som sætter staten over den personlige ejendomsret.⁴⁶⁰ Rent logisk giver dette vel også mening, at man som deltagende i et demokratisk samfund indordner sig under et regelsæt, der rækker ud over individets individuelle rettigheder, da dette netop i sin helhed er rammen for et reelt demokrati. Man kan dog undres over, hvorfor forsamlingen (bl.a. Algreen-Ussing) lagde så meget vægt på at fremhæve ejendomsrettens ukrænkelighed, som egentlig følger en udemokratisk naturretlig tankegang og oprindelse, når man efterfølgende så er gået ind og fremført

⁴⁵⁷ Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen s. 3195

⁴⁵⁸ Se Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen s. 2593-2596 og 3192-3196 – særligt Ørstedes kommentar

⁴⁵⁹ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 3644

⁴⁶⁰ Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen s. 3194

det yderst nødvendigt at lade staten kunne bryde denne ukrænkelighed, så snart det synes imod almenvellet. Der er i senere litteratur dog blevet frembragt, at ejendommens ukrænkelighed i grundlovens § 73 kun bør anses som en programerklæring, der stemte overens med bl.a. den franske menneskerettigheds erklærings artikel 17.⁴⁶¹

Undersøger man grundlaget for, hvorledes grundloven er bygget op, kommer der nogle overraskende momenter i forhold til den formulering, som er den endelige ved Juni-Grundloven. Folketinget udgav i forbindelse med Grundlovsdebatten i 2002 en lille ”håndbog” angående grundloven kaldet ”Grundloven – hvorfor og hvordan?”. I denne fremstilling, skrevet af dr.jur. Jens Peter Christensen, fremstilles nogle af de grundelementer, som lægger bag hvorfor man har lavet en grundlov og begrundelsen for de forskellige delelementer, som en grundlov omfatter. Til grundlovens afsnit VIII angående borgernes rettigheder, hvori vi finder paragraffen angående ejendomsrettens ukrænkelighed, skrives der i denne folder følgende:

”Ud over at fastlægge reglerne for de øverste statsorganer har en grundlov til formål at sikre borgerne visse fundamentale rettigheder over for staten. Den grundlægende tanke har været, at borgerne har krav på, at visse dele af deres tilværelse beskyttes mod statens indblanding.”⁴⁶²

Teksten fortsætter med, at hvis der så sker indtræden har man, som loven tilskriver, ret til fuld erstatning. Hvad der kan findes pekuniært i denne sammenhæng er, at diskussionerne bag grundloven i ”beretningen om forhandlingerne på rigsdagen” netop omhandlede hvorvidt staten eller borgerne skulle stå øverst. Selvom man fra statslig side giver fuldstændig erstatning ved ekspropriation, synes det ikke at være sådan, at ejendomsretten for borgerne derved kan synes at være over staten. Snarere

⁴⁶¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 298

⁴⁶² Jens P. Christensen ”Grundloven – hvorfor og hvordan?”, 2002

kan man vel udlede af dette, at man fra statslig side betragter alle ejendomsrettigheder som erstattelige ved en monetær modydelse. Dette ræsonnement giver anledning til en diskussion om grundlæggende rettigheder i sin reelle egenskab bør og kan være subjekt for en erstatning, altså er en rettighed altid målbar i rede penge? Ved ingen af de andre grundlæggende borgerrettigheder står der i grundloven noget om ret til erstatning for unddragelse af denne rettighed. Man kan altså udlede, at der ved grundlovens udformning reelt ikke synes at være grundlag for, at ejendomsretten i realiteten synes at være en grundlæggende menneskerettighed, da den til evig tid vil kunne være offer for almenvellet og derved skulle modsvares ved erstatning, hvorimod en reel grundlæggende rettighed, som ses ved f.eks. ytringsfriheden, må anses som en reel menneskerettighed.⁴⁶³

5.3.4 Grundlovens § 73 fra 1849 til 1953

Dette afsnit har til formål kort at beskrive vejen fra ”beretning om forhandlingerne på rigsdagen” til den nugældende grundlov fra 1953 med fokus på § 73. Herefter vil den nugældende § 73 blive analyseret med blandt andet fokus på de relevante definitioner i lovtæksten, betydningen heraf samt paragraffens beskyttelsesbælte.

I forhold til § 73 stk. 1 er der ikke sket nogen ændringer i forhold til den oprindelige ordlyd fra 1849 til 1953. Det skal dog hertil bemærkes, at før ændringen af Grundloven i 1953, fremkom der i 1949 en betænkning afgivet af en forfatningskommission, der indeholdt ændringsforslag samt begrundelse for disse ændringer i grundloven. I kapitel VIII, der som førhen beskrevet angiver borgernes rettigheder, ses der en mindre uddybelse af enkelte paragraffer. Ukrænkeligheden som begreb overføres bl.a. fra kun at gælde bolig og ejendomsret til også at gælde for den personlige frihed jf. § 72 i betænkningen (kommende § 71). Begrebet synes altså

⁴⁶³ Se også ovenstående afsnit om fortolkning af grundloven

at blive identificerbar med en større del af de borgerrettigheder, som der findes i grundloven.⁴⁶⁴

I den anden grundlovsændring (1915) blev stk. 2 i den nuværende § 73 tilskrevet. Denne grundlov stod for et brud med den privilegerede valgret, der herskede på daværende tidspunkt, der blandt andet omhandlede, at bedrestillede borgere havde en slags dobbelt valgret i både landsting og folketing. Hertil skal nævnes, at også kvinder fik valgret. Derudover skete der et skelsættende nyt tillæg i 1915-grundloven ved, at den nuværende § 88 (som før omtalt) blev implementeret og dermed besværliggjorde fremtidige ændringer i grundloven.⁴⁶⁵ Det oprindelige stk. 2 til § 73 foreskrev at:

”Naar et Lovforslag vedrørende Ekspropriation af Ejendom er vedtaget, kan 1/3 af Folketingets Medlemmer senest 14 Dage efter Forslagets endelige Vedtagelse kræve, at det først indstilles til kongelig Stadfæstelse, naar nye Valg til Folketinget har fundet Sted og Forslaget paa ny er vedtaget af den derefter sammentrædende Rigsdag.”⁴⁶⁶

Ved grundloven i 1953 blev denne dog ændret således, at mindretallet kun har 3 søgnedage til at kræve, at ekspropriationsloven skal vedtages efter næste folketingsvalg.⁴⁶⁷

Formålet med bestemmelsen synes for det første at være et ønske om, at en regering ikke blot kan udnytte reglen om mulig ekspropriation pga. et måske midlertidigt flertal i folketinget for udøvelse af politiske ønsker. Dette stemmer godt overens med de bekymringer der bl.a. af Ørsted ved forhandlingerne på rigsdagen blev fremført. Hertil synes bestemmelsen også at stemme overens med netop det opgør, der forelå

⁴⁶⁴ Betænkning afgivet af forfatningskommissionen af 1946 – Betænkning til forslag til Danmarks Riges Grundlov

⁴⁶⁵ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 25

⁴⁶⁶ Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1915

⁴⁶⁷ Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1953

med 1915-grundloven mod at de økonomisk velstillede i landet havde en beriget magt i forhold til andre. Med både denne bestemmelse og den nuværende § 88 søgte man altså at minimere at et styrende politisk flertal kunne foretage større ændringer i samfundsstrukturen uden at mindretallet til dels er enige dermed.⁴⁶⁸ I forhold til netop denne bestemmelsen drejer den sikkerhed sig om, at den som står som omfattet af en eventuel ekspropriation ikke udsættes for ekspropriation, der kan betvivles af folketingets egne medlemmer i en sådan grad, at det må siges ikke at være repræsentativt for hele befolkningen eller som stk. 1 betegner det ”almenvellet”. Der kan altså stilles spørgsmål ved, om der ved tilpas stor modstand i et folketing, kan argumenteres for fra et lovligt samt politisk synspunkt, at den pågældende ekspropriation kan betragtes som gavnlig for almenvellet.

Den sidste del af den nugældende § 73 blev indført som stk. 3 ved 1953-grundloven og tilskriver:

*”Ethvert spørgsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatningens størrelse kan indbringes for domstolene. Prøvelse af erstatningens størrelse kan ved lov henlægges til domstole oprettet i dette øjemed.”*⁴⁶⁹

Denne del blev indført med følgende begrundelse i betænkningen afgivet af forfatningskommissionen 1946:

*”Der er i kommissionen enighed om, at der ikke ved bestemmelsen om domstolsprøvelse ... er taget stilling til spørgsmålet om domstolens adgang til at prøve loves forenelighed med grundloven ... Bestemmelsen udelukker, at der i en ekspropriationslov kan træffes bestemmelse om, at ekspropriationsakten ikke kan indbringes for domstolene.”*⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 25 og 299

⁴⁶⁹ Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1953

⁴⁷⁰ Betænkning afgivet af forfatningskommissionen af 1946 – Betænkning til forslag til Danmarks Riges Grundlov

Med indførslen af bestemmelsen i § 73 stk. 3 udvidede man endnu engang beskyttelsen af ejendomsretten, som fremført ved grundloven i 1849. I 1915 var det med en sikkerhedsstilling overfor regeringsmagten, hvormed bestemmelsen i 1953 også kan siges at relatere sig til. Der blev altså inkorporeret en intensiveret domstolsprøvning af lovmedholdeligheden af en ekspropriationsrelateret handling. Det interessante med de to yderligere beskyttende bestemmelser, som altså inkorporeres i 1915 og 1953 er, at de er stærkt relateret til den frygt, som netop under grundlovsforhandlingerne til grundloven i 1849 blev fremført af Ørsted. Ørsted frygtede, at staten kunne udnytte magten at ændre i private mænds rettigheder. Uanset om man synes at være fortalere for anvendelsen af begrebet ”almenvellet” eller ”til offentlig brug”, synes disse to ekstra beskyttende bestemmelser at hæve sig over denne diskussion og i stedet direkte søge en minimering af politiske uretmæssige eller uhensigtsmæssige ekspropriative handlinger og samtidig sikre, at de udover den politiske ”flertalsprøvning” ligeledes af interessenter kan afprøves ved domstolen og derved bedømmes i et mere juridisk perspektiv.⁴⁷¹

5.4. Beskyttelsen efter grundloven

5.4.1 De væsentlige dele

Efter en gennemgang af udformningen af selve grundloven og hensigten bag de forskellige bestemmelser i relation til ejendomsrettens ukrænkelighed, ønskes det med dette afsnit at gå nærmere ind i delelementerne i § 73 og analysere det i sammenhold med senere litteratur for at udlede, hvad man må anse for gældende ret i forhold til beskyttelsen af § 73. I senere afsnit vil det analyseres, i hvilken grad den erhvervsdrivende fond som juridisk person er omfattet af den ejendomsretlige

⁴⁷¹ Se nærmere de efterfølgende to analyser ang. § 73 stk. 2 - Minoritetsbestemmelsen og 3 - Domstolsprøvelsen

beskyttelse i Grundlovens § 73.⁴⁷² Den gældende § 73 i den danske grundlov af 1953 skriver nu:

”Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.

Stk. 2 Når et lovforslag vedrørende ekspropriation af ejendom er vedtaget, kan en treindedel af folketingets medlemmer indenfor en frist af tre søgnedage fra forslaget endelige vedtagelse kræve, at det først indstilles til kongelig stadfæstelse, når nyvalg til folketinge har fundet sted, og forslaget på ny er vedtaget af det derefter sammentrædende folketing

Stk. 3 Ethvert spørgsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatningens størrelse kan indbringes for domstolene. Prøvelsen af erstatningens størrelse kan ved lov henlægges til domstole oprettet i dette øjemed.”⁴⁷³

De understregede elementer i lovbestemmelsen vil nærmere blive analyseret på baggrund af supplerende litteratur på området. Analysen har afhandlingens fokusområde for øje, hvorfor der kun behandles fortolkninger og diskussioner, som kan anvendes senere ved betragtning af ejendomsrettens beskyttelse for juridiske personer og nærmere erhvervsdrivende fonde samt stifter/stifterviljen.

5.4.2 Ukrænkeligheden

At ejendomsretten er ukrænkelig synes allerede på baggrund af betænkningen og argumentationen, der fulgte af den oprindelige Juni-grundlov at udelukkende være en

⁴⁷² Danmarks Riges Grundlov, Lov Nr. 169 af 5. juni 1953

⁴⁷³ Lov n. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov, § 73

programerklæring mere end en reel virkelig totalitær beskyttelse.⁴⁷⁴ I det hele taget må det siges, at det at formulere en borgerrettighed, hvorefter man direkte efter indsætter mulighed for staten at fratage denne borgers ret, hvis almenvellet kræver det, tilsidesætter i den grad den ukrænkelighed, man just har fremsat.

Anvendelsen af et så omfavnende og stærkt ord som ukrænkelighed (der tillige også anvendes ved de andre borgerrettigheder) giver, som Ørsted fremhæver det i hans argumentation, ikke nogen yderligere beskyttelse, når man betragter resten af bestemmelsen.⁴⁷⁵ Ørsted fremsætter endog, at ukrænkeligheden faktisk ville være bedre beskyttet, hvis § 73 (daværende § 68) ikke var nedskrevet i grundloven. Dette er måske lidt langt at tage sit statement, men når man ser på den efterfølgende behandling af begrebet om ukrænkeligheden i denne kontekst, ses det, at der er opbakning om, at denne ukrænkelighed kun skal forstås som en programerklæring, men som man ikke kan udlede nogen direkte virkninger af.⁴⁷⁶ I stedet ligger selve virkningen af ukrænkeligheden lænket fast til den reelle ejendomsret, altså den beskyttede rettighed som subjekt. At man har anvendt ordet ukrænkelighed synes dog, som før nævnt, mere at være en direkte overdragelse fra de andre europæiske landes grundlove eller forfatninger (inklusive her den franske menneskerettighedserklærings artikel 17), som det af medlemmerne af grundlovsforsamlingen også blev fremsat.⁴⁷⁷

5.4.3 De beskyttede rettigheder

Hvad omfatter så af denne ejendomsret? I den oprindelige grundlov var der hovedsagelig tanke på en reel ejendom, men der fulgte også kommentarer om, at man

⁴⁷⁴ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 298

⁴⁷⁵ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2591ff

⁴⁷⁶ Poul A. Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954 s. 718 og Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973 s. 398

⁴⁷⁷ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2593

skulle tænke bredere end som så og at den måtte omfatte flere rettigheder som f.eks. jagtret.⁴⁷⁸ Helt grundlæggende kan man ud fra en ordlydsfortolkning udlede, at begrebet bør gælde enhver ejendom, ejendel et menneske retligt besidder. Det være sig alt fra ejendom til løsøre samt en rettighed til udøvelse af en ret, som fremført i forhandlinger bag Juni-grundloven.⁴⁷⁹ Hvad der dog ikke synes at være behandlet i litteraturen er hvor langt ejendomsretten går i forhold til et givent gode, som ikke er retligt beskyttet. Alf Ross fremsætter bl.a. en beliggenhed eller udsigt som eksempel.⁴⁸⁰ Dette må dog til en hvis grad synes at være dækket, idét man logisk set vil have implementeret sådanne elementer ved en vurdering af ejendommen, hvorfra denne udsigt findes. Men om udsigten i sig selv skal kunne forstås som en separat ejendomsret er uvis.⁴⁸¹

”Sammenfattende kan det siges, at ejendomsbegrebet i grundlovens § 73 er ganske bredt. Begrebet kan generelt – men samtidig lidt forenklet – siges at omfatte enhver i lovgivningen anerkendt ret for den berettigede til at udnytte et givent gode.”⁴⁸²

5.4.4 Beskyttelsesobjektet

For at kunne udlede hvem der er dækket af den ejendomsretlige beskyttelse er det nødvendigt at finde ud af, hvad definitionen ”Ingen” omfatter i grundlovens § 73. I den oprindelige beretning om forhandlingerne på rigsdagen, kommenteres definitionen af omfanget af beskyttelsen baseret på begrebet ”ingen” ikke. Givet at ejendomsrettens beskyttelse er skrevet i VIII kapitel omhandlende borgernes

⁴⁷⁸ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 3199

⁴⁷⁹ Poul A. Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 721, Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret – Bind 2, 1980, s. 647, Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973, s. 401 samt U 1967.22 H (første håndskriftssag) – se afsnit om håndskriftssagerne.

⁴⁸⁰ For en fyldestgørende oversigt over hvad der måtte hidrøre ejendomsretsbegrebet se Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 300-303

⁴⁸¹ Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret – Bind 2, 1980, s. 650

⁴⁸² Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 303

rettigheder, må man dog som minimum kunne udlede, at borgere i landet må være dækket af grundlovens forskrifter og derved må referencen ”ingen” tilegne sig disse borgere. Det nærmeste man kommer på, hvem definitionen ”ingen” betegner andet end fysiske personer, ses i diskussionerne i forhandlingerne på rigsdagen omhandlende udkastets § 66 (den endelige § 82), der omhandler, at ingen er pligtig til at give penge til en kirke eller trosretning, som ikke er indenfor personens egen tro. Hertil blev der stillet forslag om, at der skulle tilføres at:

”de til Kirken, Skolen og milde Stiftelser henlagte eller skænkede Eiendele og Midler kunne ikke anvendes til noget fremmet Øiemed”.⁴⁸³

V. J. Bjerring fremsætter hertil hans klare holdning til dette admendment ved:

”Sagen stillede sig saaledes for mig: Enten har Kirken, Skolen og de milde Stiftelser en fuldstændig Eiendomsret til de Eiendele og Midler, der ere henlagte til dem eller skjænkede til dem, og i det Tilfælde forekommer Paragraphen mig aldeles overflødig, eftersom Eiendomsretten vistnok i ethvert Tilfælde vil være sikret, selvom ikke den Bestemmelse blev optagen i § 68, som Comiteen har foreslaaet, at der udtrykkelig skal staae: ’Ejendomsretten er ukrænkelig’; - eller ogsaa har Kirken, Skolen og de milde Stiftelser ikke en saadan Eiendomsret, og da anseer jeg det ingelunde for hensigtsmæssigt, at man i denne Grundlovsparagraph skulde give dem en saadan Eiendomsret, uden at den fornødne foreløbige Undersøgelse derom er anstillet”.⁴⁸⁴

Der var opbakning angående denne betragtning og Mynster udtaler sig til slut i diskussionen:

⁴⁸³ Beretningen om Forhandlingerne paa Rigsdagen 1848-1849, II sp. 2175

⁴⁸⁴ Beretningen om Forhandlingerne paa Rigsdagen 1848-1849, II sp. 3098

*”en Bestemmelse som den, her indeholdes, synes at være indeholdt allerede i den Bestemmelse, at Eiendomsretten er ukrænkelig”.*⁴⁸⁵

Forslaget bliver da heller ikke vedtaget som en del af selve grundlovsteksten. På denne baggrund må det siges, at forsamlingen synes at have den opfattelse, at den ejendomsretlige beskyttelse ikke kun gælder for fysiske personer, men skal forstås bredere og i det mindste dækkende for kirken skolen og milde stiftelser.⁴⁸⁶

Problematikken blev endvidere behandlet i 1872 af J. Nellesmann⁴⁸⁷, der udgav en redegørende betænkning angående ”Valløe Stifts og Vemmetofte Klosters Retsforhold til Staten” her skriver han

*”Navnlig maa den almindelige Lovgivningsmagt – hvad Enevoldskongen ikke behøvede – agte den private Eiendomsret, fordi Grundlovens § 82⁴⁸⁸ til den Enkeltes Betryggelse sætter denne Grænse for den, og naar Grundlovens § 82 siger, at Eiendomsretten er ukrænkelig, er selvfølgelig dette sagt ikke blot om de physiske Personer, men ogsaa om Stiftelser og andre juridiske Personer, som lovligen bestaae”.*⁴⁸⁹

Denne betragtning støttes endvidere af Poul Andersen:

*”Efter Ordlyden af (1953-) Grl. § 73, 1 stk., staar ingen Ejere udenfor den grundlovmæssige Beskyttelse af Ejendomsretten ... Det er ... uden Betydning, om Ejeren er en Enkeltmand, et Selskab eller en Stiftelse, det sidste hvad enten dens Fundats er konfirmeret eller ej.”.*⁴⁹⁰

Hertil kommer det sig, at Alf Ross udvider denne betragtning ved:

⁴⁸⁵ Beretningen om Forhandlingerne paa Rigsdagen 1848-1849, II sp. 3359

⁴⁸⁶ Michael H. Jensen: Beskyttelse af Juridiske Personer Efter Grundlovens § 73, 2006, s. 31-33

⁴⁸⁷ Johannes Magnus Valdemar Nellesmann uddannet Cand.jur. i 1849, medlem af Landstinget (fra 1870) på tiden hvor han denne betænkning fremsatte og blev 2 år herefter justitsminister.

⁴⁸⁸ Her tale om grundloven efter første ændring i 1866 – ”Den Gennemsete Grundlov”

⁴⁸⁹ Johannes M. V. Nellesmann: Om Valløe Stifts og Wemmetofte Klosters Retsforhold til Staten, 1972, s. 46

⁴⁹⁰ Poul Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 778, samt ved UfR 1961 B. side 149-151 og 197-198

*”beskyttelsen gælder ikke blot til fordel for enkeltpersoner, herunder udlændinge, men også til fordel for såkaldte juridiske personer – aktieselskaber, foreninger, stiftelser m.m.”*⁴⁹¹

Det må altså herved kunne betragtes, at den ejendomsretlige beskyttelse ved Grundlovens § 73 generelt gælder, som det er frembrag af Ernst Kaufmann i hans bog ”erhvervsdrivende selvejende institutioner”:

*”hvadenten ’ejeren’ er en fysisk person eller en juridisk person, være sig et selskab, en forening, et legat, en stiftelse eller en selvejende institution i øvrigt, og hvadenten denne måtte være erhvervsdrivende eller ej.”*⁴⁹²

På baggrund af den således ekstremt brede definition af hvem beskyttelsessubjektet inkluderer, er det herefter interessant at se nærmere på selve afståelsen/ekspropriationsbegrebet.

5.4.5 Ekspropriationsbegrebet

5.4.5.1 Bedømmelseskriterierne

Ved den grundlovgivende forsamling kom man ikke nærmere ind på selve begrebsafklaringen eller det påkrævede omfang i forbindelse med ekspropriationsbegrebet, dette følger af den senere teori.⁴⁹³

Selve begrebet ekspropriation anvendes ofte ved alle statslige indgreb i private ejendomsret, selvom der ikke altid i sådanne tilfælde vil være tale om reel ekspropriation. I stedet bør det siges, at der er tale om et ejendomsretligt indgreb. Langt de fleste indgreb i ejendomsretten som foretages i praksis kan ikke defineres

⁴⁹¹ Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret II, 1960, s. 545, se endvidere UfR 1961 B. side 174

⁴⁹² Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1960, s. 251

⁴⁹³ Knud Illum: Servitutter, 1943 s. 53

som ekspropriation, men mere som erstatningsfrie bestemmelser. Det anses som en nødvendighed, at der i et samfund er mulighed for at foretage disse erstatningsfrie bestemmelser. Eksempler herpå fremføres blandt andet i bogen ”dansk statsret”:

”Det er således klart, at der må være adgang til at fastsætte nye skærpede regler om eksempelvis anvendelse af kemikalier i jordbruget for at beskytte miljøet, om opførelse af bygninger for at forebygge brand og om periodisk syn af motorkøretøjer for at øge trafiksikkerheden, uden at der almindeligvis skal ydes erstatning for tab, som de berørte ejere måtte lide.”⁴⁹⁴

Et indgreb skal kunne betragtes som en reel afståelse før det kan omfattes af bestemmelsen i § 73. Derudover skal handlingen, før der kan være tale om egentlig ekspropriation, være konkret og kausal.⁴⁹⁵ Helt generelt skal man ved ejendomsretlige indgreb foretage en konkret vurdering, der baseres på baggrunden af omfanget af indgrebet samt graden af den reelle afståelse, der fratages den berørte part. Derudover skal det vurderes, om der findes et kausalt grundlag for foretagelsen af indgrebet. Der har gennem litteraturen været forskellige måder at behandle ekspropriation på. De ligger ikke langt fra hinanden, men handler i realiteten mere om, hvorledes man har opdelt bedømmelseskriterierne. Hovedvægten i denne afhandling vil basere sig på en kombination mellem den af Alf Ross fremførte og den af Christensen, Jensen og Jensen.⁴⁹⁶ På denne baggrund skal et ejendomsretligt indgreb behandles i forhold til 4 kriterier, før det kan siges at være af ekspropriativ karakter; Overførselskriteriet, Generalitetskriteriet, Intensitetskriteriet og til sidst Kausalitetskriteriet.

⁴⁹⁴ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 303

⁴⁹⁵ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 303

⁴⁹⁶ Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret – Bind 2, 1980, s. 668 og Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 304f

5.4.5.2 Overførselskriteriet

Overførselskriteriet omhandler hvorvidt der kan siges at være sket en overførsel fra en person til en anden uanset om denne måtte være fysisk eller juridisk. Før der kan være tale om at der er afståelse i forbindelse med ekspropriation, skal der altså være blevet overført en ejendomsret. Som eksempel herpå kan der henledes til sagen om de islandske håndskrifter.⁴⁹⁷ Hvor håndskrifter sammen med kapital blev overført fra en privat fond til Islands universitet. Her er der tale om en reel afståelse og overførselskriteriet vil i denne sammenhæng være opfyldt.⁴⁹⁸ Christensen, Jensen og Jensen anvender i deres ”dansk statsret” et eksempel til at forklare, hvornår der ikke er tale om, at overførselskriteriet er opfyldt. Dette omhandler sagen U 2008.378 H (Almen bolig-sagen):

”Om overførelse af beføjelsen til at sælge boliger fra en almen boligorganisations øverste myndighed til organisationens enkelte afdelinger”⁴⁹⁹

Det pågældende eksempel må siges at være glimrende til at vise, hvorledes overdragelseskriteriet på ingen måde er opfyldt. Trods at beføjelsen har rykket sig fra det øverste organ ned til de enkelte afdelinger, kan det ikke siges, at der er tale om reel afståelse. Retten bevares indenfor organisationen og på den måde kan det altså ikke siges, at der er tale om en overførsel fra en person til en anden person. Der er tillige forskel på, om der sker en overførsel eller en begrænsning. Hvis en person ikke afstår en ejendomsret, men at der f.eks. fra lovgivers side sættes visse begrænsninger for rådigheden af dette gode, vil der ikke være tale om reel afståelse jf. overførselskriteriet.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ Se kapitel 2

⁴⁹⁸ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 304

⁴⁹⁹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 304

⁵⁰⁰ Se dom U 2006.1519 H (Pindstrup Mosebrug-sagen) som fremført i Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 304

5.4.5.3 Generalitetskriteriet

Det andet kriterium, der skal behandles i forhold til om en ejendomsafståelse kan siges at have ekspropriativ karakter, er generalitetskriteriet. Dette kriterium omhandler omfanget af det ejendomsretlige indgreb. Når omfanget af et ejendomsretligt indgreb synes af interesse, skyldes dette, at hvis den indgribende handling har til sigte at ramme alle påvirkede lige hårdt og derved ikke stiller nogle bedre end andre, så kan der argumenteres for, at den indgribende handling ikke skal følges af en erstatning.⁵⁰¹ Omfanget kan siges at være betinget af et såkaldt generalitetskriterium.⁵⁰² Der skal her ikke tænkes på, at et indgreb ikke kan være generelt, hvis dette er overfor et monopol. I stedet bør det betragtes hvorvidt det kan siges, at det er et generelt indgreb, uanset om der fandtes en eller flere parter, der måtte være udsat for indgrebet.⁵⁰³

Et praktisk eksempel herpå kan fremhæves ved naturfredningsloven fra 1917, hvormed det ses, at der ved konkrete fredninger gives erstatning, men at der ved generelle bestemmelser omfattende alle ejendomme indenfor lovens område ikke tilgives erstatning. Det er altså ikke af betydning om afståelsen kommer til at ramme en, fem, tyve eller 10.000. Det der har betydning er, om indgrebet baseres på almene saglige kriterier.⁵⁰⁴

5.4.5.4 Intensitetskriteriet

Det tredje kriterie er intensitetskriteriet. Imens de to foregående handlede om, at der reelt skete en afståelse og hvem den kunne siges at ramme, handler intensitetskriteriet

⁵⁰¹ Se her UfR 1918 953 H: om et generelt forbud på Island mod udskænkning af alkohol

⁵⁰² Omtalt af bl.a. Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret – Bind 2, 1980, s. 668.

⁵⁰³ Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret – Bind 3, 2003, s. 194

⁵⁰⁴ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 305

om, hvor meget det bliver afstået, altså graden af indgrebet.⁵⁰⁵ Intensitetskriteriet angår graden af selve indgrebet, således skal det bedømmes, om det faktiske indgreb er af så stor betydning, at der kan være tale om reel ekspropriation. Igen er der tale om en konkret vurdering fra sag til sag. Det kan tillades, at der ikke gives erstatning for indgreb i ejendomsretten, hvis indgrebet er af en så begrænset karakter, at tabet ikke kan siges at være af en sådan størrelse at erstatning er påkrævet.⁵⁰⁶ Som eksempel her kan de to Østre landsrets domme U 1972.189 og U 19872.192 fremhæves. Her var der tale om at lade almenheden få adgang til nogle privatejede naturområder (skove og strande), som blandt andet også kendes fra svensk ret. Her fandt man i Øste Landsret, at der ikke var tale om reel afståelse ved det ejendomsretlige indgreb, da tabet var af så lille en grad at intensitetskriteriet altså hermed ikke kunne anses for opfyldt.⁵⁰⁷ Det er interessant i denne sammenhæng at fremhæve dommen U 2008.378 H (Almen bolig-sagen) som også ovenfor fremsat. Ved sagen blev det afgjort, at der i forbindelse med overdragelseskriteriet ikke var tale om afståelse. Afgørelsen faldt med en majoritet på 5 dommere ud af 9. Det interessante i denne kontekst er frembringelserne, som der blev gjort af mindretallet. Disse begrundede, at der var tale om en reel afståelse baseret på, at indgrebet i ejendomsretten i dette tilfælde måtte anses som et væsentligt indgreb i formålet for boligorganisationens virksomhed. Ved at de enkelte afdelinger nu besad retten til at frasælge boliger og at denne ret ikke længere tilkom den øverste myndighed i organisationen, måtte altså anses som et reelt indgreb i grundlaget for boligorganisationens virksomhed og dermed afståelse.⁵⁰⁸ Om intensitetskriteriet her ville være opfyldt kan betvivles – se nedenfor ved resume af dommen samt efterfølgende kommentarer hertil.

⁵⁰⁵ Poul Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 738, Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973, s. 408 samt Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret – Bind 3, 2003, s. 200f

⁵⁰⁶ Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret – Bind 3, 2003, s. 200f

⁵⁰⁷ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 305

⁵⁰⁸ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 306

5.4.5.5 Kausalitetskriteriet

Det sidste kriterie angående bedømmelsen om et ejendomsretligt indgreb kan anses som ekspropriativt handler om den kontekst indgrebet foretages i. Som eksempel herpå kan fremhæves UfR 2000 1 H, hvor man tildelte en delvis erstatning for driftstab i forbindelse med nedlæggelsen af en mængde husdyr pga. smittefare, som ikke fandtes i strid med grundlovens § 73, men det forklaredes, at der ”ikke alene må lægges vægt på de samfundsmæssige interesser, men tillige på, at der udgår smittefare fra den besætning, som indgrebet rammer”.⁵⁰⁹

”Det antages traditionelt, at hvis et indgreb er begrundet i at afværge en fare fra et ejendoms gode, er det et forhold, der peger væk fra ekspropriation... er et indgreb begrundet i at tilgodese det offentlige økonomi, kan det omvendt tale for, at der foreligger afståelse... ofte kan der dog ikke tillægges et indgrebs begrundelse nogen større tydning ved afgrænsningen mellem afståelse og erstatningsfrie reguleringer.”⁵¹⁰

Når kausalitetskriteriet betragtes må man for det første henvise til det faktum, at disse ejendomsretlige indgreb skal føres ved lov jf. § 73 stk. 1, 3. pkt. Det må antages, at der som basis herfor ligger en form for kausalitet før loven kan anses som lovmedholdelig. Herefter er fokus på baggrund af ovenstående citat, at kausaliteten og dermed begrundelsen kan styrke argumentationen for, at der ikke er tale om afståelse, hvis det som det ovenfor skrives afværger en fare. Når der ligeledes tages højde for, at et indgreb ikke må tilgodese det offentlige økonomi, synes kausalitetskriteriet endvidere at have en relation til definitionen almenvellet jf. § 73 stk. 1, 2. pkt.

⁵⁰⁹ Omtalt i Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 306

⁵¹⁰ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 307

5.4.5.6 Sammenfatning af ekspropriationsbegrebet

Overordnet må man således anskue selve ekspropriationsbegrebet som værende baseret på baggrund af flere forskellige kriterier. Om en afståelse er af ekspropriativ karakter skal altså baseres på en helhedsvurdering. Da det er en helhedsvurdering som skal foretages, synes det at være klart, at hvis alle kriterierne peger i retningen af, at der er tale om, at der er, eller ikke er tale om et ekspropriativt indgreb, er sandsynligheden for at resultatet er lettere indlysende. Det kan dog blive mere problematisk, hvis kriterierne trækker i hver deres retning.

”I vurderingen af, om et indgreb påfører ejere sådanne særlige byrder på helhedens vegne, at afståelse må antages, må indgå med betydelig vægt, om det er sagligt og rimeligt, at netop den berørte gruppe af ejere eller den enkelte blandt disse påføres vedkommende byrder. Der er til denne vurdering knyttet et ikke ubetydeligt element af skøn.”⁵¹¹

U 2008.378 (Almen Bolig-sagen) resumé af Christensen, Jensen og Jensen.

”Et interessant illustrativt eksempel fra nyere retspraksis ... vedrørende indførelse af en ordning om salg af almene boliger til de hidtidige lejere. De almene boligorganisationer har længe været undergivet en omfattende offentlig regulering, der bl.a. kommer til udtryk i en formålsbinding af de almene boligorganisationers virksomhed og detaljerede bestemmelser om opbygningen af og kompetenceforholdene i de almene boligorganisationer, ligesom visse væsentlige dispositioner skal godkendes af kommune eller minister, der også kan meddele pålæg. Ved en ændring af lov om almene boliger i 2004 blev der som et forsøg – i lovens § 75 a – givet socialministeren adgang til at godkende en kommunes ansøgning om overførelse af retten til at sælge en almennyttig boligorganisations boliger til organisationens egne lejere

⁵¹¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 308

fra boligorganisationens øverste myndighed – repræsentantskabet – til boligorganisationens enkelte afdelinger, der udgør selvstændige økonomiske enheder i organisationen med skøde på afdelingens ejendomme, således at et flertal af lejerne i en afdeling kunne beslutte, at afdelingens boliger kan sælges til de enkelte lejere. Provenuet fra disse salg skulle indbetales til en særlig fond, som pågældende organisation kunne bruge til at bygge nye boliger for m.v.

Højesterets flertal bestående af 5 ud af 9 højesteretsdommere fandt, at den indførte salgsordning ikke udgjorde afståelse efter grundlovens § 73. Men flertallets domsformulering tyder på, at man var noget i tvivl. Således anførte flertallet, at der >> ikke med den sikkerhed, som må kræves i en sag som den foreliggende<< var grundlag for at fastslå, at lovgivningsmagten ved den omhandlede ændring af lov om almene boliger havde tilsidesat grundlovens § 73.

Flertallet synes at have taget udgangspunkt i, at tvungen overførelse af retten til at sælge bolig typisk har karakter af en afståelse i grundlovens forstand. Når flertallet alligevel ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte lovgivningsmagtens vurdering af, at den omhandlede overførelse af salgskompetence fra repræsentantskabet til afdelingen ikke indbar en afståelse, hænger det for det første sammen med, at flertallet tog i betragtning, at en boligorganisation og tilhørende afdelinger udgør en særlig juridisk konstruktion med gensidig afhængighed og indflydelse. Flertallet fremhævede herved, at afdelinger administreres af pågældende boligorganisation, men er økonomisk uafhængige af hinanden og af boligorganisationen. Det er således den enkelte afdeling, der har skøde på ejendommen og modtager lejeindtægter,

ejendommen er opført som aktiv i afdelingens regnskab, og boligorganisationens kreditorer kan ikke søge sig fyldestgjort i ejendommen.

Endvidere tog flertallet i betragtning, at boligorganisationerne i forvejen var undergivet en meget omfattende offentlig regulering, der skyldes, at der ydes betydelig offentlig støtte til de almene boliger, mens boligorganisationerne ikke selvstændigt bidrager til finansieringen. Flertallet fremhævede i den forbindelse, at den offentlige regulering bl.a. viser sig ved, at en boligorganisation ikke kan erhvervs eller sælge ejendomme uden kommunalbestyrelsens godkendelse, at overskud ved salg skal indbetales til boligorganisationens dispositionsfond og Landsbyggefonden, og at socialministeren kan give boligorganisationens bestyrelse pålæg om at anvende likvide midler i overensstemmelse med de herom gældende regler.

Højesterets flertal fremhævede derpå, at salg efter den nye ordning skulle ske til markedspris som ejerbolig og provenuet indbetales til en særlig provenufond, som den berørte boligorganisation har adgang til at bruge til varetagelse af organisationens formål – som ifølge lovgivningen er at opføre, udleje, administrere og vedligeholde almene boliger.

Sluttelig anførte flertallet, at det omhandlede indgreb i boligorganisationernes kompetence med hensyn til beslutningen om salg indebar, at kompetence overgik fra boligorganisationen til en afdeling under samme organisation, og at formålet med indgrebet var at give lejerne et tilbud om at købe deres almene bolig som ejerbolig samt at skaffe midler til byggeri af flere nye boliger og dermed øge antallet af boliger i Danmark.”⁵¹²

⁵¹² Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 309-311

Ser man på højesteretsafgørelsen i den almene bolig-sag, ses det tydeligt, at der er blevet lagt vægt på de kriterier, som ovenfor præsenteret. Højesteretsdommerne har lagt vægt på overførelsesprincippet ved at tage stilling til, om det kunne anses som afståelse når en ejendomsret blev videregivet til en afdeling indenfor samme organisation. De har overvejet intensitetskriteriet i forbindelse med frembringelserne relateret til om formålet for organisationen som helhed ville synes krænkede. Og kausalitetskriteriet ses tydeligt i slutningen af resumeet, hvor der af dommerne lægges vægt på mulighederne for at lejerne nu kunne købe sig til en bolig og at der samtidig hermed ville blive frigivet midler til at øge antallet af boliger i Danmark.⁵¹³ Hvad der dog synes at mangle i denne sag er generalitetskriteriet. Der bliver lagt vægt på, at området for de almene boliger allerede er under stærkt offentlig regulering samt at socialministeren allerede har beføjelser relateret til disse organisationers virke. Loven omhandlede kommunernes ret til at søge socialministeren om kompetenceoverførsel, men om loven dermed kan synes at være generel og dermed erstatningsfri fordi anmodningsretten tildeles alle kommuner, trods at alle ikke nødvendigvis anvender denne, synes ikke at have haft væsentlig indflydelse på dommen. Hvad der bør og skal lægges vægt på i denne sag er ikke kun mindretallets overbevisning om, at der foreligger ekspropriation, men også det faktum at domsformuleringen er så vagt formuleret, at man i realiteten hverken tilkendegiver, at der har eller ikke har været tale om ekspropriation, men at dette ikke kan siges med sikkerhed.⁵¹⁴

⁵¹³ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 311

⁵¹⁴ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 310

5.4.6 Ekspropriationsbetingelserne

5.4.6.1 Hvor Almenvellet kræver det

Ovenstående har der nu været gennemgået de elementer, hvorpå der skal vurderes, om der er tale om ekspropriation eller et erstatningsfrit ejendomsretligt indgreb. Med dette afsnit vil betingelserne for, hvornår man fra statens side må udføre ekspropriation, analyseres. Det hedder sig i grundlovens § 73 stk. 1, at:

*”Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.”*⁵¹⁵

Herudfra kan det således anmærkes, at der for at kunne tillade at en person tilpligtes at afstå sin ejendom skal være, for det første et krav fra almenvellet, for det andet skal det ske ved lov og for det tredje skal der for en sådan afståelse føres fuldstændig erstatning.

Begrebet almenvellet blev allerede ved grundlovsforsamlingen diskuteret en hel del, da bl.a. Ørsted mente, at man skulle anvende begrebet ”til offentlig brug”, da man ved begrebet almenvellet ikke indskrænkede mulighederne for statslig misbrug af retten til ekspropriation.⁵¹⁶

Den endelige formulering blev da ”uden hvor almenvellet kræver det”. Det interessante her er således først og fremmest at få defineret almenvellet og dermed hvilke formål, som kan kendetegnes under begrebet almenvellet. Supplerende hertil synes det interessant, hvornår almenvellet således kan siges at fremsætte deciderede krav, eller nærmere hvorledes denne kravbestemmelse skal kunne fortolkes og specielt, hvem der fremstiller disse krav på baggrund af almenvellets?

⁵¹⁵ Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov, § 73

⁵¹⁶ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2593-2596 og 3192-3196

Efter en ordlydsfortolkning må begrebet ”almenvellet” siges at være forenelig med et alment samfundshensyn.⁵¹⁷ Da ekspropriation ikke kan foretages uden lovhjemmel, må det derved kunne udledes, at det kun er den lovgivende magt, som har mulighed for at foretage ekspropriation. Det vil endvidere betyde, at det er den lovgivende magt, der skal fremsætte, hvad der kræves af almenvellet jf. § 73. Der er dog set eksempler på, at selv private har mulighed for via den lovgivende magt at få tilladelse til ekspropriation.⁵¹⁸ Som garanti for, at denne ret, som den lovgivende magt besidder, ikke misbruges, som først frygtet af visse medlemmer af grundlovsforsamlingen, har den dømmende magt kompetence til at tilsidesætte eventuelle ekspropriative lovforslag eller handlinger, som måtte overskride kriteriet om almenvellet.⁵¹⁹

Dér hvor der kan forekomme en hvis mærkværdig relation mellem den dømmende og den lovgivende magt er i forhold til definitionen almenvellet. I U 1967.22 H (første håndskriftssag) blev der foretaget et ejendomsretligt indgreb i forhold til nogle islandske håndskrifter og kapital. Højesteretten fandt her at det ikke var nogen grund til at betvivle, at den fremsatte lov ikke var begrundet i almene hensyn. Til netop denne del udtrykker Jørgen Trolle sig i sin kommentar til dommen, at domstolene ikke ville:

”... prøve lovgivningsmagtens skøn over hensynet til almenvellet, men alene om lovgivningsmagten har skønnet ud fra hensyn til almenvellet. Situationen minder derfor om domstolenes stilling til det administrative skøn, som de ikke efterprøver, medmindre der foreligger magtfordrejning eller tilsidesættelse af lighedsgrundsætningen etc. Det, der siges, er i realiteten, at domstolene alene vil inddrage sig på at prøve, om der er taget uvedkommende hensyn og derfor

⁵¹⁷ Poul A. Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 751 og Peter Germer: Statsforfatningsret, 2012 s. 230-232

⁵¹⁸ Orla Friis Jensen: Ejendomsretten og Grundloven, 1979, s.39f

⁵¹⁹ Se her specielt håndskriftsagerne ved UfR 1967 22 H samt Jørgen Trolles kommentar i UfR 1967 B s. 82f

*kun tilsidesætte en expropriationslov, når der skønnes at foreligge en klar magtfordrejning. Men er noget sådant ikke tilfældet, vil man ikke efterprøve det af lovgivningsmagten udøvede skøn.*⁵²⁰

Man kan altså på denne baggrund sige, at bedømmelsen om noget hører ind under begrebet almenvellet i vid udstrækning ligger hos den lovgivende magt. Skulle der drages en parallel her til de ovenstående afsnit angående grundlovens fortolkning, synes dette spændt at stemme ganske godt overens med, at man ved fortolkningen af netop spørgsmålet om ejendomsretten bør anlægge en vis fleksibilitet i forhold til politiske og samfundsmæssige hensyn, som må antages at skulle varetages af netop den lovgivende magt. En undtagelse hertil ses dog i de tilfælde, hvor der i en lov bliver givet en forvaltningsbeføjelse på baggrund af almenvellet og hvor selve ordet altså fremgår i loven. Da vil domstolen have incitament til at efterprøve, om der er tale om ekspropriation krævet af netop almenvellet, men der vil i dette tilfælde da heller ikke være tale om lovgivningsmagts fortolkning af almenvellet, men den af forvaltningens fortolkning.⁵²¹

Det er dog ikke således, at den lovgivende magt sådan uden videre kan ”sikre” en ekspropriativ handling under argumentationen, at det hidrører almenvellets bedste. Et ekspropriativt indgreb må ikke gå videre end hvad der findes nødvendigt for at opnå det af almenvellet krævede.⁵²² Dette nødvendighedskriterium er yderst vigtigt og har til formål at sikre borgerne, at der ved ekspropriationslovgivning tænkes et generelt proportionalitetsprincip, således at midlet ikke overgår det reelle formål, som påkrævet af almenvellet.

I sag UfR 1978 751 Ø skete der det, at et sommerhus var blevet ”retmæssigt” eksproprieret, men senere omstændigheder viste sig således, at arealet og huset ikke

⁵²⁰ Jørgen Trolles kommentar i UfR 1967 B s. 82f

⁵²¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 316

⁵²² Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 316

var nødvendigt for selve ekspropriationen. Det interessante her er, at man i realiteten har overskredet proportionalitetsprincippet, men der fandtes ikke, at den oprindelige ejer havde en reel forkøbsret til at tilbagekøbe sommerhuset. Det må derved kunne udledes, at der kan være tale om en hvis fleksibilitet i forhold til tidsmæssige ændrede forhold, som kan undskylde et brud på nødvendighedskriteriet ved ekspropriationer.⁵²³

Begrebet almenvellet kan på baggrund af ovenstående altså siges ikke at være veldefineret, men må skulle fortolkes bredt så længe det overholder nødvendighedskravet. Hvor meget den lovgivende magt dog vil kunne ekspropriere på baggrund af almenvellets krav synes heller ikke klart. Spørgsmålet er da stadig, hvor meget der skal til før en ekspropriation kan siges at være krav for almenvellet, hermed menes det reelle antal af påvirkede personer, geografisk område etc., som ikke bliver nærmere defineret ved forarbejderne til grundloven.⁵²⁴

5.4.6.2 Det påkrævede Lovhjemmel

Når grundlovens § 73 stk. 1, 3. pkt. bestemmer, at en afståelse af ejendom kun kan ”ske ifølge lov”, er der tale om en sikkerhedsstillelse overfor privates rettigheder. Offentlige instanser kan dermed ikke foretage uretmæssige ekspropriationer, der ikke har været til behandling som lov i folketinget og derved haft demokratisk opbakning. Altså en beskyttelse der sikrer, at kommuner, stat eller andre offentlige forvaltere ikke overskrider, hvad der er af samfundet givet dem kompetence. Det foreliggende legalitetsprincip betyder således, at jo større et indgreb er i ejendomsretten, des mere klar skal hjemlen være.⁵²⁵ Udover dette princip skal det i loven være klarlagt hvad

⁵²³ Poul Andersen 1954 s. 756 samt i Jur. 1963 s. 218f og Orla Friis Jensen 1978 s. 44f samt 59f (Hvor bredt denne fleksibilitet skal fortolkes vides dog ikke og vil blive omdrejningspunkt for senere analyser i denne afhandling)

⁵²⁴ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2593-2596 og 3192-3196

⁵²⁵ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 317

formålet med ekspropriationen er. Man kan derved altså ikke ved lov give en minister eller andre en generel kompetence eller ret til at foretage ekspropriation, men en lov angående ekspropriation skal fortolkes indskrænkende og indeholde et decideret ekspropriationsformål.⁵²⁶

Hvad der kan synes mærkværdigt er, at der ikke synes at være noget specificationskrav til selve ekspropriationen. Ved U 1958.894H blev der eksproprieret til et stadion på baggrund af en bestemmelse i den tidligere bygningslov der lød ”andre almennyttige øjemed” altså en lettere udefineret bestemmelse.⁵²⁷ Man kan således stille spørgsmål til om en sådan fortolkning af bestemmelsen, der inddrager opførslen af et stadion ikke er en for bred fortolkning. Beskyttelsen i § 73 må på denne baggrund siges at være i en vis grad til løs fortolkning så længe, der blot foreligger en lov, der indrammer området for mulig kompetenceudøvelse eller nærmere den retlige ekspropriation.

Det må altså kunne udledes, at man ikke kan afgive en ekspropriationsret til f.eks. en minister direkte, men at det er tilladt at give forvaltningsmæssige instanser en ret til at udføre ekspropriation, så længe det er relateret til et ekspropriationsformål. Ud fra ovenstående kan sådanne ekspropriationsbestemmelser godt være ret så løst betinget. Det næstkommende interessante element i ekspropriationsbetingelserne omhandler, hvorledes man på baggrund af denne ekspropriation kan og bør få erstatning.

5.4.6.3 Fuldstændig erstatning

Selve erstatningselementet ved § 73 og den konkrete udmåling herved synes at være et meget omfattende spørgsmål både i litteraturen samt i praksis. Det er i forbindelse

⁵²⁶ Poul A. Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 747 og Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973, s. 415

⁵²⁷ Peter Germer: Statsforfatningsret, 2012, s. 309-310 og Orla Friis Jensen: Ejendomsretten og Grundloven, 1979, s. 26

med denne afhandling kun ønskeligt at fremlægge nogle af de hovedelementer, som man ved selve erstatningen skal inddrage og ikke decideret frembringe en komplet redegørelse over erstatningsretten indenfor ekspropriation.

Terminologien ”fuldstændig” var til debat allerede i forarbejderne til den oprindelige Grundlov fra 1849. Der blev bl.a. debatteret om der skulle anvendes ordet tilsvarende, men til slut androges der referencer til bl.a. tidligere lovgivning, hvortil ekspropriation havde været gældende og man fandt, at der var et grundlag samt flertal for, at anvende bestemmelsen fuldstændig erstatning.⁵²⁸

Selve erstatningsbestemmelsen er yderst vigtig i den reelle funktion som § 73 har ved beskyttelse af ejendomsretten.⁵²⁹ For det første sørger den for, at den eksproprierede part ikke lider økonomisk tab ved en ekspropriation således, at man ved lovgivers magt ikke kan stille visse mennesker (de eksproprierede) ringere end dem, der måtte repræsentere almenvellet. Man har ved erstatningsbestemmelsen derved søgt ikke at forfordele dele af befolkningen frem for andre. Endvidere må det samtidig kunne siges at have den logiske virkning, at den lovgivende magt ikke foretager uhensigtsmæssige store ekspropriationer. Ud over de foregående principper som fremført ovenstående, nødvendighedskriteriet, proportionalitetsprincippet etc., så vil den lovgivende magt skulle yde erstatning og nærmere fuld erstatning til den eksproprierede part. En sådan omkostning må uanset hvad have en hvis effekt på ekspropriationen i forhold til hvis denne erstatning ikke var fastlagt ved lov.⁵³⁰

Erstatning foretaget ved ekspropriation følger i udgangspunktet de almindelige erstatningsretlige principper således, at man ved ekspropriation erstattes for det afståede efter værdi i ”handel og vandel”.⁵³¹ Summen for det afståede vil skulle

⁵²⁸ Se her anmærkningerne vedrørende jernbaneforordningen af 1845 I Forhandlingerne paa Rigsdagen 1848-1849 sp. 2595

⁵²⁹ Poul A. Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 758

⁵³⁰ Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973, s. 418

⁵³¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 319

værdiansættes til handelsværdi eller brugsværdi, den højeste værdiansættelse vil udgøre den endelige erstatningssum for afståelsen.⁵³² Der skal dog i denne sammenhæng ved bl.a. delekspropriation erstattes det ekstra tab, som den ikke eksproprierede del lider. I overensstemmelse med de forudgående afsnit angående ekspropriation kræves der ved erstatning en klar årsagssammenhæng mellem den eventuelle skade eller effekt ekspropriationen måtte have, før erstatning kan gøres gældende. Endvidere følger der også en pligt for eksproprianten til at begrænse tabet, hvilket stemmer overens med nødvendighedskriteriet med det underliggende proportionalitetsprincip.⁵³³

I forbindelse med denne afhandlings omdrejningspunkt er det i forhold til erstatningsbestemmelsen specielt interessant at se på, hvorledes der efter grundlovens erstatningsbetingelse vil udmåles erstatning for en eksproprieret ejendomsret, der ikke nødvendigvis er fæstet ved en reel bygning, men repræsenteret ved en rettighed. Som eksempel herpå er lbkg. Nr. 1001 af 8.10.2004 § 49, stk. 2, om arbejdstagernes ret til at besidde en tredjedel af bestyrelsesposter i aktieselskaber. Denne form for indgreb er stadig ikke klart blevet defineret som værende af ekspropriativ karakter ifølge dansk ret, men må siges at indskrænke den juridiske persons (værende aktieselskabet) ejendomsret i en hvis grad. Herudover kan der nævnes eksempler som jagteretten der i sig selv også blev fremført ved ”forhandlingerne paa rigsdagen”. Disse rettigheder som ikke synes at være lige til at konkretisere i forhold til en økonomisk vurdering i handel og vandel synes at være interessant, men er samtidig yderst sparsomt behandlet i litteraturen.

Uagtet sværhedsgraden af at kunne fastsætte en økonomisk erstatning for fratagelsen eller begrænsningen af en sådan ret, må det være nødvendigt at kunne foretage en sådan udmåling. Vil dette ikke kunne lade sig gøre vil der opstå et helt tredje

⁵³² Poul A. Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 771

⁵³³ Orla Friis Jensen: Miljørettens Grundbog, 1986, s. 170f

problem. Vil det være muligt fra statslig side at udføre ekspropriation, hvor erstatningen ikke synes mulig at bedømme omfanget af? Det er et krav uanset hvad, at der ved ekspropriationen skal falde en fuldstændig erstatning. Kan denne ikke udmåles, da kan ekspropriationsmuligheden betvivles som mulig.

5.4.7 Mindretalsbeskyttelsen

Ved vedtagelsen af grundlovsændringerne af 1915 inddroges en mindretalsbeskyttelse i forbindelse med statens ret til at udføre ekspropriation. § 73 stk. 2 kom herefter til at være:

”Når et lovforslag vedrørende ekspropriation af ejendom er vedtaget, kan en trediedel af folketingets medlemmer indenfor en frist af tre søgnedage fra forslagens endelige vedtagelse kræve, at det først indstilles til kongelig stadfæstelse, når nyvalg til folketinget har fundet sted, og forslaget på ny er vedtaget af det derefter sammentrædende folketing.”⁵³⁴

Grundlaget for mindretalsbeskyttelsen bliver bl.a. omtalt i forelæggelsestalen bag grundlovsændringerne ved at mindretalsbeskyttelsen specielt var rettet mod ”ekspropriationer af noget anden og mere indgribende art end hidtil”.⁵³⁵ Om der kun er tale om ekspropriationer af mere indgribende art kan dog diskuteres, da der ikke forekommer en komplet liste over de til daværende foretagne ekspropriationer. Grundlaget for beskyttelsen er ikke at risikere, at et eventuelt flertal i folketinget foretager uhensigtsmæssige ekspropriationer. Ekspropriationens grad skal blot kunne hidrøres den tvangsmæssige afståelse som defineret under grl. § 73 stk. 1. Beskyttelsen blev i 1915 først lovfæstet med 14 dages mulighed for mindretallet at

⁵³⁴ Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1915

⁵³⁵ Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973, s. 185

udnytte retten til beskyttelsen/udsættelsen af vedtagelsen.⁵³⁶ Ved Grundloven af 1953 blev dette så nedsat til tre søgnedage begrænsende mulighederne for mindretallet at sammenslutes.⁵³⁷ Anvendelsen af mindretalsbeskyttelsen blev bl.a. anvendt i sagen angående de islandske håndskrifter (1961), der herefter ved UfR 1967 22 H bliver omtalt og at mindretalsbeskyttelsen var overholdt i indeværende sag.

5.4.8 Domstolsprøvelsen

Den sidste del af § 73 omhandler muligheden for at afprøve lovligheden i en ekspropriation ved domstolene.

*”Ethvert spørgsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatningens størrelse kan indbringes for domstolene. Prøvelsen af erstatningens størrelse kan ved lov henlægges til domstole oprettet i dette øjemed.”*⁵³⁸

Bestemmelsen blev indført ved grundloven af 1953 og har sigtet at give mulighed for prøvelse af bl.a. administrative afgørelser ved domstolene.⁵³⁹ Der er altså ikke decideret tale om, at man har indsat denne mulighed for at bedømme om love stemmer overens med grundloven, men at selve den forvaltningsmæssige ekspropriationsakts gyldighed kan testes ved domstolene.⁵⁴⁰ Bestemmelsen synes at gå videre end den normale domstolsprøvelse som fastsat i grundlovens § 63.⁵⁴¹ Man synes herved at acceptere at selv det faktum at man foretager ekspropriation er så

⁵³⁶ Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1915

⁵³⁷ Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov, § 73

⁵³⁸ Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov

⁵³⁹ Poul A. Andersen: Forvaltningsret, 1963, s. 205 og Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973, s. 423

⁵⁴⁰ Forfatningskommissionens betænkning 1953 s. 40 sammenholdt med Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s. 322 ”I Forfatningskommissionens betænkning anførtes, at der i kommissionen er >>enighed om, at der ikke ved bestemmelsen om domstolsprøvelse af >>ekspropriationsaktens lovlighed<<, er taget stilling til spørgsmålet om domstolens adgang til at prøve loves forenelighed med grundloven<<”

⁵⁴¹ Alf Ross: Dansk Forfatningsret – Bind 2, 1980, s. 699, Peter Germer: Statsforfatningsret, 2012 s. 262 og Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret – Bind 3, 2003, s. 211

vidtgående en ret, som man har givet folkettinget samt forvaltningen, at der er behov for en ekstra beskyttelse.

Prøvelsesretten synes i forhold til bestemmelsens 2. pkt. at være således, at domstolen ikke kun kan vurdere selve lovligheden af den forvaltningsmæssige ekspropriative handling, men ligeledes vurdere hvorvidt erstatningen synes af den rette størrelse. Dette må synes som værende helt essentielt, da selve den ekspropriative handling måske ikke behøves at være foretaget uden lovligheden intakt, men selve erstatningssummen kunne være ufuldstændig.⁵⁴²

5.5 Sammenfatning

Ud fra ovenstående analyse af grundlovens § 73 kan man overordnet udlede, at man når man generelt skal fortolke bestemmelser fra grundlovens kapitel VII og VIII om friheds- og borgerrettigheder, bør dette følge af en normal juridisk fortolkning. Derimod gælder der særlige forhold til specielt ejendomsretten. Ejendomsrettens beskyttelse kan ud fra ovenstående analyse siges at skulle fortolkes snævert. Således skal ikke forstås at reglen om ejendomsrettens ukrænkelighed ikke gælder for alle, men at beskyttelsen ikke er totalomfattende. Det er nødvendigt at fortolke ejendomsretten i relation til politiske situation i samfundet. At bestemmelsen lægger op til netop almenvellet som den mulige ekspropriative magt gør, at ejendomsrettens beskyttelse ikke går videre end det, der kan anses som det for almenvellet ønskede. Endvidere støttes dette af, at domstolene har været tilbageholdende overfor specielt ejendomsretlige beskyttelsessager, da resultatet ville kunne frygtes at blive, at domstolen får en funktion som et over folketing pga. den tætte tilknytning til den politiske situation.

⁵⁴² Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 2012, s.323

At ejendomsrettens beskyttelse er politisk betinget og ikke en absolut ret, var i hovedtræk også omdrejningspunktet for diskussionerne bag paragraffen ved forhandlingerne på rigsdagen. Diskussionerne koncentrerede sig primært om hvilket belæg en ekspropriativ handling skulle være betinget af. Om almenvellet kunne påkræve dette eller om det kun kunne ske til offentlig brug. Almenvellet blev den endelige formulering og dette betingede sig netop til, at staten og dermed regeringen må skulle stå over den personlige ejendomsret.

Overordnet kan det udledes af lovens forarbejder, lovtekst samt af nyere litteratur, at grundlovens beskyttelse af ejendomsretten ved § 73 gælder for enhver fysisk såvel som juridisk person. Beskyttelsen kan brydes af almenvellet ved ekspropriation, men da vil den eksproprierede modtage fuld erstatning for dennes tab. Der findes dog 4 kriterier som skal være opfyldt før et indgreb i ejendomsretten kan siges at have ekspropriativ karakter. Disse kriterier bygger på, hvorvidt der reelt er sket en afståelse af ejendomsretten, herefter hvor mange denne afståelse rammer. Det skal være muligt for en regering at foretage politiske tiltag som ved dette kriteriet rammer så bredt at der altså ikke er tale om et ekspropriativt indgreb, men nærmere en politisk drejning eller noget som findes nødvendigt for samfundets helhed. Som det tredje kriterium lægger en vurdering angående dybden af indgrebet altså graden af den afståede ejendom og hvorvidt dette synes nok til at kunne betragtes som reel ekspropriation. Det sidste relevante kriterium omhandler kausalitet og derved årsagen til det ejendomsretlige indgreb fra statslig side. Vurderingen af de 4 kriterier skal dog anses som en overordnet vurdering.

Når det herefter er fastslået, at der er tale om et ekspropriativt indgreb skal visse betingelser hermed opretholdes. Det ekspropriative indgreb skal være mere værd for samfundet end for den eksproprierede part for at opfylde almenvellets bedste. Endvidere skal indgrebet opfylde et legalitetsprincip samt et nødvendighedskriterium

som bestemt af lov- og erstatningskravet i § 73, således skal ekspropriationen altså ske ved lov og må ikke gå videre end hvad der er nødvendigt. Som de sidste elementer i forhold til ejendomsrettens beskyttelse i grundloven hører mindretalsbeskyttelsen samt domstolsprøvelsen, der har til formål at sikre at der ikke gennemføres ekspropriative indgreb som er offer for en midlertidig politisk holdning hos regeringsmagten og at enhver ekspropriativ lov kan føres til domstolene for at tjekke lovmedholdeligheden.

Kapitel 6 Forholdet mellem grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og erhvervsfondslovens beskyttelse af stifterviljen

6.1 Oversigt

I dette kapitel analyseres grænsefeltet mellem grundloven og erhvervsfondsloven i forhold til beskyttelsen af stifterviljen. De foregående to kapitler i afhandlingen har henholdsvis analyseret grundloven og erhvervsfondsloven hver for sig og det er derfor hensigten med dette kapitel at forholde de to analyser til hinanden. Ved at sammenholde de to analyser med hinanden er hensigten således, at udlede den gråzone Ørsted fremhævede i sin artikel fra 1815, hvor han udledte, at problemstillinger liggende i dette felt skal løses ved en konkret vurdering i alle tilfælde.

Udgangspunktet for analysen vil være baseret på forståelsen af ejendomsretten i henholdsvis grundlovens og erhvervsfondslovens forstand. Herudfra vil så erhvervsfondsloven og efterfølgende grundloven sættes i relief til ejendomsretten og beskyttelsen heraf, for til sidst at kunne analysere forskelle og gråzoner imellem de to retsgrene i forhold til beskyttelsen af stifterviljen.

Alt dette er med det ene formål at kunne videreføre resultatet til afhandlingens integrerede analyse, hvormed denne analyses resultater sættes overfor økonomiske betragtninger og løsninger for ejendomsrettens beskyttelse, som så samlet vil danne grundlaget for det videnskabelige bidrag, der er hensigten med denne afhandling.

6.2 Ejendomsretten som fællestræk

Der blev på baggrund af afhandlingens kapitel 3 angående ejendomsrettens forhold til stifterviljen udledt, at stifterviljen må anses som værende en del af ejendomsretten.

Nærmere bestemt blev der redegjort for, at ejendomsretten består af 4 delelementer (subjekt, genstand, indhold og beskyttelse), hvoraf flere kan inddeles i underelementer, som det var tilfældet med bl.a. subjektet. Subjektet kan inddeles i dispositionssubjekt, kreditors adgang til fyldestgørelse, påtalesubjekt samt interessesubjekt. Netop interessesubjektet blev således identificeret, som værende identisk med stiftertiljen. Stiftertiljen er således ikke lig hele ejendomsretten for fonden, men repræsenterer nok den væsentligste del af subjektet, nemlig den, hvormed hensigt og formål skal kunne findes.⁵⁴³ Enhver udnyttelse af retten skal således være i overensstemmelse med stiftertiljen.

Når det er relevant at kunne udlede dette forhold, er det begrundet i, at der ikke i litteraturen er foretaget en konsekvent håndtering og dybdegående analyse af dette. Grundlovens bestemmelse om ejendomsrettens beskyttelse omfatter allerede jf. forarbejderne stiftelser mv., men uden en klar definition af, at det var stiftertiljen, som er beskyttet heraf. Modsat har fondsretten, som efterfølger af den uregulerede permutationsret, ikke klart i litteraturen koblet relationen mellem stiftertiljen og ejendomsrettens beskyttelse. Man har i fondsretten i stedet taget udgangspunkt i stiftertiljen uden decideret at hægte den op på grundlovens beskyttelse af denne. Den manglende definition af grænsfeltet mellem disse termer kan endvidere ses i forhold til, at der i afhandlingens kapitel 2 om de to sager fra praksis ikke synes at være en klar definition af, hvornår der er tale om permutation kontra ekspropriation.

Når det således på baggrund af afhandlingens kapitel 3 er blevet klargjort, at der er en direkte kobling mellem stiftertiljen og ejendomsretten, er det således muligt at sammenholde de to juridiske analyser for at kunne udlede, hvorledes de hver især sætter beskyttelsens grænser for stiftertiljen.

⁵⁴³ Se fyldestgørende analyse i kapitel 3

6.3 Fondslovene

Formålet med kapitel 4 i denne afhandling er, at undersøge permutationsretten med specielt fokus på fondslovene fra 1984 og 2014 og herudfra analysere i hvilken grad og hvorledes der kan ændres i vedtægterne for erhvervsdrivende fonde med hensyntagen til stiftetiljen. Det blev på denne baggrund udledt, at der helt overordnet ved begge love har været et fokus på, at vedtægtsændringer skal kunne være mulige af den primære årsag, at den fondsdrevne virksomhed ikke skal lide under ejerskabsstrukturen. Stiftetiljen har, trods at være blevet nævnt utallige gang i både betænkningen bag loven fra 1984 og i fondsudvalgets rapport fra 2012, ikke været hovedårsagen til, at vedtægtsændringer skulle være mulige, hvilket i sig selv kan synes mærkværdigt. Selvom hovedfokus i forarbejderne ligger på den erhvervsmæssige drift hos fondene, betragtes stiftetiljen dog alligevel i nogen grad og respekteres specielt i forhold til formålsvedtægter, som kun anses for at kunne ændres, hvis de ikke kan opfyldes eller er vanskelige at opfylde, samt hvis de er blevet uhensigtsmæssige.⁵⁴⁴ Den sidste del er dog dér hvor rækkevidden af beskyttelsen af stiftetiljen falder lidt igen. Uhensigtsmæssigheden giver mulighed for netop at indtænke formålsændringer i forhold til det erhvervsmæssige hensyn.

Da afhandlingens fokus ligger på stiftetiljen, har der været mindre interesse om ændring af vedtægter, som ikke er relateret til denne stiftetilje. Men ud fra kapitel 4 er det nødvendigt i denne sammenhæng at pointere, at der i fondslovene ikke er skabt en klar definition af, hvornår en vedtægt kan siges at være af væsentlig eller af uvæsentlig karakter i forhold til stiftetiljen. Den stærkeste beskyttelse anlægges i forhold til formålet og uddelingerne, hvorimod det generelt for vedtægtsændringer gælder, at de skal være velbegrunderet, dokumenteret samt understøttet af en redegørelse fra bestyrelsen. Vedtægterne kan dog altid ændres pga. ændrede vilkår, som gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig,

⁵⁴⁴ LSF 154 2013/1 – s. 182, se endvidere kapitel 4

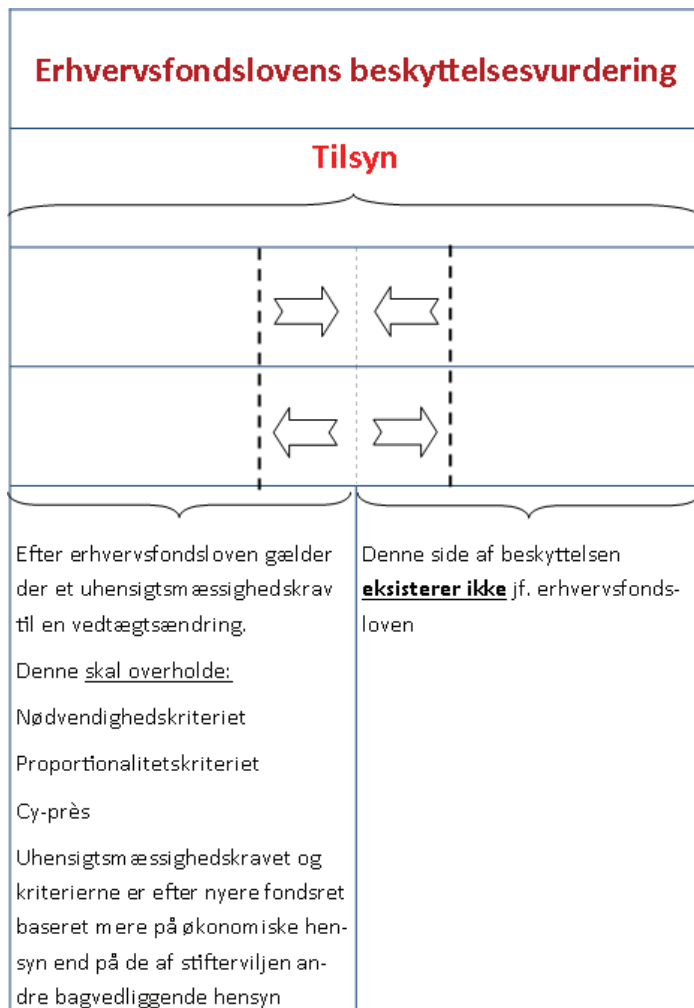
eller at den findes påkrævet i forhold til erhvervsdriftens mulighed for at tilpasse sig ændrede konkurrencevilkår mv.⁵⁴⁵ Beskyttelsen anses i alle tilfælde at måtte være grundlag for en konkret vurdering og enhver ændring skal anlægges cy-près således, at ændringen lægger sig så tæt op ad den oprindelige vedtægtsbestemmelse.

I ingen af de to store lovforarbejder tages der stilling til rækkeviddens bagkant.⁵⁴⁶ Dette skal forstås således, at der ikke nævnes noget om mulighederne for, hvad der ellers er af muligheder, i de tilfælde, hvor en eventuel ændring ikke kan omfattes af permutationsretten/fondslovene. På denne baggrund er det muligt at opstille nedenstående simplificerede model angående fondslovenes beskyttelse af stifterviljen.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ LSF 154 2013/1 – s. 180-182

⁵⁴⁶ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982 og Erhvervsfondsudvalgets rapport, december 2012 sammenholdt med 2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat

⁵⁴⁷ Modellen er af egen tilvirkning og fremføres for at objektivisere problemfeltet for læser.



Ovenstående model skal forstås således, at den striplede linje i midten definerer grænsen for, hvornår stifterviljen krænkes. Gennem historien har permutationsretten tilladt vedtægtsændringer, men med indførelse af fondslovene fra 1984 samt nyeste

lov fra 2014 har man med hensynet til erhvervsdriften, samt bestemmelser om bestyrelsessammensætning mv. udvidet spændevidden for, hvornår stiftertiljen så i realiteten kan siges at blive krænket. Altså hvornår beskyttelsen ikke rækker længere. Det er blevet op til konkrete vurderinger, hvornår der er tilladelse til at ændre i vedtægterne, selv i formålet, hvis vedtægterne findes uhensigtsmæssige. Jo mere fleksibel man ved lovgivningen har ønsket at gøre stiftertiljen overfor permutationer, jo større råderum dannes der altså på hver side af stiftertiljen for, at permutationer kan godkendes i forhold til stiftertiljens hensigt. Dette er anvist med de to tykkere striplede linjer der indkapsler de udadgående og indadgående pile. Det vigtige i denne sammenhæng er altså, at man ved fondslovene pga. ønsket om fleksibilitet udvider råderummet for at gå mod stiftertiljen ved vedtægtsændringer, der ifølge modellen så vil være alle ændringer foretaget til højre for midten. Grunden herfor er betinget af, at ændrede vilkår netop kan gøre, at erhvervsdriften kommer til at lide ”unødvendig” under vedtægternes ”hårde hånd”. Endvidere underbygger den række af bestemmelser i lovene, som begrænser stifterindflydelsen, ved blandt andet valg af bestyrelsesformand, at fondslovene tager mindre hensyn til den konkrete krænkelse af stiftertiljen og i stedet behandler de erhvervsdrivende fonde som eksempelvis aktieselskaber. Dette er i kapitel 3 blevet defineret som, at erhvervsfondslovene foretager en selskabsificering, hvor fokus således ligger mere på erhvervsdriften en den reelle stiftertilje.

Når der fremføres ovenstående, at der ikke forekommer nogen direkte bagkant på beskyttelsen i erhvervsfondsloven, kan dette blandt andet være begrundet i den argumentation, som der af Michael Hansen Jensen fremføres i hans afhandling angående ”Beskyttelsen af juridiske personer efter grundlovens § 73”. Michael Hansen Jensen fremfører på s. 405:

”Som anført kan beskyttelsen af selvejende institutioner – stifterviljen – knyttes til rækkevidden af permutationsreglerne. Man kan sige, at beskyttelsen indtræder, hvor pågældende indgreb rækker ud over permutationsreglernes yderste grænse – en grænse der dog kan være vanskelig at trække mere præcist.”

”Ved vurdering af, om et indgreb i selvejende institutioners organisation og formål må betragtes som værende af ekspropriativ karakter, således at betingelserne i grundlovens § 73 skal opfyldes, må det være centralt at vurdere indgrebets betydning for stifterens vilje mod hensyn til den pågældende formue.⁵⁴⁸

Efter Michael Hansen Jensen skal permutationsretten forstås således, at der først er/kan være tale om ekspropriation, hvis vi således befinder os i feltet til højre for midten i ovenstående model og med fleksibilitetsudvidelsen af permutationsretten jf. erhvervsfondslovene, vil ekspropriation således først være gældende til højre for den tykkere striplede linje.

Med ovenstående for øje er det interessant således at fokusere på grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og hvorledes denne behandler krænkelsen af stifterviljen. Dette er til for efterfølgende at kunne diskutere forholdene mellem de to retlige udgangspunkter.

⁵⁴⁸ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 405 se også s. 400 i forhold til, at vurderingen også skal tage hensyn til, hvilke regler der var gældende på tidspunktet for oprettelsen af den selvejende institution.

6.4 Grundloven

Hensigten med kapitel 5 var at analysere beskyttelsen af ejendomsretten ved grundlovens § 73 og hvorledes denne beskyttelse kan siges at inkludere erhvervsdrivende fonde samt graden af beskyttelsen af stifterviljen som ejendomsret.

På baggrund af kapitel 5 kan det udledes, at rettigheder, som tilhører netop menneskerettighederne i grundlovens kapitel 7, er bestemmelser, der bliver influeret af tidens udvikling, da disse betinges af den politiske situation i landet og den generelle opfattelse om diverse emner. Så selvom ejendomsrettens beskyttelse meget klart definerer nogle retningslinjer for erstatning mv. i selve lovteksten, så findes der formidlende omstændigheder, der således bløder lidt op om beskyttelsen. Grundprincippet i loven står klart, ejendomsretten er ukrænkelig og dette gælder i alle tilfælde. Vil staten bryde dette grundprincip, da kan det gøres mod erstatning, således at den forurettede part ikke bliver stillet værre end før indgrebet, eller i hvert fald i en ren monetær målbarheds forringelsesvurdering. Det sted, hvor grundprincippet så bliver udfordret, er dér, hvor den politiske udvikling træder ind. Helt generelt er der tale om, at en ekspropriativ handling fra statens side kan anses som værende af ikke ekspropriativ karakter, hvis den kan findes at være omfattet af undtagelserne, givet ved de fire kriterier: Overførelses-, generalitets-, kausalitets- og intensitetskriteriet. Grunden, til at der er undtagelser, som kan undtage et indgreb for at have ekspropriativ karakter, er altså betinget af, at samfundet netop udvikler sig, og man har brug for fra statens side at kunne anlægge politiske diskurser, uden at skulle føre erstatning for eksempelvis enhver skatte- eller afgiftsforøgelse. Derfor skal der altså udover det helt generelle nødvendighedskriterium og proportionalitetsprincip vurderes dybden af indgrebet, omfanget, sammenhængen og størrelsen.

Helt generelt kan det på baggrund af kapitel 5 udledes, at almenvellet, altså samfundshensynet og dermed den demokratisk styrede stat, generelt rangerer over

menneskerettighederne for det enkelte individ. Betragter vi således dette i forhold med erhvervsdrivende fonde, må dette betyde, at stifterviljen, eller den betingede ejendomsret, er beskyttet som en menneskeret efter grundlovens § 73, men at almenvellet til enhver tid kan gøre krav på denne ejendomsret mod erstatning deraf og i det mindre foretage samfundsmæssige bestemmelser ved eksempelvis lov, som ikke har karakter af ekspropriative indgreb overfor fondens ejendomsret, så længe de ovenfor opstillede kriterier kan godtgøre indgrebet. Dertil kommer så mindretalsbeskyttelsen samt muligheden for domstolsprøvelse, som skal sikre at en eventuel regering ikke blot kan foretage indgreb, der ikke afspejler den reelle samfundsmæssige situation. Dette skal forstås således, at der netop ved ekspropriative indgreb er en ekstra sikringsmekanisme, som beskytter samfundet for direkte politiske indgreb, der ikke er betinget af et overordnet samfundsbehov.

Beskyttelsen efter grundlovens § 73 kan efter ovenstående og kapitel 5 illustreres således:

Grundlovens § 73 beskyttelsesvurdering	
Lovgiver og Domstole	
<p>Ikke ekspropriativt indgreb <u>skal</u> overholde:</p> <ul style="list-style-type: none"> Nødvendigheds kriteriet Proportionalitetskriteriet <p>Og ligge inden for rammerne af:</p> <ul style="list-style-type: none"> Overførelseskriteriet Generalitetskriteriet Kausalitetskriteriet Intensitetskriteriet <p>Disse definerer altså overgangen</p>	<p>Ekspropriation → erstatning</p> <p><u>Skal overholde:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Nødvendigheds kriteriet Proportionalitetskriteriet

Ovenstående illustration skal forstås således, at der inden for beskyttelsen rækkevidde af ejendomsretten efter § 73 skal foretages en vurdering, om et lovindgreb overholder det generelle nødvendighedskriterium og proportionalitetskriterium, før loven kan

anses for at være lovlig. Herefter skal det altså vurderes, om loven har egenskab af ekspropriation, som skal defineres efter de 4 underkriterier vedrørende: overførelse, generalitet, kausalitet og intensitet. Hvis ikke ”rykker” loven sig over på venstre side i bedømmelsesfeltet og betegnes herefter som lovindgreb af ekspropriativ karakter, hvorefter graden af ekspropriation skal vurderes og der skal forekomme kompensation til den rettighedskrænkede part ved fuld erstatning. Beskyttelsen af stiftertiljen er altså fastsat ved den striplede linje mellem de to tilstande.

6.5 Spændingsfeltet

Sammenholder vi kapitel 4 og kapitel 5, er der helt overordnet den store forskel, at kapitel 4 analyserer fondslovenes mulighed for at ændre i vedtægter samt hvilke bestemmelser, der kan siges at have effekt på stiftertiljen, hvorimod kapitel 5 fokuserer på, hvornår der skal foretages erstatning for et indgreb i denne beskyttelse efter grundlovens bestemmelser.

På den ene side findes altså erhvervsfondslovene og deres formål med at gøre det mere fleksibelt at foretage ændringer i allerede etablerede fonde med fokus på ændrede vilkår af økonomisk karakter for de fondejede selskaber og et samtidigt ønske om at respektere stiftertiljen, da det ikke ønskes, at de erhvervsdrivende fonde forsvinder fra Danmark. Den øgede fleksibilitet og regulering, der påvirker stiftertiljen, har altså med især lovene fra 1984 og 2014 gjort, at permutationsretten må siges at være udvidet i forhold til før lovenes ikrafttræden.

På den anden side findes så ejendomsrettens beskyttelse ved grundlovens § 73, der ikke som sådan har udvidet sig siden den oprindelige grundlov bortset fra supplerende sikkerhedsstillinger for uretmæssige politiske tiltag. Formålet hermed er at beskytte individets ejendomsret som en menneskeret, men hvor det stadig

anerkendes, at hvor samfundet har brug for individets ret, kan der ændres i denne i mere eller mindre omfang, der fastlægges, hvorvidt der skal føres erstatning eller ej for indgrebet.

Når der som ovenstående så har været fremført to illustrationer for givetvis den ene og den anden retlige tilgang til stiftertiljen og beskyttelsen heraf, er dette på grund af, at det er nødvendigt at diskutere forholdet mellem disse to illustrationer. For at dette er muligt, er det nødvendigt at se på, hvor overgangen fra den ene til den anden illustration findes.

Det er tidligere, som i ovenstående, blevet fremført, at permutationsretten skal betragtes således, at ekspropriation ikke vil kunne foretages indenfor dennes grænser.⁵⁴⁹ Baggrunden herfor kan findes ved at forholde sig til implementeringen af fondslovene i forhold til grundlovens § 73. Ekspropriation skal ske ved lov, dvs. at når man i statsligt regi ikke har anset fondslovene som værende af ekspropriativ karakter ved ikke at indføre nogen mulighed for erstatning mv., bør der i princippet ikke kunne være tale om, at erhvervsfondsloven kan medføre efterfølgende handlinger på baggrund af loven, som følger til et ekspropriativt indgreb.

Hvis denne argumentation skal følges, da må det altså kunne udledes, at grænsen for permutation efter erhvervsfondsloven ikke bør kunne gå videre end skillelinjen, som fremsat ved illustrationen for grundlovens § 73, der definerer grænsen for, hvornår der kan være tale om ekspropriative indgreb i ejendomsretten i forhold til stiftertiljen. På denne baggrund er det altså muligt at sammenholde de to illustrationer og fremføre følgende betragtning:

⁵⁴⁹ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 405

Grundlovens § 73 samt permutationsretten ved erhvervsfondsloven	
Ikke ekspropriativt indgreb	Ekspropriativt indgreb
Grundlovens beskyttelse ved § 73	
Ikke ekspropriativt indgreb <u>skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet Og ligge inden for rammerne af: Overførelseskriteriet Generalitetskriteriet Kausalitetskriteriet Intensitetskriteriet Disse definerer altså overgangen	Ekspropriation → erstatning <u>Skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet
Permutationsgrænserne ved erhvervsfondsloven	
Efter erhvervsfondsloven gælder der et uhensigtsmæssighedskrav til en vedtægtsændring. Denne <u>skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet Cy-præs Uhensigtsmæssighedskravet og kriterierne er efter nyere fondsret baseret mere på økonomiske hensyn end på de af stifterviljen andre bagvedliggende hensyn	Det bør ikke være muligt at krydse grænsen for ekspropriative indgreb

Hvis vi således betragter grænsen for permutation at være betinget af ikke at gå videre end de ikke ekspropriative indgreb jf. grundloven, må det være en logisk slutning, at vurderingsgrundlaget skal være identisk eller i hvert fald så tæt på identisk som muligt. Hvis ikke bedømmelsesgrundlaget er identisk for, hvor grænsen

går, før der er tale om reel ekspropriation, må der kunne siges at være et reelt bedømmelses problem.

Ser man overordnet på de to ovenstående bokse relateret til bedømmelserne for henholdsvis grundloven og erhvervsfondsloven, kan det ses, at de ikke er identiske ved første øjekast. Spørgsmålet er så herefter, om de dog alligevel vil kunne siges at ligge så tæt på hinanden, at vi ikke kan se en direkte forskel i bedømmelsen, uanset om den er baseret på den ene eller den anden lovs kriterier?

6.6 Er beskyttelsen af ejendomsretten/stifterviljen ens?

For alle tilstande i den ovenfor fremsatte model ses det, at der helt generelt skal være opfyldelse af et nødvendigheds- og proportionalitetskriterium. Før disse begreber vil blive analyseret overfor hinanden, vil der fokuseres på, om de 4 kriterier fra grundlovens § 73 samt cy-près reglen og dertilhørende uhensigtsmæssighedskrav fra erhvervsfondslovens betingelser for vedtægtsændringer kan siges at danne rammen for et identisk bedømmelsesgrundlag.

Med udgangspunkt i kravene for erhvervsfondslovens betingelser for vedtægtsændringer findes Cy-près reglen, der i sit hovedelement går ud på, at man ved den ændrede vedtægt skal lægge sig så tæt op ad den oprindelige tekst som mulig, for at der ikke sker unødvendige ændringer. Når der i forarbejderne til erhvervsfondsloven (både i 1984 og 2014) så står, at der kan foretages permutationer, når vedtægterne må findes for åbenbart uhensigtsmæssige og at der i den kontekst netop skal lægges vægt på virksomhedens behov for fleksibilitet og at disse forhold er individuelle, er der lagt op til, at tilsynet skal forestå en konkret individuel vurdering i alle tilfælde. Dette er i realiteten det grundlag, hvorpå der skal træffes afgørelse om vedtægtsændringer i forhold til vedtægtsændringer jf. erhvervsfondsloven. I tråd med

det ovenfor førte argument fra Micheal Hansen Jensen, er grænsen for ændringerne således uvisse på forhånd, selvom de stadig bør begrundes i nødvendighed og proportionalitet.

Rettes fokus på grundlovens 4 kriterier i forhold til erhvervsfondslovens kriterier, kan følgende udledes. Overførelseskriteriet omhandler, at der reelt er sket en overførelse af ejendomsret, hvis ikke, kan indgrebet ikke siges at være af ekspropriativ karakter. I ingen af fondslovene eller forarbejderne hertil er der blevet taget stilling til overførslen af ejendomsret og til ejendomsretten generelt. Alle diskussioner bag lovene har omhandlet stiftertiljen, men har ikke defineret, hvor grænsen således ligger i forhold til, hvornår stiftertiljen kan anses for overført til anden hånd/person. I Carlsberg sagen, som redegjort for i kapitel 2, ville det have været oplagt at føre en diskussion heraf for at nå til enighed om, hvornår stiftertiljen altså decideret kunne anses for at være blevet overført og dermed ændret. Det må altså helt grundlæggende kunne udledes på baggrund af de foregående kapitler, at erhvervsfondslovene ikke synes at inkludere overførelseskriteriet. Der er visse ting, som kunne tyde på, at der skal overføres så lidt som muligt, ved eksempelvis cy-près reglen, men ikke en vurdering af grænsen for denne overførsel.

Det næste kriterium jf. grundlovens beskyttelse af ejendomsretten, som der efter ovenstående model bør skulle overvejes i forhold til erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen, er generalitetskriteriet. Generalitetskriteriet omhandler mængden af berørte parter ved et lovtiltag, denne skal så at sige ramme så bredt som muligt, for at der ikke er tale om ekspropriation. Dette kriterium må siges at være svært at bedømme ud fra erhvervsfondsloven og dennes forarbejder. Der burde kunne være en formodning om, at generalitetskriteriet per selvfølge bør gælde i den forstand, at lignende tilfælde af fondstilsynet bør behandles identisk. Men da hver eneste ændring så at sige er en konkret vurdering og bedømmes individuelt, synes der at kunne

skabes usikkerhed om, hvorvidt tilsynets praksis således kan siges at overholde generalitetskriteriet ved indgreb i stiftertiljens ejendomsret. Hertil kan yderligere frembringes, at ændringerne altså ikke foretages samtidig for alle fonde og derfor vil der netop kunne sås tvivl om, hvorvidt der er tale om ikke generelle indgreb pga. den mulige forskelsbehandling ved vedtægtsændringerne.

Det tredje kriterium omhandler kausalitet. Grundlæggende må kausaliteten i disse tilfælde kunne siges i en vis grad at falde ind under nødvendighedskriteriet. Hvis en vedtægtsændring eller lov ikke er begrundet i et kausalt forhold, må det stærkt betvivles, om denne overhoved er nødvendig. Ligeledes kan det fremføres i denne kontekst, at skulle en bestyrelse fremsætte anmodning om en vedtægtsændring til tilsynet, som ikke var betinget af et kausalt forhold, da bør den i sig selv ikke blive godkendt på grund af nødvendighedskriteriet. Derfor synes der ikke, at findes en direkte forskel på dette punkt mellem erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen og grundlovens beskyttelse af ejendomsretten, dog med forbehold for de nedenfor anførte bemærkninger til forskellene mellem nødvendighedskriterierne.

Det sidste kriterium i denne sammenhæng omhandler således intensiteten af et indgreb. Ligesom ovenstående vedrørende kausalitetskriteriet, må intensitetskriteriet til dels anses for at kunne henføres under det gældende proportionalitetskriterium, da ethvert indgreb ikke må gå videre, end hvad der må anses for påkrævet. Men ligesom ved overførelseskriteriet er der i fondslovene ikke taget hensyn til intensiteten af indgreb i stiftertiljen, så længe disse findes nødvendige efter uhensigtsmæssighedskravet, hvorfor der altså ikke synes at være opstillet en ydre grænse for de mulige indgreb.

Helt overordnet kan det altså udledes, at behandlingen af stiftertiljen og ejendomsretten ikke er identisk på baggrund af de forudgående analyser af erhvervsfondslovens og grundlovens i denne afhandling. En ting er de konkrete

bedømmelseskriterier, som anført ovenstående, et andet fokus er formålet med beskyttelsens rækkevidde generelt. Grundloven forudsætter, at en ændring skal være påkrævet af almenvellet, hvorimod erhvervsfondsloven bedømmer en ændring af stifterviljen betinget af uhensigtsmæssige vilkår. Helt generelt må disse to fokuspunkter i hver af de to love synes at udgøre en udmåling for det konkrete nødvendigheds- og proportionalitetskriterie.

Hvor almenvellet er defineret som et klart subjekt for grundlovens indgreb, er subjektet for erhvervsfondslovens ændringer mindre konkret. Erhvervsfondslovens subjekt synes at betinge sig til en konkret vurdering i alle tilfælde. Der kan således på forhånd ikke udledes et forventet resultat af en given vedtægtsændring, da subjektet, som ændringen skal tage hensyn til, ikke er fast defineret på forhånd.

Derudover bliver der i stigende grad i både erhvervsfondsloven fra 1984 og fra 2014 lagt stor vægt på, at der skal være speciel hensyntagen til den fondsejede virksomhed i forbindelse med definitionen af uhensigtsmæssighed. Dermed må det altså kunne udledes, at der heller ikke på dette punkt er overensstemmelse mellem de to loves behandling og vurdering af selve udgangspunktet for, hvornår en ændring skal kunne tillades, samt det nødvendige belæg herfor.

Uanset de betydelige forskelle på bedømmelseskriterierne mellem grundloven og erhvervsfondslovens behandling af ejendomsretten og stifterviljen, må der trods alt siges at være et vist overlap mellem de to grene, hvorfor den af Michael Hansen Jensens fremførte forståelse af permutationsretten overfor ekspropriation ikke kan anses for helt ukorrekt. Problemet er dog, at hvis vi skal forstå det således, at alt, der hører under permutation og dermed her erhvervsfondsloven, ikke kan indtræde i lovområdet for grundlovens § 73, så kan det være svært samtidig at acceptere, at grænserne for bl.a. vedtægtsændringer kan baseres på et mere snævert grundlag i

erhvervsfundsloven end ved beskyttelsen jf. grundloven, uanset om der måtte være tale om ekspropriative indgreb eller ej.

6.7 Erhvervsfundsloven som ekspropriation

Når der gennem kapitel 4 angående erhvervsfundslovene har været fokus på tiltag, der begrænser stiftertiljen udover de bestemmelser, der vedrører reelle vedtægtsændringer, er det ikke alene på baggrund af at have skulle vise den såkaldte selskabsificering, som har syntes at være gennem udviklingen for erhvervsfundsloven. Nogle af de tiltag, som er blevet fremhævet, blandt andet angående bestemmelserne for valg af bestyrelsesformand, er et symbol på den manglende ensartethed, der er mellem grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og erhvervsfundslovens beskyttelse af stiftertiljen. Forskellen ligger i, at der ved erhvervsfundsloven i sig selv kan anføres at have været ført en form for permutation i lovarbejdet. Selve den selskabsificering, der ses ved erhvervsfundsloven, tegner et billede af, at den erhvervsdrivende fond i højere grad ønskes behandlet sammen med den fondsejede virksomhed. Og med det formodede ønske herom, er der altså foretaget beslutninger, der påvirker stiftertiljen i allerede stiftede fonde. End ikke i disse tilfælde synes der i forarbejderne at have været grundlag for at inddrage beskyttelsesvurderingen efter grundlovens § 73, selvom ændringerne måske kunne have faldet under ikke ekspropriative indgreb. Symbolværdien af, at bestemmelsen angående valg af bestyrelsesformand uden videre blot bliver kopieret over i erhvervsfundsloven uden videre diskussion af legaliteten i det, synes at vise et billede af, at der slet ikke fra lovgivers side har været påtænkt forholdet til grundlovens § 73 på den ene eller anden måde.

6.8 Sammenfatning

På baggrund af dette kapitel kan det sammenfattes, at når ejendomsretten inkluderer stifterviljen som et centralt element for denne, er det nødvendigt at tage udgangspunkt i begge forhold, når grundloven og erhvervsfondslovens beskyttelse af stifterviljen for erhvervsdrivende fonde skal analyseres. Erhvervsfondslovens beskyttelse af ejendomsretten betinger sig henholdsvis til et nødvendighedskriterium, et proportionalitetskriterium, en regel om at alle ændringer i vedtægter skal være cypres og at vedtægter kan ændres, hvis de findes for uhensigtsmæssige. Dertil kommer det faktum, at der for vedtægtsændringer jf. erhvervsfondsloven skal tages et øget hensyn til erhvervsdriften og de dertil økonomiske hensyn i forhold til beskyttelsen af stifterviljen. Således er der ved erhvervsfondsloven gennem tiden lagt et relativt fleksibelt grundlag for vedtægtsændringer, hvilket i modsatrettet fald betyder, at beskyttelsen af stifterviljen ikke kan siges at være konsekvent og entydig.

Når fokus derefter lander på grundlovens beskyttelse af stifterviljen for de erhvervsdrivende fonde, er dette ligesom erhvervsfondsloven betinget i et generelt nødvendighedskriterium og proportionalitetskriterium. Derudover kommer så 4 kriterier, der tilsammen tilskynder, om der for et lovmæssigt indgreb i stifterviljen skal føres erstatning eller ej. Disse 4 kriterier omhandler, hvorvidt ejendomsretten reelt kan siges at have skiftet ejer, om indgrebet gælder for alle, om indgrebet er begrundet og sidst men ikke mindst graden af indgrebet. Disse kriterier er ikke gennem tiden blevet ændret, tværtimod har tiltagene til grundlovens § 73 nærmere skulle sikre, at bestemmelsen ikke blev misbrugt, således at beskyttelsen af ejendomsretten kunne anses som værende et konsekvent retsprincip. Den vigtigste del i forhold til forskellen mellem grundloven og erhvervsfondslovens forhold til beskyttelsen af stifterviljen omhandler grundlovens krav til, at et indgreb, som ikke kan betinges af de 4 kriterier, skal udløse erstatning til den eksproprierede part, således at denne ikke lider tab pga. det lovmæssige indgreb.

Der kan på baggrund af dette udledes, at der er et reelt spændingsfelt mellem de to retsgrenes forhold til beskyttelsen af stiftertiljen. Ud fra dette kapitel står det klart, at beskyttelsen af stiftertiljen ikke er identisk mellem lov om erhvervsdrivende fonde og grundlovens § 73. Det skal være en forudsætning for erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen, at denne ikke er mindre end de indgreb, som efter grundloven kræver erstatning pga. deres ekspropriative karakter. Da bedømmelseskriterierne objektivt for grundloven synes at være mere konkrete og begrænsede for ikke ekspropriative indgreb, end hvad der fremgår af erhvervsfondslovene gennem tiden, kan der derfor anslås tvivl om, hvorvidt lov om erhvervsdrivende fonde i sig selv synes at have den nødvendige beskyttelse af stiftertiljen og i hvilken grad den manglende beskyttelse kan anses af ekspropriativ karakter.

Del 3

Kapitel 7 'Property Right' traditionen

7.1 Oversigt

Formålet med dette kapitel er, på baggrund af de fra Ørsted udledte fire problemfelter i forhold til problematikken angående permutationer af private personers oprettede stiftelser (fonde) og den dertilhørende ejendomsret, at anskue den sidste af disse, der omhandler samfundsøkonomiens effekt og ønsker, samt incitamentsstrukturen ved netop stiftelsesformen erhvervsdrivende fonde.

Der vil i kapitlet tages udgangspunkt i økonomiens ejendomsrettighedsbegreb og den grundlæggende forståelse af nødvendigheden for at have ejendomsret samt at beskytte denne. Ejendomsrettens effekt på menneskers adfærd vil blive analyseret og dermed den effekt, respekten for retten har på samfundet. Ud fra dette vil der i kapitlet fokuseres yderligere på konceptet gave og specielt døds-gaver i et økonomisk øjemed. Dette vil være grundlaget for inddragelse af den erhvervsdrivende fond. Der vil således blive analyseret incitamentet til at stifte fonde, da dette anses for at ske ved enten gave eller døds-gave i økonomisk forstand. Hertil analyseres således også respekten for stiftertiljen og den betingede ejendomsret, samt hvorledes disse elementer er afhængige af hinanden.

Kapitlet skal anses som værende af økonomisk og ikke juridisk karakter i den forstand, at der ikke vil blive inddraget gældende regler fra hverken lov om erhvervsdrivende fonde eller grundloven. Dette er nødvendigt for at kunne udlede et rent økonomisk bidrag, der ikke forholder sig til gældende retsregler, men vurderer

situationen ud fra en ressourceallokering og efficiensbetragtning. Løbende igennem analysen vil der på baggrund af analysen opstilles en simpel spiltræsmodel for, hvorledes der bør tænkes i forhold til beskyttelsen af ejendomsretten for erhvervsdrivende fonde i et økonomisk øjemed for at opnå en effektiv ressourceallokering og bevare et fremtidigt incitament for, at der i Danmark stadig vil blive stiftet erhvervsdrivende fonde. Spiltræet vil løbende blive dannet i forbindelse med, at analysen kommer mere og mere i dybden med problemstillingen.⁵⁵⁰ Slutteligt vil de forskellige efficiensbetragtninger forholdes til hinanden, for at udlede den rette tilgang til ejendomsretten.

7.2 Definition af ejendomsretten

Det er nødvendigt for en hver analyse af et begreb, begivenhed eller andet at definere det, der skal analyseres. Den juridiske definition og struktur af ejendomsretten blev fremsat ved kapitel 3 i indeværende afhandling. Med dette afsnit ønskes det at fastsætte en økonomisk definition af ejendomsretten. Dette anses for nødvendigt for at kunne forholde sig til økonomiens anskuelser og for at kunne sætte dem i relation til den juridiske forståelse af ejendomsretten.

Når der i det økonomiske univers anvendes begrebet ejendomsretten, er der generelt tale om to forskellige former for ejendomsret; den besiddende ejendomsret og retten til at overdrage denne.⁵⁵¹

⁵⁵⁰ Spilteorien bygger helt generelt på en række antagelser, blandt andet at parterne besidder fuldstændig information, som ikke kan siges at være opfyldt i virkelighedens verden og derfor heller ikke i forhold til vedtægtsændringer for erhvervsdrivende fonde. Når metoden for modelopsætningen stadigvæk anvendes her, er dette grundet i, at spilteoriens modelforudsigelser kan være nyttige for forståelsen af problemstillingen angående vedtægtsændringer. For det første kan modellen give rationelle forklaringer på forskellige adfærdsmønstre, men også være et hjælpemiddel til at kunne forstå kompleksiteten for vedtægtsændringer for erhvervsdrivende fonde. Modellen skal altså anses som værende et fortolkningsværktøj, hvor spilteoriens metode anvendes, men hvor forudsætningerne ikke passer til grundantagelserne, hvorfor der ikke er tale om et spilteoretisk videnskabeligt bidrag.

⁵⁵¹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.9

Den besiddende ret inkluderer, at et individ har retten til en genstand og samtidig har retten til at afholde andre fra at anvende genstanden.⁵⁵² Som udgangspunkt må det forventes, at hvis en person har ejendomsretten over et stykke land, kan denne anvende jorden, som denne ønsker, om det måtte være at så afgrøder eller blot lade jorden ligge i brak. Så længe personen besidder ejendomsretten har denne det frie valg angående anvendelse. Det følger endvidere med retten til at anvende jordstykket, at rettighedshaveren har ret til at forhindre andre i at gøre det samme.⁵⁵³ Det er dog relevant i denne sammenhæng, at retten også har nogle begrænsninger. Begrænsningen følger af, at hans anvendelse ikke bør gøre skade på omgivelserne, der ikke hører under ejendomsretten, eksempelvis geografisk.⁵⁵⁴ Foretager rettighedshaveren handlinger på sit jordstykke, hvor effekten af handlingen (eksempelvis forurening af undergrunden) går videre end hans jordstykke, da kan han få påbud herom fra andre rettighedshavere, hvis disse påtaler deres ejendomsret.⁵⁵⁵

Det er relevant i denne sammenhæng at fremhæve, at den besiddende ret godt kan udnyttes til eksemplvis indtjening ved, at andre får lov til at udnytte retten. Således ses det blandt andet ved ejendomsudlejning. Der er det reelt ejeren af ejendommen, som har besidderretten, men denne videregives i et begrænset omfang til lejer, der under en række betingelser får en i sig selv gældende besidder ret over lejligheden og kan efter reglerne råde, som denne ønsker.⁵⁵⁶ Har en person kun den besiddende ret, da må og kan denne ikke overdrage retten ved salg eller arv, da dette ikke hidrører den besiddende ret, men derimod den overdragene ejendomsrettighed.⁵⁵⁷

⁵⁵² I visse sammenhænge deler man den besiddende ret op i to – brugsret og indtjeningsretten; se Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s.160. I dette kapitel disse to behandles samtidig, da det ikke har en direkte indflydelse på forholdene for den erhvervsdrivende fond.

⁵⁵³ Harold Damsetz: Toward a Theory of Property Rights, 1967, s. 347

⁵⁵⁴ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.10

⁵⁵⁵ I visse tilfælde kan der endvidere proklameres en nød, hvor et individ i nødstilfælde, retligt vil have muligheden for midlertidigt at overtræde denne ejendomsret. Se yderligere Straffelovens bestemmelser herom § 13 og 14.

⁵⁵⁶ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.10

⁵⁵⁷ Richard A. Posner: The Economics of Justice, 1983, s. 179

Retten til at overdrage en ejendomsret er den anden del, der medfølges af ejendomsret i et økonomisk øjemed. Besidder en person overdragelsesretten for en given genstand, vil ejeren af denne genstand til enhver tid besidde rettigheden til at videregive ejerskabet mod en form for modydelse eller eksempelvis som gave.⁵⁵⁸ Modtageren af ejendomsretten vil, når denne har fået overdraget rettigheden, besidde samme ret til at overdrage denne ret til en tredje person. I visse tilfælde, hvor der er tale om en begrænset ejendomsret, vil dette ikke være tilfældet. Som eksempel herpå, kan det ses, at der ved lejekontrakter kan være forbud mod fremleje til tredje part. I en sådan situation har rettighedshaveren af ejendommen bestemt, at retten til at overdrage begrænses til rettighedshaveren selv og ikke de underliggende rettighedshavere/lejere. Retten til at overdrage omhandler således også eksempelvis, at man kan sælge afgrøder, som man ved landbrug har fremdyrket til handel.⁵⁵⁹ Retten til at overdrage og besidde er, som allerede fremført, meget relevante for denne afhandling, da rettighederne ved den erhvervsdrivende fondskonstruktion bliver fastlagt af stifteren i et betinget omfang.⁵⁶⁰

Overordnet kan det altså i et økonomisk perspektiv siges, at ejendomsretten kan defineres ved:

”As a general matter, if we want to be precise about the meaning of the property rights, we should describe an arrangement in terms of the entailed possessory rights and rights to transfer.”⁵⁶¹

Ud fra denne korte definition af ejendomsretten, som ovenfor fremført, kan der sættes visse lighedstegn til den definition af ejendomsretten, som fremsat i kapitel 3.

⁵⁵⁸ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.10

⁵⁵⁹ Retten til at sælge og pantsætte eller indgå aftaler vedrørende eller på vegne af en ejendomsret blev i kapitel 3 delt i flere under indholdet, men holdes her samlet. Det er forskelligt, hvorledes forfattere vælger at behandle ejendomsretten og opdelingen heraf. Et eksempel på en tredeling i brugsret, overdragelsesret og retten til at tjene penge og indgå aftaler kan findes ved Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 160

⁵⁶⁰ Se kapitel 3 om betinget ejendomsret

⁵⁶¹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.11

Forskellen synes nok kun at kunne findes, i hvilken del af rettigheden hovedfokus ligger. Den økonomiske forståelse retter sig for det første både mod den besiddende og overdragne ret, som værende en del af indholdet af ejendomsretten, men ligeledes anskues genstanden, beskyttelsen i forhold til omverden og grænsen for beskyttelsen, men vigtigt i forholdet til netop den juridiske definition må fremhæves, at subjektet kan være opdelt i flere. Når det således kommer til omdrejningspunktet for afhandlingen, nemlig de erhvervsdrivende fonde, må det kunne udledes på baggrund af ovenstående, at ejendomsrettighedsbegrebet er foreneligt med den juridiske og det vil derfor være interessant i de kommende afsnit at uddybe den økonomiske forståelse for ejendomsrettens virke. Følgende afsnit vil fokusere på den økonomiske teoris baggrund for ejendomsretten og hvorfor denne findes nødvendig i vores samfund. Herefter vil den erhvervsdrivende fond blive inddraget i forbindelse med gaveoverdragelser, der i økonomisk forstand stemmer overens med stiftelsen af erhvervsdrivende fonde.

7.3 Baggrunden for ejendomsretten

7.3.1 Incitamentet til at arbejde

I økonomisk teori fokuseres der på behovet for ejendomsretten og hvorledes denne kan skabe et højere samfundsmæssigt velfærdsniveau, end hvis ejendomsrettigheder ikke eksisterer.⁵⁶² Endvidere vurderes det, hvorledes de gældende ejendomsrettigheder er effektivt allokeret. For at få en reel forståelse af behovet for ejendomsrettigheder, er det nødvendigt at stille spørgsmålet om, hvorfor ejendomsrettigheder er nødvendige? I det følgende vil nogle af økonomiens svar til

⁵⁶² Harold Damsetz: *Toward a Theory of Property Rights*, 1967, s. 348

dette spørgsmål fremhæves.⁵⁶³ Dette er nødvendigt for at kunne statuere, hvilken effekt ændringer i ejendomsretten vil have for erhvervsdrivende fonde.

Det følger naturligt, at mennesker arbejder for at modtage en ydelse, hvormed de kan købe sig til, hvad de måtte finde nyttigt. Beskues menneskers adfærd i økonomisk forstand ud fra to tilstande, hvor den ene inkluderer eksistensen af ejendomsrettigheder og den anden ekskluderer disse, vil det kunne ses, at der grundlæggende i et samfund skabes et højere velfærdsniveau, hvis der eksisterer ejendomsrettigheder.⁵⁶⁴

Lad fokus være på et helt almindeligt aflønningssystem. En person yder en række timers arbejde (T) for at modtage en vis mængde i løn (L). Hans personlige omkostning (O) ved at yde den givne mængde arbejdstimer skal i et sådan tilfælde være under hans nytte (μ) ved den løn, han får udbetalt. Det må altså være forudsat i denne sammenhæng, at $\mu L > 0$ før han vil foretage sig noget som helst.

Lad os tage et eksempel, hvor arbejderen ved 1 times arbejde kan producere (P) 1000 servietter. Disse kan han sælge til den fastsatte pris, hvormed han får sin løn (L).⁵⁶⁵

Arbejdstimer (T)	Produkt i 1.000 (P)	Salgspris (L)	Omkostning (O)	Individet velfærd
0	0	0	0	0
1	1	10	6	4
2	2	18	13	5
3	3	24	22	2

I dette statiske eksempel vil den arbejdende maksimere sin personlige velfærd ved at arbejde 2 timer og derved få 5 i sin personlige velfærd.

⁵⁶³ De fremhævede elementer vil være de mest elementære, som er nødvendige for at skabe et generelt forståelsesniveau for senere analyse af begrebet "den døde hånd".

⁵⁶⁴ Eksistensen af ejendomsrettigheder hænger sammen med beskyttelsen af ejendomsretten, som behandlet i kapitel 3. Der hvor eksistensen af ejendomsretten ikke anses for at være til stede, svarer til en tilstand, hvor ejendomsretten ikke beskyttes. Se også Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 168

⁵⁶⁵ Eksempler på tabeller er taget fra Steven Shavell: *Foundations of economic analysis of law*, 2004, s.12-14.

Forudsætningen for ovenstående er, at den arbejdende part har ejendomsret over det gode, som denne producerer. I næste eksempel vil ejendomsretten fjernes. Når dette sker, vil der indsættes en variabel for, at hans færdige produkt bliver taget fra ham. For eksemplets skyld sætter vi risikoen ved 0,5.

Arbejdstimer (T)	Risiko for produkttab	Produkt i 1.000 (P)	Salgspris (L)	Omkostning (O)	Individet velfærd
0	0	0	0	0	0
1	0,5	1	5	6	-1
2	1	2	10	13	-3
3	1,5	3	14	22	-8

Hvis personen her skal maksimere sin personlige velfærd, da vil personen, i tilfælde af at der ikke forekommer ejendomsret til dennes egne producerede varer, simpelthen undlade at arbejde ud fra den givne omkostning og indtjeningsstruktur.⁵⁶⁶ Det er klart, at disse eksempler er meget statiske og der ville være mulighed for helt andre skematiske opsæt. Men det essentielle her er, at hvis der ikke forekommer ejendomsrettigheder, vil der være en risiko for, at andre end den producerende part udnytter dette til egen fordel og dette medfører, at folks incitament til at arbejde falder. Ejendomsretten har altså den effekt, at mennesker har incitament til at arbejde i forhold til, hvis ejendomsretten ikke eksisterede.

7.3.2 Incitamentet til at vedligeholde og forbedre genstande med ejendomsret

En anden væsentlig egenskab i forhold til eksistensen af ejendomsrettigheder omhandler menneskers incitamenter til at vedligeholde eller forbedre genstande, som de besidder en ejendomsret over.⁵⁶⁷ I forbindelse med denne del angående vedligeholdelse og forbedring af genstande, kan der drages en direkte parallel til de

⁵⁶⁶ Se også eksempel fremført i Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and Economics, 2007, s. 81f

⁵⁶⁷ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 168

forudgående to tabeller. Arbejdstiden kan i stedet anses for at være tid brugt på forbedring eller vedligeholdelse. Her vil enhver person, der besidder ejendomsretten over den givne genstand, altså lægge det antal timer i arbejdet, som giver personen den størst mulige personlige velfærd. Samtidig hermed vil der i den pågældende situation uden ejendomsrettigheder være tale om en situation, hvor incitamentet for vedligeholdelse og forbedringer vil nedsættes med variabelen for, at genstanden bliver taget af en anden part, på grund af den manglende anerkendelse af ejendomsrettigheder.⁵⁶⁸

I forbindelse med incitamenterne for at vedligeholde og forbedre en given genstand er det ikke kun interessant at se på den besiddende ret, altså retten til at anvende, udnytte og tjene penge ved ejendomsretten over den givne genstand. Det er her helt essentielt at drage fokus mod retten til at overdrage en rettighed. Hvis der påtænkes, at der er opstillet en verden, hvor ejendomsrettigheder er gældende og der eksempelvis er to husejere. Den ene har kun den besiddende ejendomsret, han betegnes herefter som part A, den anden har både den besiddende ret og retten til at overdrage – altså komplet ejendomsret, han betegnes herefter som part B. A vil da, som ovenfor anført have incitament til at vedligeholde eller forbedre ejendommen, for så vidt han maksimerer sin personlige velfærd herved. Det specielle ved A's situation er variabelen tid. Ingen lever for evigt og da A ikke har retten til at overdrage, men kun den besiddende ret, betyder dette altså, at A ved dennes død vil afgive ejendomsretten over ejendommen. Effekten, af at A ved hans død skal opgive ejendomsretten over dennes ejendom, gør, at A's personlige velfærd ved at renovere og vedligeholde huset vil falde i takt med, at A bliver ældre og ældre. Den fremtidige værdi af hans ejendom for hans personlige velfærd bliver derfor mindre og mindre med tiden.

⁵⁶⁸ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.16

Heroverfor står den anden rettighedshaver, B. Hans ejendomsret omfatter både besidder- og overdragelsesretten. Fordi han har overdragelsesretten, vil han have større incitament til at vedligeholde og forbedre sin ejendom trods tidsperspektivet, da han har muligheden for at sælge huset. Ved salg vil han da modtage et større beløb, hvis han har vedligeholdt ejendommen, end hvis han ikke har. Det spiller altså en helt væsentlig rolle, om der med en ejendomsret både følger en besiddende ret og retten til at overdrage.⁵⁶⁹

Problemet bliver da, hvor der kun eksempelvis, som ved person A, eksisterer en besiddende ret, som hvis A lejede huset af en anden. Her er det så nødvendigt, at der i aftalen mellem parterne foreligger en pligt til at vedligeholde ejendommen, så den i det mindste ikke forfalder eller mister værdi i længden, da A ikke vil have et incitament til at vedligeholde eller forbedre ejendommen, da han ikke har retten til overdragelse.⁵⁷⁰

Som et sidste eksempel kan der tages udgangspunkt i et gode, som ingen enkelte individer har ejendomsret over og som på denne baggrund ikke bliver vedligeholdt eller forbedret. Tag eksempelvis en offentlig skov, toilet eller andet, hvortil det enkelte individ, som kan anvende godet, ikke har nogen ejendomsret over. Personer har en tendens til at smide skrald i en skov, da de ikke har ejendomsretten til denne og da værdien af at smide skraldet et sted, hvor de eksempelvis sjældent kommer, er større, end den skade skraldet gør, da skaden ikke tilkommer individets reelle omkostninger, eller i hvert fald så minimal en omkostning at handlingen ikke forhindres.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.16

⁵⁷⁰ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.17

⁵⁷¹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.18

7.3.3 Incitamentet til at overdrage genstande

Ud fra ovenstående ses det, at retten til at overdrage en ejendomsret har betydning for den individuelle velfærd og hvorledes mennesker har incitament til at vedligeholde og eventuelt forbedre genstande, hvis retten til at overdrage medfølges i personens ejendomsret over en given genstand. Udover området for vedligeholdelse og forbedring af diverse goder pga. retten til overdragelse, medfører denne ret også andre nyttigevende overførsler. Retten til at overføre ejendomsretten medfører nemlig en direkte og indirekte velfærdsforøgelse.

Den direkte velfærdsforøgelse kan synes meget enkel, men er yderst vigtig for forståelsen af ejendomsretten i et økonomisk perspektiv. Som det fremgår af ovenstående, handler en stor del af behandlingen af ejendomsretten i økonomisk forstand om den personlige velfærd og dermed den personlige værdiansættelse. Anskues situationen, hvor part A har ejendomsretten over en ejendom og denne ejendomsret medfører både den besiddende ret, men også retten til at overføre ejendomsretten. Da vil A have en vis velfærd ved at besidde denne ejendomsret. Lad os nu inddrage B, der har set A's hus og værdiansætter dette efter hans egen kalkulation til, at hans personlige velfærd vil være større, end den A har ved ejendomsretten. Da kan A således overdrage ejendomsretten til B til en pris, hvor begge parter bliver bedre stillet efter deres personlige velfærd.⁵⁷² Herudfra kan det siges, at normale handler mellem folk eller virksomheder kun synes at fungere, fordi retten til at overdrage eksisterer og fordi parterne i en vis grad bliver stillet bedre ved at indgå en aftale end ved undladelsen heraf. Dette er den direkte velfærdsforøgelse.⁵⁷³

⁵⁷² Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 168

⁵⁷³ Ved en sådan overdragelse kan der siges at skabes en pareto forbedring som fremført af R. H. Coase (1960) "The Problem of Social Cost", Journal of Law & Economics, 2, s. 1-46. Pareto optimalitet er en efficiensudmåling, der er baseret på den Italienske økonom Vilfredo Pareto's artikel "Cours d'Économie Politique" Professé a l'Université de Lausanne. Vol. I, 1896; Vol. II, 1897.

Den indirekte velfærdsforøgelse ved at tillade overdragelse af ejendomsretten henleder til det faktum, at overdragelsen skaber incitament for effektive produktionsmuligheder. Ved at tillade at mennesker med ejendomsret også kan overdrage denne til andre, øger man ikke bare mulighederne for direkte handel som ovenstående fremsat, men indirekte gives der menneskene incitament til at finde effektive måder at producere på og dermed også producere mere end en genstand. En person kan altså med retten til at overdrage nyde godt af at producere multible identiske produkter, som denne kan handle med til andre, således at han mod ejendomsretten modtager en ydelse.⁵⁷⁴ Fandtes der kun retten til at besidde, ville personer ikke have incitament til at producere mere, end de behøvede og man ville derved ikke motivere stordrift og nyde godt af den gevinst, som disse skaber for et samfund.⁵⁷⁵ Derudover giver retten til at overdrage mulighed for, at virksomheder eller personer ikke behøver at producere alt selv. Som eksempel tag produktionen af computere. Computere består af en lang række delelementer, produceret af forskellige selskaber med ekspertise og optimerede produktionsapparater. Uden muligheden for at overdrage ejendomsrettigheder (her ved handel) skulle enhver computerfabrikant producere alle delelementer selv, hvilket ikke ville medføre samme fleksibilitet og mobilitet i forhold til en situation med handelsmuligheder.⁵⁷⁶

7.3.4 Beskyttelsen ved ejendomsretten

Endnu en væsentlig faktor, ved at der eksisterer ejendomsrettigheder, relaterer sig til beskyttelsen af den rettighedsbeskyttede genstand. Ved at ejendomsrettigheder er respekteret og håndhævet af staten, sikres det, at borgere altså ikke skal opstille unødvendige værn for at beskytte deres genstande. Det er dog klart, at der trods

⁵⁷⁴ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.18

⁵⁷⁵ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 61ff

⁵⁷⁶ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.19

ejendomsrettigheder stadig er mennesker, der begår tyveri eller på anden måde trods ejendomsretten. Dette er desværre uundgåeligt, men selvom tyveri eksisterer, medfører ejendomsretten stadig en mere effektiv allokering af ressourcer i forhold til det nødvendige værn for beskyttelse, samtidig hermed medfører ejendomsretten, at folk kan forsikre sig mod eventuelle tyverier.

Med ejendomsrettens eksistens kan der altså siges at være grundlag for en samfundsmæssig effektivisering af beskyttelse af menneskers ejendomme. Risikoen for tyveri synes dermed minimeret og de tilfælde, som trods retssystemets funktion stadig vil forekomme, vil enten kunne dømmes ved domstolene eller være mulig at forsikre sig overfor.⁵⁷⁷

Alt i alt betyder eksistensen af ejendomsretten, at der både på individuelt plan og på samfundsniveau skabes incitament til forøget produktivitet, effektivitet og dermed et højere velfærdsniveau.⁵⁷⁸

7.4 Opdeling af ejendomsrettigheder

På baggrund af foregående afsnit kan det ses, at det har betydning, om ejendomsretten eksisterer eller ej. Spørgsmålet er da, om der i visse situationer kan siges at være grundlag for at splitte den besiddende ret og retten til at overdrage fra hinanden.

Helt generelt kan det fremføres, at før det kan betale sig at dele en ejendomsret op i de to dele, må der være tale om, at rettighedshaverne tilsammen effektivt kan udnytte ejendomsretten bedre, end hvis retten kun var tildelt en person. Et praktisk eksempel kan her være, at en person, der ejer et gods, ikke nødvendigvis har egenskaberne til at drive landbruget, der tillægges godset, hvorfor det kan betale sig at videregive den

⁵⁷⁷ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.20

⁵⁷⁸ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 168f

besiddende ret midlertidigt til eksempelvis en godsforvalter, så længe denne kan akkumulere en gevinst, der forbedrer velfærden for de to parter.⁵⁷⁹

Til gengæld må det tilføjes, at der ved samme adskillelse kan opstå adskillige uhensigtsmæssige situationer ved en opdeling af ejendomsretten. Det kan blandt andet tænkes, at der ved en adskillelse af rettigheder også sker en adskillelse af den besiddende ret. Tag eksemplet med godset. Den besiddende ret er allerede overført til godsforvalteren, men denne kan også have brug for at dele retten op for at være effektiv. Dermed kan han overdrage retten til at pløje og så marker til en landmand, men samtidig give en jæger ret til at skyde de dyr, der måtte ødelægge eller forhindre ageret i at gro. Jo flere gange den besiddende ret bliver splittet op, for at opnå effektiv udnyttelse af ejendomsrettens genstand jo større bliver risikoen for, at der blandt rettighedshaverne kan være forskellige hensigter med rettighedsbesiddelsen og dermed skabe grobund for konflikter og i værste fald søgsmål. En måde at sikre sig, at dette ikke sker, er at definere rettighederne fuldstændigt fra starten. Dette lader sig dog ikke altid ske i praksis.⁵⁸⁰ Overordnet bør rettighederne kun skilles ad, så længe fordelene overgår de ulemper og risici, som må følge deraf. Med dette in mente fungerer eksemplet således også på, hvorfor der fra lovgivers side anerkendes princippet om aftalefrihed. For ingen parter vil have incitament til at indgå i en kontraktuel aftale på bekostning af adgangen til ejendomsrettigheder, hvis disse ikke bliver stillet bedre end hvis aftalen ikke blev indgået. På den måde kan det fremføres, at aftalefrihed støtter muligheden for opdeling af ejendomsrettigheder, men samtidig ikke forcerer uhensigtsmæssige opdelinger af ejendomsrettigheder.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.30

⁵⁸⁰ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.29

⁵⁸¹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.31

7.5 Anskaffelse og overdragelse af ejendomsrettigheder – ved gave og arv

7.5.1 Gaver

I de foregående afsnit er der blevet fremsat økonomiens definition af ejendomsrettighedsbegrebet, baggrunden for denne, hvilke elementer den består af, samt hvorledes disse elementer fungerer med og uden hinanden. Dette afsnit omhandler overdragelsen af ejendomsrettigheder og mere specifikt overdragelser af gaver og dødsgaver. Det er af væsentlig betydning, at præsentere disse to elementer i forbindelse med overdragelse af rettigheder, for at forstå de mekanismer, som gør sig gældende ved stiftelse af erhvervsdrivende fonde. De erhvervsdrivende fonde må netop anses for at høre under gavebegrebet på grund af den uigenkaldelige formueadskillelse inter vivos eller ved testamente. Analysen af gavebegrebets betydning i økonomisk øjemed for de erhvervsdrivende fonde vil sætte rammen for det kommende afsnit omhandlende afhandlingens hovedfokus ”den døde hånd”.⁵⁸²

Gavebegrebet har gennem tiden været subjekt for adskillige analyser både i økonomisk som sociologisk perspektiv. Det essentielle i denne forbindelse er, at der som udgangspunkt er tale om en altruistisk handling. Der er dog flere eksempler på, at gavegiver gør dette af andre årsager, som kan begrundes i, at denne person på en eller anden måde får øget sin personlige nytte, blandt andet ved selve følelsen af at give, eller eksempelvis viden om, at gaven kan opnå et endnu større niveau i volumen, renommé eller andet, der også giver gavegiveren en nytteforbedring.⁵⁸³

På et samfundsmæssigt plan kan man udlede gavers betydning ved at se på variablene af gavegivers nytte ved at give gaven i forhold til hans formue,

⁵⁸² Der vil i afsnittet ikke blive behandlet overdragelser, som sker ved fund, salg, tyveri eller lignende, da dette ikke er relevant for afhandlingen og synes at bidrage med mere forvirring end gavn. Se eventuel herom i Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.33-57

⁵⁸³ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.58

modtagerens nytte og den reelle omkostning for gavegiveren ved at donere gaven.⁵⁸⁴ Giveren af gaven har altså til hensigt at maksimere sin nytte, som ved gaver kan fastlægges ved:

$$U(\mathbf{w}-\mathbf{g})+\lambda V(\mathbf{y}+\mathbf{g})$$

Ovenstående formel skal forstås således, at $U(\mathbf{w})$ er den nytte, som gavegiveren har ved sin formue w . Ligeledes er $V(\mathbf{y})$ nyten for gavemodtagerens formue (\mathbf{y}) og $\lambda V(\mathbf{y})$ er den nytte, som gavegiveren får ved at give en gave, som så altså afhænger af modtagerens nytte ved dennes formue. (V) repræsenterer altså graden af altruisme, som giveren besidder. Den sidste variabel, som er fremsat i ovenstående formel er (\mathbf{g}), der repræsenterer gaven, som giveren overdrager til modtageren. Ud fra dette kan det altså udledes, at en person vil give en gave, hvis hans samlede nytte stiger ved at overdrage et gode fra sig selv til en anden. Hans ønske er altså at maksimere ovenstående formel ved at give en gave, når nyten af hans formue er mindre værd end den afledte nytte ved at give formuen væk:⁵⁸⁵

$$U'(\mathbf{w}) < \lambda V'(\mathbf{y})$$

Gavens størrelse vil derved være givet ved:

$$U'(\mathbf{y}-\mathbf{g}) = \lambda V'(\mathbf{y}+\mathbf{g})$$

Anskues dette i forhold til den erhvervsdrivende fond og stiftelsen af denne, synes der at være klare fællestræk. En stifter (eksempelvis J.C. Jacobsen) stifter en erhvervsdrivende fond (Carlsberg), fordi den nytte, han personligt modtager ved at vide, at selskabet fortsætter uforandret efter hans vedtægter og i fremtiden via uddelinger vil komme hans interesser til gode, overgår den personlige nytte, han selv

⁵⁸⁴ Louis Kaplow fremførte i sin artikel fra 1995 "A note on subsidizing gifts" den anvendte formel for gaver. Dog omhandlede hans artikel, hvorledes man ved skattemæssige fradrag ville kunne opnå en mere samfundsefficient gaveoverdragelse.

⁵⁸⁵ Louis Kaplow: A note on subsidizing gifts, 1995, s.3

ville få ved at sælge sine ejendele mod en monetær gevinst. Men hertil kommer så spørgsmålet, om gaven er af den mængde, som samfundet ønsker?

Når gavebegrebet skal anskues i et samfundsmæssigt perspektiv, kan der ikke kun nøjes med at fokuseres på gavegiveren, men det er nødvendigt at inkludere modtageren af gaven. Fra et samfundsmæssigt synspunkt ønskes der med økonomiske øjne en anden fordelingsnøgle end den, som gavegiveren efter ovenstående donerer ud fra. Hvis det antages, at den sociale velfærd bestemmes ud fra summen af både giveren og modtagerens nytte. Her vil der altså være et ønske om at maksimere det samlede forhold, dvs.:

$$U(\mathbf{w}-\mathbf{g}) + \lambda V(\mathbf{y}+\mathbf{g}) + V(\mathbf{y}+\mathbf{g})^{586}$$

Ved ovenstående formel tages der ikke kun udgangspunkt i gavegiverens nytte, men i den fælles nytte. Den supplerende del $V(\mathbf{y}+\mathbf{g})$ repræsenterer altså gavemodtagerens nytte (V) ud fra hans formue (\mathbf{y}) + den ekstra formuemasse, han modtager ved gaven (\mathbf{g}), alt i alt modtagerens samlede nytte. Ved at medtage modtagerens nytte og ikke kun gavegiverens afledte nytte af modtagerens nytte, vil det fra et samfundsmæssigt perspektiv være ønskeligt, at størrelsen på \mathbf{g} er større end den, som giveren efter dennes egen nyttemaksimering ender med at overføre. Dette ses ved sammenligningen mellem ovenstående definition af gave størrelsen og den af samfundet ønskede:

$$U'(\mathbf{y}-\mathbf{g}) = \lambda V'(\mathbf{y}+\mathbf{g}) < U'(\mathbf{y}-\mathbf{g}) = (1+\lambda)V'(\mathbf{y}+\mathbf{g})$$

Når det ud fra ovenstående kan udledes, at der ved gaveoverdragelser på et samfundsmæssigt plan ønskes en anden allokering end den, der normalt af gavegiver afgives, kan det samtidig ud fra ovenstående udledes, hvorfor man på et statsligt plan i flere sammenhæng prøver at intensivere gavestørrelsen eksempelvis ved at tildele

⁵⁸⁶ Louis Kaplow: A note on subsidizing gifts, 1995, s.3, se også Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.58

giveren et øget fradrag eller en mindre beskatning.⁵⁸⁷ Remedier som netop et fradrag på gaver til eksempelvis velgørende formål anvendes for at give gavegiverens incitament til at afgive en større sum, end hvad han ellers ville have gjort, således at der opnås en samfundsefficient tilstand.⁵⁸⁸

Ud fra et samfundsmæssigt perspektiv må det ud fra ovenstående kunne udledes, at når stiftelser af fonde svarer til effekten ved gaveoverdragelse, da må der være et samfundsmæssigt ønske om en større formueoverdragelse, end hvad der naturligt følger af stifterne. Dette understøttes blandt andet også af de fradragsregler, der gælder for uddelinger for de erhvervsdrivende fonde. Når en gave ud fra ovenstående overdrages, gøres dette uden hensyn til profitmaksimering, men i stedet på baggrund af en nyttemaksimering i forhold til gavegiverens afledte nytte for modtagerens nytteforøgelse. I perspektivet af den erhvervsdrivende fond kan dette, som før nævnt, sammenlignes med, at stifterens afledte nytte blandt andet relaterer sig til uddelingerne, der i fremtiden vil blive givet af fonden på baggrund af stifterens vedtægtsbestemmelser.⁵⁸⁹

7.5.2 Dødsgaver

Dødsgaver er per definition anderledes end den normale gave. I dette afsnit vil nogle af forskellene blive fremhævet, men den væsentligste ligger klart i, at der ikke er tale om en gave givet i levende live (*inter vivos*), men ved testamente. Tages der udgangspunkt i forrige afsnits formel for, hvornår en gavegiver har incitament til at give gaver, må det altså formodes, at den ikke vil være opfyldt, hvis gaven ikke gives

⁵⁸⁷ Louis Kaplow: A note on subsidizing gifts, 1995, s.4

⁵⁸⁸ Se nærmere om fradrag for erhvervsdrivende fonde i kapitel 8. Når de erhvervsdrivende fonde derved nyder af et fradrag for alle almenyttige uddelinger plus de vedtægtsbestemte jf. fondsbeskatningslovens § 4 stk. 1 og stk. 2, kan dette altså anses for et statsligt forsøg på at nærme stifterens overdragne uigenkaldelige formue til det niveau, der i et samfundsperspektiv giver den største nytte. Se blandt andet her fradrag for gaver til visse foreninger efter Ligningslovens § 8 A

⁵⁸⁹ Hertil kan også tilføres reglerne om fradrag for hensættelser mv. jf. Fondsbeskatningslovens § 5

i live. Der er argumenter for, at modtageren ville have haft større gavn ved at modtage gaven før dødstidspunktet. Således burde værdien af gaven både være større for giver og modtager før dødstidspunkt. En forklarende faktor, til hvorfor gaverne således ikke bliver givet i levende live, men som døds-gaver, kan findes i følgende, der alle baseres på visse former for usikkerhed.⁵⁹⁰

For det første kan der generelt være tale om usikkerhed relateret til gavegiverens viden om modtagernes behov for gaven eller dennes intentioner med en eventuel gave således, at gavegiveren venter med at overdrage godet og på den måde i det mindste har kunnet observere modtageren i længere tid, hvormed usikkerheden så burde være mindre.⁵⁹¹

For det andet kan der helt og holdent være tale om usikkerheden, der tilknyttes de fleste mennesker, nemlig usikkerheden i forhold til, hvornår døden indtræffer. Hvis en person ikke ved, hvor længe denne lever, kan der være incitament til at ”gemme” lidt ekstra således, at personen ikke pludselig, pga. at have givet formue væk i gaver, står uden formue til sig selv.

Et tredje, men langt fra den sidste årsag til, hvorfor personer venter med at give gaver, til de er døde, kan relatere sig til tekniske omstændigheder som beskatning. Hvis beskatningen er højere ved gaver inter vivos i stedet for ved arv, vil der være belæg for, at den formel, som fremsat under ovenstående afsnit, netop ikke er opfyldt pga. beskatning og at det således er et bevidst valg, at vente til personen afgår ved død og formuen kun vil være underlagt arvebeskatning.⁵⁹²

⁵⁹⁰ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law & Economics, 2007, s. 164

⁵⁹¹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.60

⁵⁹² Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.63, som tidligere fremført I afhandlingen vil skatte elementer ikke være en del af analysens fokus. Det frembringes blot her af formidlingsmæssig årsager.

7.5.3 Testamentet og respekten for det

Uagtet årsagen til, at personer venter med at give gaver, til de afgør ved døden, er det essentielt at se på testamentet. Testamentet er et afgørende element i overdragelsen af ejendomsretten. Testamenter kan have adskillige formater, men grundlæggende er der tale om tre væsentlige faktorer ved testamenter. Testamenter kan omfatte betingelser, der kan omskrives og der kan laves uigenkaldelige.⁵⁹³

Betingelserne i testamenterne har til hensigt at sikre testator, at arvingen opfylder visse krav, som testator sætter pris på, før arvingen kan modtage, hvad der er denne tilsigtet ved arv. Eksempler herpå kan være noget så simpelt som en aldersbetingelse eller en betingelse om, at pengene skal anvendes til uddannelse. Disse bestemmelser viser således direkte og indirekte, hvad testator mener, at arvingen skal bruge pengene på, eller hvornår arvingen kan siges at være i stand til at træffe beslutninger, der stemmer overens med testators ønske med formuen.⁵⁹⁴

Det andet yderst relevante punkt er muligheden for, at testator med tiden vil kunne ændre i testamentet, således, at skulle hans mening ændres, da vil det være muligt for ham at justere i testamentet. Således kan testator tage højde for, at hans egen opfattelse af formuens fremtidige funktion ændres. Der behøver dog ikke at være tale om en decideret holdningsændring, men blot ønsket om at specificere. Testator kan efter nedskrivningen af testamentet blive klar over nogle modifikationer, som eksempelvis fastlæggelse af betingelser, eller ønsket om at binde formuen.⁵⁹⁵

Ønsket om at binde formuen ved testamentet, altså gøre den uigenkaldelig er det sidste relevante element i denne fremstilling. Uigenkaldeligheden kan blandt andet

⁵⁹³ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.64

⁵⁹⁴ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law & Economics, 2007, s. 164f

⁵⁹⁵ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.64

have den fordel, at arvingen kan påregne sig den fremtidige gevinst således, at denne i en vis grad kan agere, som var den uigenkaldelige formue tildelt ham allerede.⁵⁹⁶

Helt overordnet har ovenstående elementer ved testamentet en ting til fælles, de kræver at blive respekteret i retssystemet. Som allerede fremført i ovenstående redegørelse for ejendomsrettens betydning for samfundet, må det kunne udledes, at det er vigtigt, at et testamente respekteres af det samfund, hvori der testamenteres. Respekteres testamentet ikke, svarer situationen til den, hvor overdragelsesretten i forbindelse med ejendomsretten ikke nyder beskyttelse og konsekvenserne heraf inkluderer blandt andet personers manglende incitament til at arbejde hårdere, forbedre genstande mv.⁵⁹⁷ Selvom samfundet bør respektere testators vilje, er der dog visse hensyn, der skal tages højde for. Hvis man ved arv havde frit lejde til at overdrage sin ejendomsret/formue til arvinger uden nogen former for hindringer herfor, ville der i praksis være mulighed for, at den velhavende del af samfundet ville kunne supplere sig selv økonomisk og på denne måde sikre en kontinuerlig velstand og måske endda forbedre den over tid. Derfor ser man i et land som Danmark, at man fra statslig side beskatter arv, samt at man netop ved grundloven af 1915 fremsatte forbud mod len og stamhuse.⁵⁹⁸ Dette er nødvendiggjort for ikke at skabe en skæv fordeling i samfundet, der kan medføre eksternaliteter, der mindsker den samlede velfærd, som vil blive behandlet senere i dette kapitel.

7.5.4 Spilteoriens mulige opsætning af modelstruktur

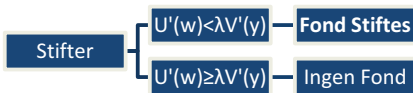
Ovenstående afsnit bør have givet indsigt i kompleksiteten i forhold til gaver og arv, når der er tale om overdragelse af ejendomsrettigheder. Dette er af stor betydning for afhandlingens fokusområde angående stifterviljen og dennes beskyttelse af

⁵⁹⁶ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.64

⁵⁹⁷ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law & Economics, 2007, s. 164

⁵⁹⁸ Se her kapitel 3 i sammenhold med kapitel 5 og Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.65

ejendomsretten, da funktionaliteten ved at stifte en erhvervsdrivende fond synes at være direkte relateret til de omstændigheder, der findes indenfor gaver og arv. Ud fra ovenstående kan nedenstående spiltræsmodel opstilles i forhold til, hvornår stifter ønsker at stifte en fond.⁵⁹⁹ Dette spiltræ vil blive anvendt og udbygget igennem dette kapitel for at danne et visuelt indtryk af kompleksiteten i forhold til afhandlingens problemstilling samt at opstille de mulige løsningsforslag for til slut at kunne videreføre det endelige spiltræ til videre analyse i næstkommende kapitel.⁶⁰⁰ Det hensigtsmæssige med spiltræet som opsætning for modelstrukturen i dette kapitel er, at man ved baglæns induktion kan udlede, hvorledes fremtidige stiftere har incitament til at stifte fonde givet de valg samfundet træffer og løsningsmuligheder, som vil blive analyseret i dette kapitel.



Som allerede defineret kan vi ved ovenstående model altså fremvise, at en stifter vil stifte en erhvervsdrivende fond, hvis nytten med stiftelsen overgår dennes nutidige nytte af egen velfærd.⁶⁰¹ Med dette for øje, vil de næste afsnit således bygge videre på dette udgangspunkt for at danne rammen for et repræsentativt spiltræ i forhold til den økonomiske analyse af afhandlingens problemfelt. På baggrund af dette afsnit, som omhandlede årsagen til at give en gave videre, vil det følgende således omhandle ex post situationen, hvor gaven er givet i form af den erhvervsdrivende fond og begrebet den døde hånd.

⁵⁹⁹ For basal information om spiltræsopbygning se Pranab. K. Dutta: Strategies and Games, 1999, s. 17-21

⁶⁰⁰ Da der er tale om, at de forskellige elementer, som indgår i spillet, foregår over tid, anvendes det sekventielle spil.

⁶⁰¹ Som det vil belyses nærmere i kapitel 8, hvor retsreglerne inkluderes, kan staten, som også nævnt tidligere i dette kapitel, med skattemæssige incitamenten kunne påvirke modellen, hvis det anslås, at man ønsker, at der skal stiftes flere fonde.

7.6 Den døde hånd

7.6.1 Kontrol efter død

Dette afsnit tager udgangspunkt i økonomiens behandling af ejendomsrettigheder, som ved gave eller testamente er blevet overgivet til en evigtvarende rettighedsholder, som legater, stiftelser, fonde, erhvervsdrivende fonde, foreninger eller lignende. Begrebet ”den døde hånd” kommer af, at der ved gavegiver eller testators overdragelse af ejendomsrettigheden som regel følger en række anvisninger for, hvorledes formuen/ejendomsrettigheden skal forvaltes og udnyttes i al evig fremtid.⁶⁰² Anvisningerne symboliserer altså gavegiver eller testators ønsker og medfører således en form for forlængelse af dennes/deres ejendomsret. Der er derfor tale om en form for betinget ejendomsret, også kaldet den døde hånd, da gavegiver/testator i et vist omfang synes at kunne disponere over sin rettighed selv efter afgivelse af rettigheden.⁶⁰³ I det følgende vil det blive analyseret, hvilke fordele og ulemper der er i forhold til at tillade den døde hånd i et samfund, for derefter at se på påvirkningen af, at tillade statslig permutation af den døde hånd. Men allerførst er det nødvendigt at analysere incitamentet til at ville kontrollere ejendomsret efter ens død og dermed baggrunden for at stifte en erhvervsdrivende fond.

Der er flere mulige forklaringsmodeller for, hvorfor visse personer ønsker at bevare kontrollen over en ejendomsret efter deres død. Der kan være tale om en situation, hvor rettighedshaveren ikke mener, at en eventuel arving vil håndtere formuen på en sådan måde, at rettighedshaverens nytte bliver forbedret.⁶⁰⁴ I dette tilfælde vil der altså være tale om, at rettighedshaverens nytte er langt mindre ved at give gaven end det, han får ud af at afgive rettigheden, hvorfor han ikke kommer til at få opfyldt nedenstående betingelse for gaveoverdragelsen:

⁶⁰² Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.67

⁶⁰³ For en dybere forståelse af begrebet betinget ejendomsret se kapitel 3

⁶⁰⁴ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.67

$$U(\mathbf{w}-\mathbf{g}) < \lambda V(\mathbf{y}+\mathbf{g})$$

En anden mulighed kan være den, hvor rettighedshaveren bevidst ønsker at beholde rettighederne i den begrænsede forstand, som det fremgår af vedtægterne. Dette kan lade sig gøre, da viden om at rettighederne udnyttes på den vis, han har anført, i sig selv giver den oprindelige rettighedshaver ekstra nytte. I begge tilfælde må det kunne siges at være således, at rettighedshaveren har et specifikt ønske med sin rettighed, der ikke opfyldes ved at indløse rettigheden mod profit eller lade den gå i arv. Rettighedshaveren har altså en hensigt og et formål med formuen, som denne ønsker videreført eller udviklet. På denne baggrund vil man altså ved at lade **(S)** repræsentere hensigten (stifterviljen), som rettighedshaveren har i stedet for den oprindelige gavemodtager, kunne beskrive gaveforholdet således:⁶⁰⁵

$$U(\mathbf{w}-\mathbf{g}) + \lambda S(\mathbf{y}+\mathbf{g})$$

I stedet for en fysisk modtager er modtageren altså hensigten eller nærmere stifterviljen, som det vil skulle repræsentere ved en erhvervsdrivende fond. Ved fondsstiftelse henlægges formuen uigenkaldeligt til den juridiske person, formålet med denne samt dertilhørende vedtægtsbestemmelser, altså stifterviljen. Stifteren af en erhvervsdrivende fond vil altså stifte fonden med en given mængde g i forhold til hans nyttemaksimering efter ovenstående formel. Variablen **(S)** er dog i sit hele ikke så forskellig fra en fysisk modtager. Der, hvor forskellen primært forefinder sig, er, at **(S)** vil være fast defineret og dermed ikke kan skifte mening i forhold til omgivelserne, som det ville være muligt for en privat person. Netop dette element er også den del, der i litteraturen har været kritiseret ved den døde hånd, som anføres nedenfor.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Denne udvikling af Louis Kaplow's formel er selvfabrikeret til formålet at beskrive stiftelsen af erhvervsdrivende fonde.

⁶⁰⁶ På denne baggrund ændres formelen for fondsstiftelse i spilræet i det efterfølgende således, at **(V)** erstattes med variabelen **(S)**.

7.6.2 Kritikken af den døde hånd

Helt generelt følger det af økonomiens behandling af ejendomsretten, som også nævnt ovenfor, at der grundlæggende ved at tillade kontrol over ejendomsrettigheder skabes et øget incitament til at arbejde hårdere, end hvis ejendomsretten ikke var beskyttet.⁶⁰⁷ Det synes at være forståeligt, at den døde hånd til tider kan være modtager af en del kritik, specielt lang tid efter testators eller gavegivers død. En del af denne kritik vil blive fremhævet her.⁶⁰⁸

Nogle af de argumenter, der har stillet sig kritisk overfor rækkevidden af den døde hånd, omhandler bl.a., at testator/gavegiver efter dennes død ikke får nytte af den overfor samfundet ekskluderede ejendomsret og at der samtidig hermed, ved beskyttelsen af den døde hånd, ikke er taget højde for ejendomsrettigheders mulige merværdi i fremtiden.⁶⁰⁹ Problemet med disse forklaringer er, at de ikke er komplette i den forstand, at når der er enighed om incitamentstesen og behovet for ejendomsret, samt dennes indvirkning på menneskers lyst til at arbejde hårdere for fremtidig nytte, da må denne nytte anses for at kunne gå videre end blot menneskets levende år, hvis der ved gaveoverdragelsen ikke var fastlagt en fremtidig slutdato.⁶¹⁰ Ved stiftelsen af en erhvervsdrivende fond vil dette ligeledes være gældende, da en stiftelse uden fremtidige hensyn ikke vil give mening i et fondsformat med formålserklæringer og vedtægtsbestemmelser. Derimod vil en donation eller anden form for enkeltstående monetær overdragelse i disse tilfælde synes mere sandsynlig.

Dér, hvor der kan være tale om reelle argumenter mod den døde hånd, er, når denne ikke har kunnet forudse, hvad der kommer til at ske i fremtiden. Eksempelvis kan der være tilfælde, hvor den afdøde ikke ville kunne forestille sig den teknologiske

⁶⁰⁷ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.12-14

⁶⁰⁸ Se også her Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 11-23.

⁶⁰⁹ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law & Economics, 2007, s. 164f

⁶¹⁰ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.68-69

udvikling, der kommer til at ske og derfor ikke i sin døds gave har kunnet tage højde for dette. I forlængelse heraf kan også nævnes de tilfælde, hvor den afdøde måske har lavet så præcise anmærkninger for anvendelsen af den overførte ejendomsret, at disse på et tidspunkt bliver fuldstændigt umulige at realisere. Der forekommer altså en helt generel usikkerhed ved tidsfaktoren i forhold til den oprindelige formel for gaveoverdragelser, der ligeledes gælder for erhvervsdrivende fonde. Der behøver ikke være tale om, at ejendomsretten bliver umulig at realisere, men blot at der skabes en større negativ effekt end positiv, idet den ikke tager højde for de pågældende ændringer i samfundet.⁶¹¹

Et sidste men bestemt ikke negligerbart argument omhandler fordelingen af begrænsede ressourcer. Hvis man forestiller sig, at den nulevende generation på Jorden besidder fuld ejendomsret overalt og alle ved gave eller testamente overdrager denne ejendomsret til en bestemt hensigt, da vil den kommende generation ikke have nogen muligheder for at ændre eller udvikle samfundet i samme grad, da den i store dele vil være begrænset af tidligere generations ønsker og hensigter.⁶¹²

Den forskellige værdiansættelse generationerne imellem medfører da også, at vi antagelsesvis kan formode, at staten vil intervenere i den døde hånds rækkevidde, hvis denne skulle komme den nulevende generation til ugavn og specielt, hvis den nulevende generation fysisk og psykisk er distanceret fra den oprindelige gavegiver/testator. Hvis den nulevende generation da værdiansætter ejendomsretten kontrolleret af den døde hånd højt, vil de søge den ændret ved statslig intervention.⁶¹³

⁶¹¹ Der har tidligere været eksempler i USA på donerede parker, der tilskrev en opdeling af racer, hvilket i nutidens samfund ville blive anset for forkasteligt.

⁶¹² Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.71. Dette argument blev ligeledes fremført af Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 11-23, i hans kritik om den absolutte ejendomsret.

⁶¹³ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, , s.72

Der er i dette afsnit blevet fremført begrebet den døde hånd og de mulige ulemper ved at give erhvervsdrivende fonde denne betingede evige ejendomsret. Der vil i det følgende tages udgangspunkt i denne kritik for at søge mod løsningsmuligheder for den døde hånd i forbindelse med stiftelse af erhvervsdrivende fonde og altså den reelle overdragelse af ejendomsrettigheder.

7.7 Den døde hånd og eksternaliteter

7.7.1 Definition af Eksternaliteter

Med dette afsnit vil effekten af ejendomsrettighedernes anvendelse blive analyseret og hvorledes disse synes af positiv eller negativ karakter samt den økonomiske teoris betragtninger og muligheder for at løse eventuelle disputser relateret til anvendelsen af ejendomsrettigheder. Når det i ovenstående er blevet fremført, at stifteren af den erhvervsdrivende fond ikke kan tage højde for uforudsete samfundsændringer og at dette kan medføre, at formål og bestemmelser for den erhvervsdrivende fond kan anses for skadelig eller på anden måde negativ for stiftertiljen eller samfundet, er der tale om det økonomiske begreb eksternaliteter.⁶¹⁴ Dette begreb, effekten samt mulige løsninger herfor vil netop være omdrejningspunktet for dette afsnit.

Eksternaliteter defineres ved:

”One party’s action will be said to have an external effect – or to create an externality – if it influences, or may influence with a probability, the well-being of another person, in comparison to some standard of reference.”⁶¹⁵

⁶¹⁴ Når effekten på stiftelsens eget formål kan anses som en eksternalitet, er dette grundet i, at betragtningen her angår, at stifterens forskrifter på stiftelsestidspunktet vil være årsagen til den senere negative effekt. Således skaber stifteren selv en mulig fremtidig eksternalitet.

⁶¹⁵ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.77 og Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 101

Ud fra ovenstående må det siges, at begrebet eksternaliteter favner bredt. Det grundlæggende ved eksternaliteter er, at de kan være gavnlige eller skadelige og der kan være tale om nutidige eller fremtidige eksternaliteter.⁶¹⁶ Forudsætningen, for at eksternaliteter opstår, er dog betinget af ejendomsrettigheder. Dette skal forstås således, at hvis part A forsøger skade på sin egen bil eller på nogen som aldrig kommer til at påvirke andre, er der ikke tale om en eksternalitet, men påvirker skaden en bil, der er ejet af part B, da vil der være tale om en negativ påvirkning af en andens ejendomsret og dermed en negativ eksternalitet. Er effekten i stedet for positiv, er der således tale om en positiv og ikke en negativ eksternalitet.

Den sidste del af ovenstående definition er yderst vigtig i forhold til opfattelsen af eksternaliteter. Forudsætningen for en eksternalitet er ikke kun bundet op af ejendomsretten, men også opfattelsen af hvad der er positivt eller negativt. Der kræves således at skulle være en fælles forståelse eller samfundsopfattelse, før der kan skabes enighed, om en eksternalitet er positiv eller negativ.⁶¹⁷ Et sidste relevant element for eksternaliteter omhandler, at for at en person oplever en eksternalitet, bliver denne person nødt til selv at være klar over det og han skal kunne identificere sig selv som blivende påvirket. Ellers kan der ikke siges at være tale om en eksternalitet – ekstern effekt.⁶¹⁸ Det vil ikke give mening at behandle eller reagere på nogle eksternaliteter, som ikke kan bevises at være eksisterende.

Fokuseres der på et samfundsmæssigt plan og effekten af eksternaliteter, må det altså på baggrund af ovenstående være givet, at hvis der ønskes en maksimering af nytten i

⁶¹⁶ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.78

⁶¹⁷ Eksempelvis kan visse omstændigheder opfattes vidt forskellig hos modtageren. Nogle studerende kan som eksempel bedst lide at der er helt ro omkring dem, hvorimod andre gerne vil høre klassisk musik og andre vil bare gerne have noget baggrundsstøj. På et bibliotek, hvor larm antages for at være udelukket, vil denne stilhed altså kunne anses som en positiv eller negativ eksternalitet samtidig med, at støj frembragt af nogle på biblioteket også vil kunne betragtes positivt eller negativt afhængig af, hvem der bliver spurgt.⁶¹⁷ Da opfattelsen dog generelt må siges at være, at der er stille på et bibliotek, synes dette at være den normale standard (som til dels også håndhæves på de fleste biblioteker), derfor vil støj altså anses som en negativ eksternalitet.

⁶¹⁸ Ronald H. Coase: The problem of social cost, 1960, 2, 12-13

samfundet, bør der kun udføres handlinger, hvor værdien af en handling fra en part inklusiv effekten på andre er positiv. Men for at det bliver muligt at kunne maksimere velfærd på samfundsplan, er det nødvendigt at tillade, at ejendomsrettigheder kan handles eller nærmere forhandles parterne imellem.⁶¹⁹ Dette er grundet i, at for at opnå den bedste ressource allokering er det nødvendigt, at det bliver muligt at flytte eller ændre i rettigheder således, at den part, som kan udnytte dem bedst, får adgang til dem.

Med fokus på den erhvervsdrivende fond, kan en sådan handel med rettigheder synes mærkværdig, da rettighederne jo netop er betinget af stifterviljen og ikke altid mulige for bestyrelsen at ændre. Denne problemstilling er netop, hvad der gør den økonomiske analyse herefter relevant. Den økonomiske analyse angående fonde vil omhandle, hvorledes der skabes efficiente løsninger på baggrund af, om dette skabes via forhandling, lovgivning etc. Det vil ikke sige, at ejendomsretten ikke respekteres, men at det netop på grund af respekten er nødvendigt at kunne erstatte retten med en tilsvarende eller højere nytte i form af kompensation. Det, der ønskes, er således at finde muligheden for at undgå den døde hånds negative eksternaliteter ved forskellige handlemetoder. Derfor vil der i det følgende redegøres for, hvornår og hvordan eksternaliteter kan løses ved forhandling, lovgivning eller en kombination af begge.



⁶¹⁹ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 163ff

Spiltræet, som ses ovenfor, er nu udvidet fra kun at omfatte formlen for fondsstiftelse til, at der enten forekommer positive eller negative eksternaliteter. Udgangspunktet vil herefter være at analysere, hvorledes det er muligt at behandle de negative eksternaliteter, da der i udgangspunktet ikke findes et direkte incitament til at behandle positive eksternaliteter i forhold til denne afhandlings problemfelt. Dette kan begrundes ved, at formålet med dette kapitel blandt andet er, at se på i hvilken grad stiftelsen af erhvervsdrivende fonde vil minimeres af efterfølgende vilkår og fejlagtige handlinger.

En positiv eksternalitet anses i dette tilfælde at dække over de situationer, hvor de fastlagte vedtægter, stiftertiljen, på grund af samfundets udvikling eller andre eksterne faktorer øger nytten, som stifter får ved at stifte den erhvervsdrivende fond i forhold til nytten bundet til hans formue eller den af samfundets samlede nytte.⁶²⁰ Medfølger de ændrede samfundsvilkår i stedet en negativ eksternalitet gennem vedtægterne, vil der være tale om at nytten falder for enten stiftertiljen, samfundet eller begge. Eksternaliteten er altså dannet af de ændrede samfundsvilkår sammenholdt med de fastsatte vedtægtsbestemmelser. Der er derfor ikke tale om, at eksternaliteten ”rammer” stifteren selv, men i stedet den erhvervsdrivende fond samt mulige andre parter, hvorfor der stadig vil være tale om en eksternalitet.

Hvis der i det danske samfund kan spores en tendens til, at samfundsudviklingen generelt kun vil skabe positive eksternaliteter, som påvirker stiftertiljen, vil det kunne give et øget incitament til, at der vil blive stiftet flere erhvervsdrivende fonde i fremtiden grundet, at værdien af $\lambda S'(y)$ således vil kunne forventes at blive højere

⁶²⁰ Det skal hertil anføres, at den positive eksternalitet godt kan være betinget af netop stiftertiljen. Eksternaliteten i sig selv er forårsaget af andre end stifteren selv, men kan netop grundet stifterens forskrifter ende ud som værende positiv. Eksempelvis vil et 100% ejerskab, som i eksemplet med Carlsberg, være en stabiliseringsfaktor, der overfor kraftige markedsudsving på grund af eksterne faktorer bevirker, at det fondsejede selskab ikke bliver berørt af disse markedssvingninger. Se også her kapitel 4 om formålet med lov om erhvervsdrivende fonde og kapitel 8.

end forventet. Dette vil således have den samme effekt, som når der fra statens side gives fradrag mv.

Modsætningsvis gælder det for negative eksternaliteter. Som det allerede er blevet fastlagt i dette kapitel, er ønsket i et samfundsmæssigt perspektiv ikke at mindske incitamentet for stiftelse af erhvervsdrivende fonde, da de generelt anses for at øge samfundsnytten. Derfor er det nødvendigt i tilfælde af negative eksternaliteter at finde remedier for at modsvare effekten af den negative eksternalitet, så fremtidige stiftere kan se, at deres fremtidige forventede nytte vil blive opretholdt af samfundet i videst mulige forstand. I den forbindelse vil der blive fokuseret på 2 forskellige formater for erhvervsdrivende fonde, som vist ved nedenstående ekstra udvidelse af spiltræet. Dem, hvor bestyrelsen, jævnfør vedtægterne, kan foretage ændringer i disse ved et forud bestemt fastsat flertal og de erhvervsdrivende fonde, hvor vedtægtsændringer ikke er bemyndiget bestyrelsen.



Det følgende afsnit vil således tage udgangspunkt i situationen, hvor vedtægter kan ændres på baggrund af, at stifteren har tilladt bestyrelsen dette i vedtægtsbestemmelserne.

7.7.2 Løsbare situationer med eksternaliteter ved forhandling

7.7.2.1 Coase teoremet

Den nok mest anerkendte tilgang til løsning af eksternaliteter ved forhandling mellem parter kommer fra økonomen Ronald Coase, der med sin artikel ”The Problem of Social Cost” (1960) satte en række retningslinjer for, hvornår forhandling mellem parter fører til en efficient løsning, som blandt andet kan anvendes i situationer, hvor eksternaliteter er til stede. Coase frembragte i den pågældende artikel ikke selv en konkret formulering af det kendte Coase Teoremet. Teoremet er i stedet blevet defineret af andre med minimale forskelle i ordlyden heraf. Eide og Stavang frembringer teoremet således:

”Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordeling av rådigheter, gjennom samarbeide frembringe et Pareto-effektivt resultat.”⁶²¹

Helt generelt menes der med teoremet, at hvis eksempelvis to parter står i en situation, hvor den ene har ejendomsretten over et gode, som den anden ønsker, vil disse kunne forhandle sig til en effektiv ressource- og rettighedsallokering, hvis der ikke er forbundet ekstra omkostninger ved at foretage denne forhandling og at der ikke er tvivl om, hvad der forhandles om. Specifikationen angående at transaktionsomkostningerne skal være lig nul, er en korrekt forudsætning, men er i andre definitioner af teoremet blevet sat til ”bare” at skulle være lave, da der i næsten alle virkelige situationer ikke vil forekomme fuldstændig omkostningsfrie situationer for forhandling. Transaktionsomkostningerne vil blive introduceret mere

⁶²¹ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 137. En anden mulig definition er givet i Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law & Economics, 2007, s. 89 ved: ”When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights.” Cooter og Ulen har endvidere omskrevet teoremet til at definere, hvornår rettighedsfordelingen herefter har effekt ved: ”When transaction costs are high enough to prevent bargaining, the efficient use of resources will depend on how property rights are assigned.”, se herom senere i dette kapitel angående det svage Coase teoremet.

dybdegående i det senere afsnit, hvor Coase teoremet ikke bliver opfyldt. I stedet skal betingelsen indtil da anses som opfyldt og fokus er i stedet på den mulige forhandling, som skal føre til den optimale ressourceallokering.⁶²²

Målsætningen med Coase teoremet, som er sat ved det Pareto effektive resultat, er en efficiensudmåling opkaldt efter dets opfinder Vilfredo Pareto og kan defineres således.⁶²³

*"Pareto efficiency ... or sometimes referred to as allocative efficiency, concerns the satisfaction of individual preferences. A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficiency if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation)."*⁶²⁴

Vejen til at opnå den Pareto effektive tilstand er altså betinget af, at to eller flere parter ikke kan stilles bedre, uden at en part stilles værre. Kan en part stadig stilles bedre, vil der være tale om, at der er mulighed for en eller flere Pareto forbedringer. Således bør det hele tiden undersøges, om en part kan stilles bedre og når det til slut ikke er muligt længere, da er der så tale om, at parterne er i en Pareto effektiv tilstand. Der findes indenfor økonomisk teori adskillige efficiensmålinger baseret på forskellige udgangspunkter. Når der her fokuseres på Pareto effektivitet, er dette baseret på Coase teoremet som udgangspunkt og begrundet i ønsket om ikke at

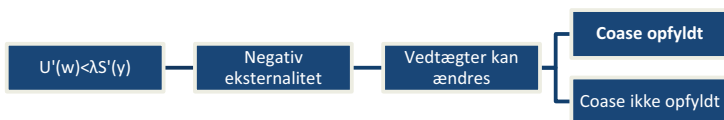
⁶²² Transaktionsomkostninger defineres generelt som en omkostning, der forekommer ved en økonomisk transaktion og kan opdeles i 3 dele: søge/informations omkostninger, forhandlingsomkostninger og håndhævelsesomkostninger. Normalt er begrebet forbundet med Ronald Coase og hans værk "The Nature of the Firm" fra 1937, men det reelle definerede begreb er blevet fastsat i økonomiske værker fra 1950'erne, men kan ikke siges direkte at kunne tildeles en personlighed. Når Coase således fastsætter teoremet på baggrund af transaktionsomkostningerne i forbindelse med ejendomsrettigheder, er der tale om Coase's effektivitets teoremet.

⁶²³ Pareto efficiensudmålingen baseret på Vilfredo Pareto's artikel "Cours d'Économie Politique" Professeur à l'Université de Lausanne. Vol. I, 1896; Vol. II, 1897

⁶²⁴ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law & Economics, 2007, s. 17

mindske incitamentet for at stifte erhvervsdrivende fonde.⁶²⁵ Ønsket er altså ikke at stille stifteren af den erhvervsdrivende fond dårligere i forhold til den nyttebetragtning, som han havde ved sin forventede nytte, da han stiftede den erhvervsdrivende fond.

Coase teoremet forudsætter, at parterne kan forhandle med ejendomsrettighederne, som også tidligere nævnt i forbindelse med økonomiens anvendelse af ejendomsrettigheder. Hvis der skal være tale om en løsning baseret på forhandling, kræves det for den erhvervsdrivende fond, at bestyrelsen efter stifterens død har bemyndigelsen til at ændre i vedtægterne. Er dette ikke tilfældet, vil bestyrelsen i princippet ikke kunne indgå i en position som forhandlende part.⁶²⁶ Det er muligt for stifter i vedtægtsbestemmelserne at give denne bemyndigelse til bestyrelsen. Derudover vil der være forskel på, om en bestyrelse har mulighed for at ændre i selve formålet eller kun i de såkaldte forvaltningsmæssige vedtægtsbestemmelser, men for simplificeringens skyld vil der i det efterfølgende nu kun fokuseres på den situation, at bestyrelsen kan ændre i de vedtægter som måtte relatere sig til den negative eksternalitet.



Som ovenstående spiltræ viser, vil der herefter tages udgangspunkt i situationen, hvor der er mulighed for, at bestyrelsen kan ændre i vedtægter og forudsætningerne for

⁶²⁵ Se herom kapitel 4 om formålet med indførelsen af fondslovene.

⁶²⁶ For at dette kapitel kan anvendes som et økonomisk bidrag til denne afhandlings fokusområde, er det nødvendigt, at forudsætte, at ejendomsretten respekteres i samfundet i en sådan grad, at bestyrelsen som udgangspunkt ikke uden tilladelse til det af stifter, kan ændre i vedtægtsbestemmelserne.

Coase's teoremet er opfyldt, som beskrevet ovenstående. På denne baggrund er der to mulige situationer for behandlingen af, hvad den negative eksternalitet medfører. Enten vil den have effekt på stiftertiljen, ellers vil effekten på grund af vedtægterne påvirke samfundet. Parterne i den forhandling, som ifølge Coase skal foregå, vil således være bestyrelsen i den erhvervsdrivende fond overfor fondstilsynet, der repræsenterer staten og samfundets interesser.

7.7.2.2 Forhandling under Coase når vedtægterne skader stiftertiljen

Hvis en eksternalitet på grund af ændrede samfundsvilkår gør, at visse vedtægter for den erhvervsdrivende fond har en negativ effekt på stiftertiljen, er det bestyrelsens ansvar at sørge for, at ændre disse vedtægter således, at stiftertiljen ikke længere beskadiges eller endda forbedres over det forventede niveau og derved stemmer overens med de samfundsvilkår, der er gældende. Dette kan lade sig gøre, hvis og kun hvis stifteren i stiftelsesdokumentet har bemyndiget bestyrelsen til at foretage sådanne justeringer. Har han det, da vil bestyrelsen altså internt kunne forhandle med tilsynet om retten til at ændre i vedtægterne. Det kan synes underligt i denne sammenhæng, at der overhoved kan være tale om en forhandling, men på baggrund af netop stifterens forskrifter, er det nødvendigt for bestyrelsen at opnå den enighed, som der af stifter måtte være påkrævet til en eventuel vedtægtsændring. På baggrund af bestyrelsens beslutning skal tilsynet således sikre, at de ændrede vedtægter ikke går ud over samfundet således, at en vedtægtsændring ikke blot forårsager en ny negativ påvirkning. Tilsynet har, udover funktionen af at repræsentere samfundet i forhandlingen, også den funktion, at det skal sikre, at de nye vedtægter ikke skader stiftertiljen. Således har tilsynet altså en tosidet funktion i forbindelse med ændring af vedtægter for erhvervsdrivende fonde.⁶²⁷ Parterne vil herefter ifølge Coase kunne

⁶²⁷ Se nærmere herom i kapitel 4 om erhvervsfondsloven

komme frem til en Pareto optimal situation ved forhandlinger således, at den negative eksternalitet elimineres.⁶²⁸

*"The cost of exercising a right is always the loss which is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right."*⁶²⁹

Formålet med forhandlingen er altså at allokere rettighederne således, at der opnås et Pareto optimalt resultat. Hvis en vedtægtsændring ikke påvirker samfundet i en negativ retning, vil ændringen i sig selv kunne anses som en Pareto forbedring, men påfører den samfundet en omkostning, skal der forhandles angående denne ekstra omkostning således, at ingen parter bliver stillet værre end status quo.⁶³⁰ Dette betyder, at så længe omkostningerne for samfundet ikke overstiger gevinsten, som fonden får, vil det være efficient at foretage ændringen og i stedet kompensere samfundet for det tab, vedtægtsændringen vil medføre. En tænkelig kompensation fra fondens side i denne sammenhæng vil således kunne tænkes at være et forøget udbytte tilsvarende det forventede tab.⁶³¹ Det kan dog betvivles, i hvor høj grad der fra tilsynets side ville kunne tillades vedtægtsændringer, som skader samfundet. Tilsynet vil da have mulighed for på anden måde at påvirke resultatet, som anføres her nedenfor.

7.7.2.3 Forhandling når vedtægterne skader samfundet

Hvilke muligheder forefindes der så, når vedtægterne skader samfundet? Under betragtningen af, at bestyrelsen stadig har mulighed for at ændre i vedtægterne efter stifters bemyndigelse, vil det i dette tilfælde være op til tilsynet at være den

⁶²⁸ Coase's forudsætning for at kunne opnå en pareto optimal situation er baseret på, at ejendomsrettighederne er veldefinerede, ingen transaktionsomkostninger (eller minimale) samt en forventning om rationelle agenter. Se yderligere Ronald H. Coase: The problem of social cost, 1960

⁶²⁹ Ronald H. Coase: The problem of social cost, 1960, s. 44

⁶³⁰ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 109-110

⁶³¹ Den erhvervsdrivende fond vil kunne kompensere på en lang række områder blandt andet via selskabsdriften mv.

opsøgende part i forhold til at indtræde i en forhandlingssituation, når vedtægterne grundet ændrede samfundsvilkår skader samfundet. Der skal i denne konstellation tages det samme udgangspunkt som i ovenstående. Hvis en vedtægtsændring ønskes fra statslig side, altså tilsynet, vil det være muligt at foretage en sådan ændring under hensyn til omkostningerne for stiftertiljen. Skades stiftertiljen ikke, vil en vedtægtsændring kunne anses som Pareto forbedring. Skades stiftertiljen, da bør bestyrelsen således i denne kontekst forlange kompensation fra tilsynet svarende til mindst skadens totale omkostning, hvis målsætningen skal følge Coase teoremet.

Uanset om skaden påvirker stiftertiljen eller samfundet, vil parterne altså via forhandlinger kunne opnå et Pareto optimalt resultat. Kommer de til en situation, hvor samfundets omkostning ikke overstiger omkostningerne ved at ændre vedtægten, bør der således ikke foretages en ændring i økonomisk øjemed. Ud fra nedenstående kan det altså konkluderes, at hvis vedtægterne kan ændres jf. stifterens forskrifter og Coase's betingelser er opfyldt, vil vi uanset, hvem der lider tab, kunne nå en Pareto optimal situation ved hjælp af forhandling.⁶³²



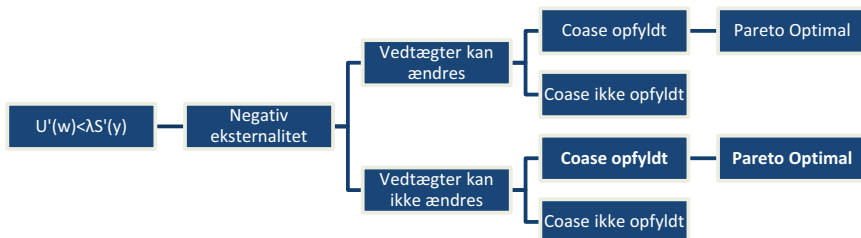
Før der analyseres situationen, hvor betingelserne for Coase teoremet ikke er opfyldt, vil der drages et kort blik på, om situationen, hvor stifteren ikke har tilladt ændringer i vedtægterne, slet ikke kan leve op til Coase teoremet.

⁶³² Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 109-110

7.7.2.4 Når vedtægterne ikke må ændres ifølge stifteren

Ovenstående har fokus været begrænset til situationen, hvor bestyrelsen har bemyndigelse til at ændre i vedtægterne. Hensigten med dette afsnit er at udlede, om der er ændringer i ovenstående resultat, givet at omstændighederne for Coase stadig er til stede, men hvor bestyrelsen ikke har bemyndigelse til at ændre i vedtægten.

Hvis vedtægterne ikke er tilladt at ændre jævnfør vedtægten, men at der på grund af ændrede samfundsvilkår forekommer en negativ eksternalitet, som enten påvirker stifterviljen eller samfundet, hvad vil konsekvensen så være? Hvis ovenstående betingelser for økonomiens behandling af ejendomsrettigheder betragtes, kan det ses, at der uanset hvad, er tale om, at rettighederne skal kunne forhandles. Dette betyder ikke økonomisk set, at ejendomsretten ikke respekteres, blot at den, som værdiansætter den højest, bør have retten. Så betragtes situationen, hvor vedtægterne efter stifterviljen ikke kan ændres, bør denne foranstaltning altså ligeledes være op til forhandling.⁶³³ Derfor kan det altså forventes, at selvom der af stifter er opsat en barriere, vil parterne via forhandling og kompensation til hinanden stadig kunne komme frem til et Pareto optimalt resultat. Så længe stifterviljen ikke bliver værre stillet, men altså kompenseret for tabet, vil det være i alle parter favør at handle med rettighederne frem for at opretholde en uhensigtsmæssig barriere.



⁶³³ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law & Economics, 2007, s. 89. De sammensætter Coase teoremet som følger: "When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights."

Uanset, om stifteren har godkendt vedtægtsændringer eller ej, vil man ved forhandling under Coase's betingelser kunne komme frem til et Pareto optimalt resultat. I de næste afsnit vil der derfor rettes fokus på de situationer, hvor Coase's betingelser ikke er opfyldt og de medfølgende problemer.

7.7.3 Forhandlingens begrænsninger

Selvom den ideelle løsning præsenteret af Coase ville være at foretrække, er realiteterne som ovenfor fremført ikke altid sådan, at forudsætningerne for Coase teoremet er til stede. Problemer med forhandlinger som løsning til at opnå et socialt velfærdsmaksimum inkluderer blandt andet, at de mulige forhandlende parter ikke geografisk befinder sig samme sted, hvilket informations teknologien heldigvis har været med til at mindske kompleksiteten ved. Et andet element, der er fremført som kritik til Coase teoremet, er, at antallet af parter, som skal forhandle, kan være så stort, at dette i sig selv umuliggør forhandling. For det tredje kan manglende viden om eksternaliteternes effekt medføre, at en af parterne slet ikke melder sig til forhandling, eller måske for sent. Og som sidste element vil der ved forhandling altid være en risiko for, at forhandlingerne ikke fører til et reelt resultat, hvilket kan medføre, at nogle trækker sig ud i eller før forhandlingerne.⁶³⁴

Uagtet ovenstående faldgrupper for, hvornår forhandling ikke er garanteret mulig, kan en forhandlingssituation, hvor ovenstående problemer ikke er til stede, men hvor der er mulighed for en såkaldt "win-win" aftale og dermed en Pareto efficient løsning, godt være umulig at opnå. Grundlaget kan være i den asymmetriske information. Hvis parterne trods alt ikke har samme grad af information angående

⁶³⁴ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.88

forhandlingens faktuelle grundlag eller modpartens viden, da kan dette medføre, at en af parterne eller begge ikke opnår den bedst tænkelige løsning.⁶³⁵ Netop dette punkt er også fremført som yderst relevant i definitionen af en eksternalitet. Hvis standard referencepunktet for de forhandlende parter ikke er ens, vil der kunne opstå problemer i forhandlingerne, som så ikke leder til den mest optimale løsning.⁶³⁶

Kritikken af Coase synes altså på baggrund af ovenstående netop at kunne hidføres til de situationer, hvor transaktionsomkostningerne ikke er lig nul og ejendomsrettighederne ikke er veldefinerede. På grund af dette er det derfor nødvendigt at fokusere på, hvilke muligheder der er i tilfælde, hvor forhandling alene ikke er mulig eller ikke fører til en efficient løsning pga. for høje transaktionsomkostninger eller at ejendomsrettighederne ikke er veldefinerede.

7.7.4 Løsning af eksternaliteter ved lovgivning

Når der i økonomisk øjemed gives staten mulighed for at løse problemer vedrørende eksternaliteter, er det forbundet til målsætningen om, at staten via lovgivning kan ændre adfærden for den eller dem, der forårsager de negative eksternaliteter. Det er flere forskellige mulige lovgivningsmæssige tiltag, som kan foretages for at regulere adfærden af den eksternalitetsskabende foranstaltning.

Direkte lovgivning er et middel, hvormed lovgiver kan pålægge pligter og begrænsninger således, at den eksternalitet udøvende part bliver begrænset i hovedsagelig negative eksternaliteter. Eksempler herpå kan være fiskekvoter og andre foranstaltninger, hvormed lovgiver ved lov påtvinger en given adfærd for at undgå negative eksternaliteter.⁶³⁷ Et andet middel er beskyttelsen af

⁶³⁵ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.90

⁶³⁶ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.77

⁶³⁷ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 206f

ejendomsrettigheder. En landmand kan således anklage en nærliggende fabrik i tilfælde af, at forureningen ødelægger landmandens afgrøder.⁶³⁸ En tredje tilgang fra staten til at påvirke adfærden ved direkte regulering kan være ved at indføre ansvarsregler, såsom objektivt ansvar eller culpa, hvormed man pålægger ansvaret den eksternalitetsskabende part, således at dennes ageren ændres i overensstemmelse med statens ønsker for, hvor eksternalitetsniveauet bør være.⁶³⁹

Et andet yderst anvendt eksternalitetsregulerende lovgivningsmateriel er skatter og fradrag. Pigou fremførte med hans værk ”Wealth and Welfare” (1912) og senere viderebygget i ”The Economics of Welfare” (1920), at det var optimalt at regulere eksternaliteter ud fra skatter og fradrag således, at udøvere af negative eksternaliteter blev beskattet af deres ageren, hvorimod udøvere af positive eksternaliteter fik visse fradragsfordele således, at man via fradrag kunne maksimere de positive eksternaliteter på markedet.⁶⁴⁰

Uanset hvilken en af de ovenstående lovmæssige tilgange, der tages i brug mod eksternalitetsskabende adfærd, er forudsætningen en anden end under Coase og formålet er dermed også betinget i et andet efficiens begreb end den Pareto effektive tilstand. Søges eksternaliteter behandlet ved lov, er dette ikke baseret på forhandling mellem alle parter, men i stedet en indsats der kommer fra statens side for konkret at modvirke eksternalitetsskabende effekter. Det vil sige, at der, uagtet om der er tale om direkte regulering eller skatter og afgifter, sættes et værn ind, som har til hensigt at fjerne den negative eksternalitet for så at gavne det overordnede samfund. Der

⁶³⁸ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.93

⁶³⁹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.94

⁶⁴⁰ A. C. Pigou ”Wealth and Welfare” (1912) og ”The Economics of Welfare” (1920), nødvendigheden for denne regulering argumenterer Pigou for ved *“even in the most advanced States there are failures and imperfections...there are many obstacles that prevent a community’s resource from being distributed...in the most efficient way. The study of these constitutes our present problem...its purpose is essentially practical. It seeks to bring into clearer light some of the ways in which it now is, or eventually may become, feasible for governments to control the play of economic forces in such wise as to promote the economic welfare, and through that, the total welfare, of their citizens as a whole.”*

Citation fra Ronald H. Coase: The Problem of Social Cost, 1960, s. 29

tages således højde for det såkaldte sociale optimum og ikke det individuelle, som var tilfældet ved Pareto.⁶⁴¹

Når efficiensudmålingen ikke længere inkluderer alle aktørers individuelle præferencer og til gode ser dem, men i stedet fokuserer på samfundets totale præference, kan der anvendes efficiensbetragtningen Kaldor-Hicks. Kaldor-Hicks baserer sig på den totale velfærd og ikke fordelingen heraf. Den efficiente tilstand vil efter denne efficiensbetragtning kunne ende ud med at skade stiftertiljen, så længe det i det store hele gavner samfundet og dermed mindske incitamentet for fremtidig stiftelse af erhvervsdrivende fonde. Kaldor-Hicks kriteriet, også kaldet ”potential Pareto improvement” er baseret på artiklerne ”The Foundations of Welfare Economics” (1939) af John Hicks og ”Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility” af Nicholas Kaldor og kan defineres som følgende:

*”A potential Pareto improvement allows changes in which there are both gainers and losers but requires that the gainers gain more than the losers lose. If this condition is satisfied, the gainers can, in principle, compensate the losers and still have a surplus left for themselves. For a potential Pareto improvement, compensation does not actually have to be made, but it must be possible in principle.”*⁶⁴²

Grundlaget for behandlingen af eksternaliteter med lovgivningsmæssige indgreb tager således ikke højde for stiftertiljen i samme grad, som det er tilfældet, når behandlingen bliver baseret på Coase teoremet. Det er klart, at der fra samfundets side bør trædes ind overfor negative eksternaliteter, men medmindre der kompenseres for det indgreb, der foretages, risikeres der således, at den forventede nytte $\lambda S'(y)$ for

⁶⁴¹ Se blandt andet her om løsning på socialt optimum og definition heraf i Pranab K. Dutta: Strategies and games, 1999, kapitel 7

⁶⁴² Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 47

stifteren påvirkes i en negativ retning. Dette vil, som også fremført tidligere, kunne få konsekvensen, at incitamentet for fremtidig fondsdannelse falder og i takt dermed produktivitet mv. pga. en mindre forventet nytte for stifterviljens rækkevidde og respekt i samfundet. Dette skyldes, at Pareto, trods muligheden for at handle med ejendomsrettighederne, respekterer stifterviljen så meget, at stifteren i hvert fald ikke vil blive stillet ringere pga. kompensation. Herimod gælder det ikke for Kaldor-Hicks kriteriet, at der inkluderes en kompensation for tabt nytte.⁶⁴³

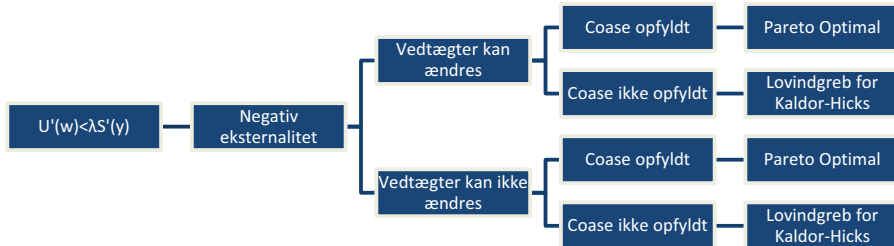
Overordnet må det altså kunne udledes, at enhver behandling af eksternaliteter ved lovindgreb er afhængig af den konkrete situation, hvorfra eksternaliteterne opstår og udformer sig. Men fælles for behandlingen er, at der ved lovindgreb er en anden målsætning bag indgrebet end at foretage Pareto forbedringer. Der er altså ikke et endelig svar på, hvorledes man bedst behandler eksternaliteter ved lovindgreb, når forudsætningerne for Coase's forhandling ikke er til stede, men der må foretages en konkret vurdering i hvert tilfælde. Uanset hvad giver det ikke mening at føre lovindgreb, der ikke er baseret på, at samfundet samlet set opnår en større nytteværdi overfor den negative eksternalitet, hvorfor staten må anses for altid at have Kaldor-Hicks kriteriet for øje.⁶⁴⁴

Lovindgreb skal samlet set således opfattes, som alle de indgreb staten godkender eller selv foretager uden, at der er tale om forhandling. Dermed vil eksempelvis en godkendelse af en vedtægtsændring således være omfattet af definitionen lovindgreb, så længe der ikke kompenseres for stifterviljens tab, da ændringen følger af statens bedømmelse af situationen efter en Kaldor-Hicks betragtning. Altså bedømmer staten situationen for, hvor rettigheden har den største værdi og overdrager så rettigheden hertil uden kompensation.

⁶⁴³ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 47f

⁶⁴⁴ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.94f sammenholdt med Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 144

Således tilføres der nu i spiltræet, som tidligere præsenteret, et nyt led på de tilstande, hvor forudsætningerne for Coase ikke er til stede. Tilstanden defineres som ”lovindgreb for Kaldor-Hicks”.



Ser man på de to opstillede muligheder for behandling af eksternaliteter givet ved enten forhandling under forudsætningerne for Coase eller lovmæssige indgreb, da er det relevant i denne sammenhæng at nævne, at Ørsted i sin artikel fra 1815, som omtalt i kapitel 1, tager stilling til netop dette punkt. Ørsted tager i sin artikel holdningen, at staten skal kunne ændre i vedtægter mv. uden erstatning. Dvs. at han reelt set understøtter et Kaldor-Hicks perspektiv, som stemmer overens med ovenstående frembringelser angående lovmæssige indgreb.⁶⁴⁵

7.7.5 Coase, veldefinerede rettigheder og transaktionsomkostninger

7.7.5.1 Veldefinerede rettigheder og de erhvervsdrivende fonde

Indtil videre har opdelingen af ovenstående analyse fokuseret på to tilstande. En hvor betingelserne for Coase er opfyldt og en, hvor de ikke er opfyldt. Den reelle verden er knap så sort hvid, som det hidtil anførte, hvorfor det er hensigten med dette afsnit at

⁶⁴⁵ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, note s. 17-18

fokusere nærmere på grænseområdet mellem de to tilstande og i hvilken grad det kan være muligt at nærme sig den af Coase præsenterede tilstand, således at stifterviljen ikke forringes.

Det er tidligere blevet fremført, at udgangspunktet for den erhvervsdrivende fonds stiftelse er, at denne kun stiftes hvis $U'(w) < \lambda S'(y)$. Der er statueret et generelt ønske om, at vi i Danmark stadig ønsker oprettelse af erhvervsdrivende fonde grundet samfundsværdien.⁶⁴⁶ Altså må den grundlæggende målsætning være, at uanset eksternaliteter, løsninger mv. skal $U'(w) < \lambda S'(y)$ helst være opfyldt. I den ideelle verden når vi, som fremført ovenstående, et Pareto efficient resultat ifølge Coase, når nedenstående teoremet er opfyldt:

*”Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordeling av rådigheter, gjennom samarbeide frembringe et Pareto-effektivt resultat.”*⁶⁴⁷

Forudsætningerne om veldefinerede ejendomsrettigheder og ingen transaktionsomkostninger vil derfor nu behandles i forhold til de erhvervsdrivende fonde for at udlede, i hvilken forstand disse forudsætninger overhoved kan siges at blive opfyldt. Eide og Stavang frembringer i denne forbindelse blandt andet følgende slutning:

*”Åsakene til eksterne virkninger er enten fravær af veldefinert, privat råderett eller høye transaksjonskostnader.”*⁶⁴⁸

Dette er altså en form for modsat slutning til det oprindelige Coase teoremet og kan tolkes således, at eksternaliteter kun forekommer, hvor forudsætninger for Coase teoremet ikke er til stede, da parterne ellers ved forhandling netop kan komme til en

⁶⁴⁶ Betænkning om fonde Betænkning Nr. 970, 1982 s. 5ff

⁶⁴⁷ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 137

⁶⁴⁸ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 149

Pareto optimal situation. Hensigten med det følgende er således, at undersøge mulighederne for en reel opretholdelse/opfyldelse af Coase teoremet og dermed sikring af $U'(w) < \lambda S'(y)$.

Første del af Coase teoremet, som fremført af Eide og Stavang, betinger sig af, at ejendomsrettighederne skal være veldefinerede. Allerede her opstår den første usikkerhed i forhold til de erhvervsdrivende fonde. I udgangspunktet vil der ikke være direkte tvivl om, at den erhvervsdrivende fond har ejendomsret til dennes aktiver. Der, hvor grundproblemet skal findes, er således tilbage fra definitionen af eksternaliteten:

”One party’s action will be said to have an external effect – or to create an externality – if it influences, or may influence with a probability, the well-being of another person, in comparison to some standard of reference.”⁶⁴⁹

Som tidligere anmærket er den sidste del af definitionen for eksternaliteter essentiel for behandlingen af ejendomsrettigheder og endnu mere i forhold til erhvervsdrivende fonde. For før Coase kan anvendes som løsningsmodel, må det være en forudsætning, at parterne i en given forhandling er enige om udgangspunktet for problemet ”standard of reference”. Hvis der kan være en vis usikkerhed angående eksternalitetens forhold til stiftertiljen, kan der være en risiko for, at forhandlingen, der skal udrede eksternaliteten, ikke bliver efficient efter stiftertiljen uanset fordeling af ressourcer. Det betyder altså, at selvom der kan være enighed om, hvad den erhvervsdrivende fond ejer, så kan der være tvivl om hensigten med ejendomsretten. Det er nødvendigt at tage stiftertiljens hensigt med ejendomsretten med i betragtningen, da den vil skulle indkalkuleres for at kunne værdiansætte

⁶⁴⁹ Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.77 og Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009.

ejendomsretten i sit hele. Tager vi udgangspunkt i formlen for fondsstiftelsen $U'(w) < \lambda S'(y)$, vil en uoverensstemmelse angående definitionen af S og dermed graden af eksternaliteten, eller dens reelle eksistens, kunne mindske incitamentet for fremtidige stiftelser, da stifteren skal indkalkulere den usikkerhed, her defineret ved r, før fondsstiftelse vil ske $\rightarrow U'(w) < \lambda S'(y)(r)$.

Er udgangspunktet således herefter, at parterne grundet variabelen r kan siges at have taget forbehold for usikkerheden relateret til stifterviljen ved behandling af eksternaliteten, skal lovgiver altså for at opnå en Pareto optimal situation kompensere fondsstifteren for denne variabel. Problemet bliver dog de tilfælde, hvor stifterviljen ikke er klart defineret, da der således vil kunne sås tvivl om, hvorvidt forhandlingerne er baseret på et korrekt grundlag. Der kan igen her henføres til netop den usikkerhed, som forelå i casen angående Carlsberg, som fremført i kapitel 2.⁶⁵⁰ Når der var usikkerhed om, hvorvidt der forelå ekspropriation eller ej, kan dette altså henføres til netop problemstillingen om, hvorvidt betingelserne for Coase teoremet var opretholdt eller ej og om indgrebet derfor burde ske ved lov.

7.7.5.2. Transaktionsomkostningerne og de erhvervsdrivende fonde

Den næste relevante del i forhold til ønsket om at opnå en Pareto optimal tilstand angår de såkaldte transaktionsomkostninger. Transaktionsomkostninger dækker en lang række ting, men kan generelt siges at være defineret ved:

"Transaction costs are costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you are selling or sell what you are buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners.

⁶⁵⁰ For uddybning af problemstillingen se da kapitel 2

A bargain is reached by successful negotiation, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. Enforcement involves monitoring performance of the parties and punishing violations of the agreement. We may call the three forms of transactions costs corresponding to these steps of an exchange: (1) search costs, (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs."⁶⁵¹

Det må betragtes som en selvfølge på baggrund af ovenstående definition, at der er uanede mængder af variabler, som således har effekt på søgeomkostningerne, forhandlingsomkostningerne og kontrolomkostningerne. Nogle generelle vilkår, som kan siges at have effekt på, om der er tale om høje eller lave transaktionsomkostninger og som ligeledes er relevante i forhold til problemstillingen angående erhvervsdrivende fonde og beskyttelsen af stiftertiljen kan være: håndterbarheden af godet der forhandles om, kompleksiteten af rettigheder, antal af parter, kendskabet til parterne, den mulige kvalitetskontrol og mængden af offentlig information.⁶⁵²

Generelt kan det siges, at transaktionsomkostningerne normalt er lavere, når der er tale om forhandling angående standardiserede varer, end når der er tale om specialprodukter.⁶⁵³ Dette kan i en vis grad overføres analogt direkte til vedtægterne for erhvervsdrivende fonde. Forhandlinger vedrørende vedtægter, der er af mere forvaltningsmæssig karakter, må anses for at være væsentlig mere simple at ændre på, end vedtægter, der er afhængig af stiftertiljen mv, hvorfor de ligeledes må anses for at have dertilhørende lavere transaktionsomkostninger.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 91-92

⁶⁵² Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 130f og Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 92

⁶⁵³ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 130 og Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008s. 92f

⁶⁵⁴ Se nærmere i kapitel 4 ang. vedtægter af forvaltningsmæssig karakter

Når det kommer til antallet af parter i forhandlingsforholdet, kan der som sådan ikke for de erhvervsdrivende fonde siges, at være særlig store transaktionsomkostninger forbundet herved. Søgeomkostningerne relateret til, at skulle finde de andre parter til det eventuelle køb eller forhandling er som sådan givet af, at den erhvervsdrivende fonds bestyrelse er kendt, samt tilsynet er kendt af fonden. Dér, hvor et problem kan komme ind, må siges at omhandle kendskabet til parterne. Som før nævnt repræsenterer bestyrelsen og tilsynet skiftevis stifterens interesse og i de tilfælde, at stiftertiljen ikke er klart defineret i vedtægterne, kan der her siges at kunne forekomme høje eller i hvert fald højere transaktionsomkostninger, pga. usikkerheden ved den uklare stiftertilje. Denne del af transaktionsomkostningerne kan således i realiteten identificeres som variabelen r , der blev præsenteret i ovenstående afsnit angående de veldefinerede rettigheder. Jo mere komplekse rettigheder er, jo højere transaktionsomkostninger er der relateret til disse.⁶⁵⁵ I det efterfølgende vil variabelen r , være inkluderet i behandlingen af transaktionsomkostninger og ikke fremstå særskilt.

Hvor identifikation af parterne for forhandlingen tilhører søgeomkostningerne, er det anderledes angående en uklar stiftertilje. Er stiftertiljen ikke klart defineret, vil den således kunne brede sig over alle tre dele af transaktionsomkostningerne. For søgeomkostningerne er stiftertiljen relevant i forhold til at kunne identificere de reelle parter for forhandlingen. For forhandlingsomkostningerne omhandler den uklare stiftertilje mængden af offentlig information, som parterne har i fællesskab og kan forhandle om. Hvis bestyrelsen og tilsynet skal behandle en sag vedrørende vedtægtsændringer og disse er af kompleks karakter, forstået således at de relaterer sig til stiftertilje, vil parterne kunne have forøgede transaktionsomkostninger relateret til netop det faktum, at de ikke kan definere stiftertiljen. Således er deres

⁶⁵⁵ Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 131 og Robert D. Cooter, Thomas Ulen: *Law and economics*, 2008, s. 94

fælles information, også kaldet den offentlige information, mangelfuld.⁶⁵⁶ Sidst men ikke mindst kan der for tilsynet være omkostninger relateret til at føre kontrol med bestyrelsens overholdelse af stifterviljen, hvis kontrollen, der skal føres, er betinget af den usikkerhed, der relaterer sig til stifterviljen. Det vil således være svært for tilsynet at definere eventuelle overtrædelser og yderligere krænkelse.

Overordnet må transaktionsomkostningerne i forbindelse med ændring af vedtægter for erhvervsdrivende fonde anses for at være knyttet til stifterviljen og usikkerhed relateret til denne. Samtidig hermed følger således også, at usikkerheden omkring stifterviljen er tæt knyttet til graden af veldefinerede rettigheder i forhold til Coase teoremet, som fremført ovenstående.

7.7.5.3. Det svage og det betingede normative Coase teoremet

Indtil videre har Coase teoremet sat standarden for, hvornår der kan opnås Pareto optimale situationer. Derimod har muligheden for retligt indgreb været præsenteret, som et format, der ikke synes at gavne stifterviljen, men i stedet har til hensigt at henføre en given rettighed til den part, som værdiansætter denne højest.⁶⁵⁷ Det hidtidige anvendte Coase teoremet er også kaldt for det stærke Coase teoremet. Med fokus på ændring af vedtægter for erhvervsdrivende fonde, må det anføres, at det er sjældent, at transaktionsomkostninger kan være lig nul, da der ved alle ændringer som regel vil være tilknyttet enten/både søgeomkostninger, forhandlingsomkostninger samt efterfølgende kontrolomkostninger til en given ændring.⁶⁵⁸ Dette betyder ikke nødvendigvis, at Pareto optimale tilstande ikke kan forekomme, blot at de ikke bliver lige så optimale, som hvis

⁶⁵⁶ Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 131

⁶⁵⁷ Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 144

⁶⁵⁸ Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 138

transaktionsomkostningerne ikke var til stede. Denne tilgang til Coase teoremet er defineret ved den svage version af Coase teoremet.⁶⁵⁹

”Hvis transaktionskostnadene er så høje at de forhindrer forhandlinger, vil ressursutnyttelsen bli Pareto-effektiv hvis den rettslige allokering av rådigheter initialt er slik som forhandlingerne uten transaktionskostnade ville ha ledet til, men ikke ellers.”⁶⁶⁰

På baggrund af det svage Coase teoremet kan det altså udledes, at hvis stiftertiljen er udefinerbar eller på anden måde forårsager for høje transaktionsomkostninger, skal fokus ligge på, hvorledes fordelingen af rettigheden ville være, hvis rettigheden var veldefineret. Hvis reglerne på området trods de høje transaktionsomkostninger, som forhindrer en forhandling, stiller parterne således, som de ville være, hvis der ikke var for høje transaktionsomkostninger, vil resultatet altså stadig kunne blive Pareto optimalt. Eksempelvis hvis en parcellhusejer nægter at sælge sit hus til staten, der skal bruge grunden til anlæggelse af en ny jernbane. Så vil der stadig kunne opnås et Pareto optimalt resultat, hvis reglerne på området stiller ham, som var han villig til at sælge, altså kompenserer ham for hans tab. Drages dette eksempel over på de erhvervsdrivende fonde, kan det altså udledes, at selvom der i vedtægterne eventuelt forekom et direkte forbud mod rettighedsafståelse, vil det stadig være muligt at opnå en Pareto optimal situation, hvis retsreglerne på området stiller stifteren, som var denne klausul op til forhandling. Altså kompenserer stifter/fonden for det tab, han ville lide ved en ændring.⁶⁶¹

Problemet bliver da så, hvorledes det er muligt at komme til en sådan retlig tilstand. Hertil skal der søges mod det betingede normative Coase teoremet, der omhandler en

⁶⁵⁹ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 143

⁶⁶⁰ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 143 og Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 94

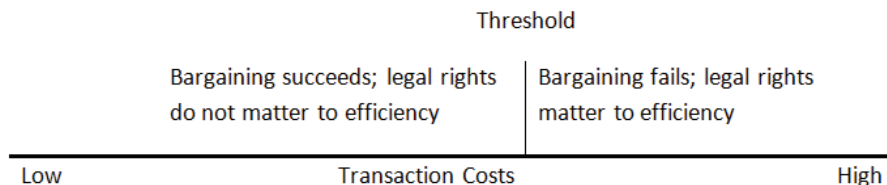
⁶⁶¹ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 143

mere retspolitisk tilgang til Coase teoremet og derfor lægger vægten på, hvorledes lovgivningen bør udformes, for at den Pareto optimale tilstand tilskyndes.

”Hvis man ønsker effektivitet, bør loven udformes slik at den reducerer eller helst fjerner hindringer for private avtaler.”⁶⁶²

Med dette for øje kan det udledes, at lovgiver som første prioritet bør søge mod at danne grundlag for, at der mellem parterne bliver skabt de bedste omstændigheder for at kunne komme til en Pareto optimal situation.⁶⁶³ Der skal altså ikke søges mod en tilstand af Kaldor-Hicks efficiens, som det primære formål, da tilstanden er sekundær til den Pareto optimale. Formår lovgiver at danne retsregler, der således mindsker eller fjerner transaktionsomkostningerne, så det stærke eller det svage Coase teoremet bliver opfyldt, vil disse retsregler være optimale.

Cooter og Ulen opstiller følgende model for grænsen for, hvornår transaktionsomkostningerne bliver så høje, at forhandling ikke kan lade sig gøre. Grænsepunktet, for hvornår forhandling er fordelagtig, er således givet ved grænsepunktet defineret som ”Threshold”:⁶⁶⁴



Hensigten med de forskellige tilgange af Coase teoremet er således at danne grobund for, at lovgiver træffer de mest effektive valg, der baseres på at fjerne transaktionsomkostninger og udefinerede ejendomsrettigheder eller ved eksempelvis

⁶⁶² Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 143 se også Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 97

⁶⁶³ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 144

⁶⁶⁴ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 95

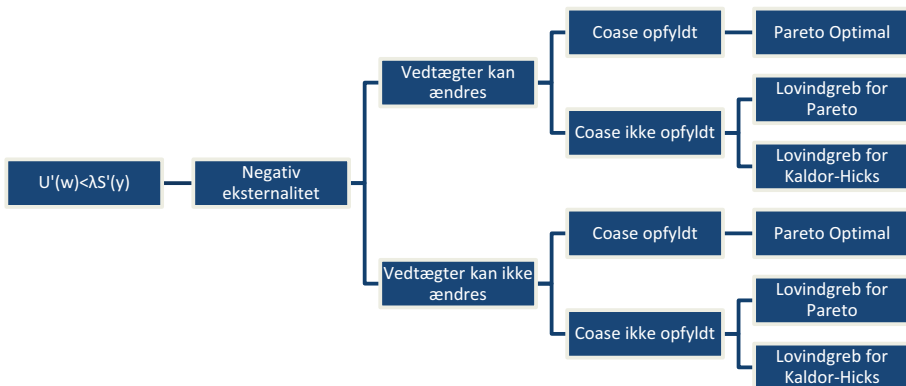
erstatningsregler at sætte parterne, som var der ingen transaktionsomkostninger. Således bør lovgiver så vidt muligt altså flytte mængden af tilfælde, hvor forhandling fejler jævnfør ovenstående model ved at sænke transaktionsomkostningerne til under grænsepunktet.⁶⁶⁵

Er det umuligt for lovgiver at foretage ovenstående tiltag mv., da kan lovgiver i stedet sigte mod en Kaldor-Hicks efficient tilstand. For at opnå en sådan tilstand, skal lovgiver tildele rettigheden til den, der værdiansætter denne højest. Dette medfører to fordele. Transaktionsomkostningerne forsvinder, idet forhandlinger om rettighedsallokeringen ikke er til stede længere og der opnås en effektiv fordeling af rettigheder i de tilfælde, hvor transaktionsomkostningerne havde forhindret en aftale.⁶⁶⁶

Med fokus på den erhvervsdrivende fond og hvad der af dette kapitel er blevet analyseret og fremstillet, kan det udledes, at lovgiver skal søge mod at få defineret stiftertiljen eller muligheden herfor, for at kunne mindske de mest væsentlige transaktionsomkostninger, der er relateret til vedtægtsændringer. Kan dette lade sig gøre, er det bedre, end hvis lovgiver via retlige indgreb re-allokerer ejendomsrettighederne, fordi der ved denne fremgangsmåde i videst mulige omfang sikres, at der i fremtiden fortsat vil dannes erhvervsdrivende fonde og at incitamenterne for at arbejde ekstra for at udnytte retten til ejendomsoverdragelse sker, da dette vil medføre, at forudsætningerne for $U'(w) < \lambda S'(y)$ vil forsøges opretholdt i de fleste tilfælde.

⁶⁶⁵ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 95-97

⁶⁶⁶ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 144



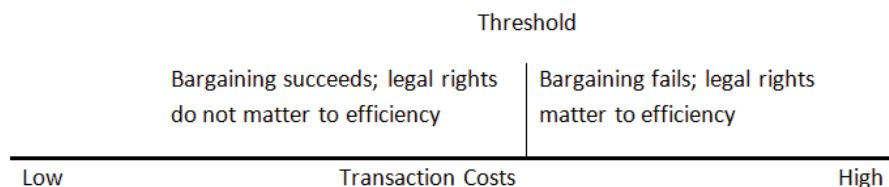
På baggrund af dette afsnit kan der således opstilles den ovenstående spilteoretiske model med den nye tilførsel, at der kan foretages ”Lovindgreb for Pareto”. Denne mulighed repræsenterer, at lovgiver via regulering forsøger at sænke/eliminere transaktionsomkostningerne således, at parterne ved forhandling har mulighed for at opnå en Pareto optimal aftale, selvom omstændighederne sjældent bliver lige så perfekte, som hvis det stærke Coase teoremet var opfyldt.

Er ovenstående umuligt, må der tilskyndes en Kaldor-Hicks tilgang, men denne har ikke inkorporeret en kompensation til stifterviljen, hvorfor det vil medføre en forringelse af incitamentet til dannelse af erhvervsdrivende fonde. Et konkret eksempel herpå kan være, at fondsbestyrelsen adresserer tilsynet for de erhvervsdrivende fonde med anmodning om en vedtægtsændring, hvortil stifterviljen ikke kan defineres og derfor medfører store transaktionsomkostninger, hvis den skulle udledes eller er helt umulig. Da kan lovgiver således tillade indgrebet i stifterviljen, hvis dette medfører en Kaldor-Hicks efficient tilstand. Konsekvensen

bliver da desværre, at stifterviljen ikke efterfølgende kan garanteres at have samme nytte som under Pareto.

7.8 Michelman-kriteriet – middeelvejen mellem Pareto og Kaldor-Hicks

Som det fremgår af ovenstående afsnit, synes den optimale løsning på eksternaliteter at være tilgange, der medfører en Pareto optimal situation, for ikke at skade effekten af ejendomsretten og mindske incitamentet for fremtidige stiftelser af erhvervsdrivende fonde. Desværre er det ikke altid tilfælde og lovgiver kan være nødsaget til at foretage indgreb baseret på en Kaldor-Hicks efficient tilgang. Der forekommer altså et grænsefelt mellem, hvornår den ene og den anden tilgang synes at være den mest effektive. Cooter og Ulen fremsatte nedenstående model for, hvornår forhandling skal foretrækkes.⁶⁶⁷



Problematikken angående ejendomsrettens beskyttelse omhandler, som ovenfor fremført specielt spørgsmålet om kompensation. Hvis der ikke kompenseres ved lovmæssige indgreb når de skal følge en Kaldor-Hicks tilgang, så vil det medføre en degradering af ejendomsrettens værdi og mindske fremtidens stiftelser af erhvervsdrivende fonde.

Frank Michelman analyserer grundlaget for kompensationsafgivelse i sin artikel fra 1967. Han adresserer blandt andet problematikken angående ejendomsrettens

⁶⁶⁷ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 95

beskyttelse og statens nødvendighed for i visse tilfælde at kunne gribe ind overfor denne beskyttelse. Med udgangspunkt i forskellen på Pareto og Kaldor-Hicks klarlægger han, hvornår kompensation skal afgives af lovgiver ved domstolsafgørelser.⁶⁶⁸ Han beskriver blandt andet situationen således:

*”Some of the most thoughtful commentators on our problem have suggested that the way to distinguish between compensable and noncompensable impositions is to ask whether the imposition simply restrains conduct which is harmful to others or whether, on the other hand, it aims at positive enrichment of the public through the extraction of public good from private property. The idea is that compensation is required when the public help itself to good at private expense, but not when the public simply requires one of its members to stop making a nuisance of himself.”*⁶⁶⁹

Således anerkendes det, at visse ting i samfundet ikke skal erstattes, selvom det reelt set kan betinges som være gældende under en menneskeretlig beskyttelse som eksempelvis ejendomsretten. Michelman-kriteriet går således ud på at finde overgangen fra, hvornår der skal føres kompensation eller ej. Kriteriet betinger sig af 4 variabler: Nyttens af reguleringen (N), Omkostningerne ved reguleringen (O), Demoraliseringsomkostninger ved regulering (DO) og Kompensationsomkostninger ved regulering (KO).⁶⁷⁰ Som det kan anes af variablerne, er hensigten med Michelman-kriteriet således at fastlægge en grænse for, hvornår et indgreb af lovmæssig karakter bør udløse kompensation ud fra omkostningerne ved at menneskene i samfundet demoraliseres ved ikke længere at have samme

⁶⁶⁸ Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 213

⁶⁶⁹ Frank Michelman: *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law* – *Harvard Law review* [Vol. 80, No. 6 (Apr., 1967)] s. 1196

⁶⁷⁰ Danske begreber er oversat af forfatteren selv ud fra Frank Michelman: *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, sammenholdt med Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 213f og Steven Shavell: *Foundations of economic analysis of law*, 2004, s. 133

ejendomsretlige beskyttelse. Overdrages dette til afhandlings fokusområde for stiftertiljens beskyttelse, kan Michelman-kriteriet således give en indsigt i, hvornår det kan betale sig i et samfundsperspektiv at bryde stiftertiljen uden kompensation. Således skal grænsen, for hvornår tabet af at der ikke stiftes færre fremtidige erhvervsdrivende fonde, ikke overstige samfundsgevinsten ved det lovmæssige indgreb. Demoraliseringsomkostningerne skal således sættes lig med nedjusteringen i den forventede nytte for samtlige fremtidige eventuelle stiftere af erhvervsdrivende fonde ved at ejendomsretten ikke respekteres. Kompensationsomkostningerne er således de modsvarende omkostninger, som staten skal afholde ved indgreb i ejendomsretten for at modvirke den negative effekt af demoraliseringsomkostningerne.

Michelman-kriteriet tager for det første sit udgangspunkt i en Kaldor-Hicks efficient tilgang ved at proklamere, at vis følgende antagelser ikke er opfyldt, skal et lovindgreb slet ikke gennemføres:⁶⁷¹

$$N > O \text{ og } N - O > DO \text{ eller } N - O > KO$$

Ud fra ovenstående kan det altså fremføres, at lovindgreb ikke skal foretages i ejendomsretten, hvis nytten ved indgrebet ikke overstiger omkostningerne relateret hertil. Yderligere kan det tilføjes, at hvis differencen mellem nytten og omkostningen ved indgrebet overstiger demoraliseringsomkostningerne, bør lovindgreb foretages, samt hvis differencen mellem nytten og omkostningerne overgår de mulige kompensationsomkostninger, bør indgrebet ligeledes foretages.

Den næste del af kriteriet omhandler så, hvornår der skal foretages erstatning ved indgreb, hvilket selvfølgelig omfatter at ovenstående betingelser, for hvornår lovindgreb skal forekomme, er overholdt.⁶⁷²

⁶⁷¹ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009, s. 215

Hvis $DO > KO$, skal der gives kompensation

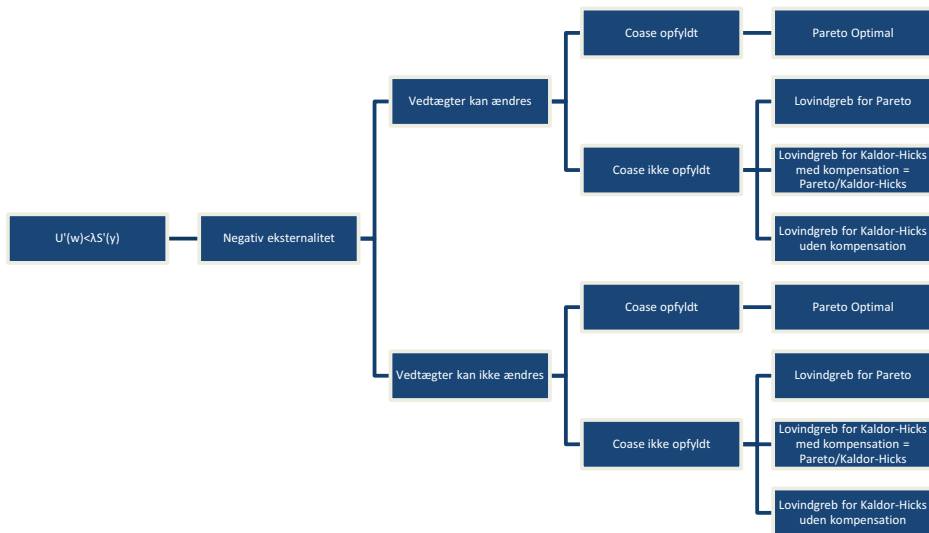
Hvis $DO < KO$, skal der ikke gives kompensation

Ud fra ovenstående kan det altså udledes, at der ved lovindgreb skal gives kompensation, hvis demoraliseringsomkostningerne er over kompensationsomkostningerne. For de erhvervsdrivende fonde vil dette således betyde, at falder den samlede forventede nytte for alle stiftere af erhvervsdrivende fonde mere, end hvad det ville koste staten at kompensere for tabet, skal der ved det lovmæssige indgreb ydes erstatning, for at opretholde nytte niveauet.

Modsat gælder det, at hvis demoraliseringsomkostningerne er mindre end de potentielle kompensationsomkostninger, da skal der ved indgreb ikke gives erstatning. Staten kan således i disse tilfælde, med opbakning fra et økonomisk perspektiv, foretage indgreb i stiftertiljen til fordel for samfundet uden at skulle give kompensation.

Sammenlagt ligger grænsen for kompensation altså et sted mellem Pareto og Kaldor-Hicks, da kompensation anses for nødvendig, for at ejendomsrettens værdi ikke forringes i samfundet, men at der samtidig skal kunne foretages indgreb, der kun tilsigter en Kaldor-Hicks tilgang uden kompensation.

⁶⁷² Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2009, s. 216 sammenholdt med Frank Michelman: *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law* – *Harvard Law review*



På baggrund af Michelman-kriteriet udvides spilmodellen for behandlingen af vedtægtsændringer således, at lovindgreb baseret på en Kaldor-Hicks efficiens opdeles i to, hvorved der for den ene skal gives kompensation, hvis $DO > KO$, og for det andet type indgreb ikke skal gives kompensation, $DO < KO$. I det tilfælde, hvor der gives kompensation, opnår parterne altså ikke kun en Kaldor-Hicks efficient tilstand, men ligeledes en Pareto-optimal tilstand. Hvis kompensation ikke finder sted, er både stifter og lovgiver værre stillet hvis $DO > KO$, end hvis kompensation forekommer og hvis den gør lider stifter ikke et nytte tab.

Grunden, til at der ikke er ændret i den Pareto optimale tilstand og lovindgreb, der tilsigter at sænke transaktionsomkostninger så Pareto kan opnås, er, at forhandling mellem parterne under forudsætningerne for Coase anses for at være mere omkostningslette end omstændighederne for lovindgreb. Det er dog nødvendigt i

denne sammenhæng at fremhæve, at forhandlingerne, som foretages mellem tilsynet og bestyrelsen skal være baseret på en tilsynspraksis, der bør overholde Michelman-kriteriet. Da tilsynet forestår både forhandlinger og indgreb, er det afgørende, at Michelman-kriteriet bliver indtægt som tilsynets generelle vurderingsgrundlag. Lovindgreb der tilsigter at mindske transaktionsomkostninger, må i sig selv anses som fordelagtige, så længe disse i sig selv medfører en samfundsmæssig gevinst.

7.9. Sammenfatning

På baggrund af dette kapitel kan det sammenfattes, at ejendomsretten ikke kun spiller en væsentlig rolle i forhold til juridiske problemstillinger, men ligeledes for økonomiske. Ejendomsretten er i et økonomisk perspektiv en af de væsentligste grundpiller for, at vores samfund ser ud, som det gør i dag, da det giver mennesker en øget mulighed for og vilje til at arbejde hårdere og derved også udvikle allerede eksisterende produkter. Uden respekten for ejendomsretten vil menneskers nytte ved at yde en ekstra indsats falde drastisk, da deres forventede nytte ved den ekstra indsats ikke kan garanteres at tilhøre dem selv i fremtiden, hvorfor incitamentet for et højere ydelsesniveau således ikke eksisterer.

Når ejendomsretten er så vigtig i økonomisk øjemed, omhandler det ikke kun besidder retten, men også retten til at overdrage rettigheden. Ved at overdragelsesretten eksisterer, kan enhver rettighedshaver nemlig forbedre sin nytte ved enten at foretage salg af en given rettighed eller overdrage gentanden ved gave eller arv afhængig af, hvorledes nyttefunktionen ser ud for den pågældende rettighedshaver og om det giver rettighedshaveren en nytteforøgelse. Hvis overdragelsesretten ikke eksisterer, vil værdien af rettigheden degraderes, jo tættere en rettighedshaver kommer på tidspunktet, hvor han ikke længere kan anvende rettigheden, ved eksempelvis død. Det er derfor helt essentielt at overdragelsesretten

eksisterer og der opretholdes en respekt for denne specielt ved testamentering af gave eller arv.

At respekten for testamenter mv. gives for rettighedshavere, har dannet grobunden for, at der blandt andet i Danmark eksisterer en lang række erhvervsdrivende fonde. Stiftelsen af en erhvervsdrivende fond kan sidestilles med overdragelsen af en gave. Dette kan udledes, da stifteren ville have mulighed for at sælge sine aktiver i stedet, men grundet en nyttemaksimering, der ikke kun er betinget af en monetær modydelse, følger at lade ejendomsretten overgå til en fondsstruktur uden en følge af en direkte økonomisk modydelse. En gaveoverdragelse anses i samfundsmæssig forstand som havende en positiv effekt, hvorfor der blandt andet i de fleste samfund findes forskellige fradragsmuligheder etc. for at øge gaveoverdragelsesmængden. Dette gælder således også for stiftelsen af erhvervsdrivende fonde, der ydermere er blevet understøttet af undersøgelser, som fremhæver de erhvervsdrivende fondes positive indvirkning på dansk økonomi, forskning mv.

At der ydes fuld beskyttelse for ejendomsretten, er dog ikke helt omkostningsløst i forhold til økonomisk teori, når en rettighed eksempelvis gøres evigt gældende ved overdragelse til erhvervsdrivende fonde, stiftelser eller andre selvejende institutioner. Med tidens udvikling i samfundsstruktur, innovation mv. kan der opstå situationer, hvor eksternaliteter udvikles. De relevante eksternaliteter er i denne sammenhæng dem, der påvirker eller påvirkes af vedtægterne i de erhvervsdrivende fonde, som stifteren har defineret ved stiftelsestidspunktet, da han på daværende tidspunkt ikke har kunnet forudsige fremtidige hændelser. Når sådanne eksternaliteter opstår, er det nødvendigt at finde en løsning, således at de negative eksternaliteter elimineres, så situationen igen er effektiv. Elimineres de negative eksternaliteter ikke, vil dette enten skade samfundet eller den erhvervsdrivende fond. Der er derfor et ønske om at eliminere eksternaliteten. Skader eksternaliteten stiftertiljen, er det i stifters interesse,

at denne bliver behandlet. Derimod hvis eksternaliteten skader samfundet, er det ikke nødvendigvis i den oprindelige stifters interesse at eliminere eksternaliteten, men i samfundets interesse. Så hvis elimineringen af en samfundsskadelig eksternalitet ender med at skade stifterviljen, vil dette kunne påvirke fremtidens dannelse af erhvervsdrivende fonde, da det vil betyde, at overdragelsesværdien af rettigheden mindskes grundet behandlingen af eksternalitet. Derfor er behandlingen af eksternaliteter yderst vigtig.

Der er forskellige tilgange til at behandle eksternaliteter. De mest anvendte, som også er fremført i denne afhandling, er forhandling eller statsligt indgreb. Når forhandling anvendes, er hensigten, at ingen af parterne skal stilles værre end udgangspunktet, men i stedet komme til et fælles optimalt resultat defineret som Pareto optimal situation. For at parterne kan komme frem til denne optimale tilstand, er der ifølge økonomen Ronald Coase nødt til at være visse forudsætninger til stede, som er givet ved det kendte Coase Teoremet. Teoremet betinger, at ejendomsrettighederne i tilfældet med de erhvervsdrivende fonde skal være veldefinerede og at transaktionsomkostningerne skal være lig nul. I de tilfælde, hvor omstændighederne lever op til Coase teoremet, er det således bedst for alle parter, at eksternaliteter løses ved forhandling. Dette er uanset om eksternaliteten skader samfundet eller stifterviljen og om stifteren i de oprindelige vedtægter har tilladt ændringer i vedtægterne eller ej.

Når eksternaliteter i stedet behandles ved statsligt indgreb, som her er defineret som lovindgreb, er det ikke længere den Pareto optimale situation, som er målsætningen. Lovmæssige indgreb mod eksternaliteter har generelt den fælles nævner at være baseret på efficiensudmålingen Kaldor-Hicks. Målsætningen med denne er at øge den samlede samfundsmæssige værdi uden hensyntagen til fordelingen af omkostningerne. Når eksternaliteten pga. vedtægterne skader samfundet overordnet,

er det altså efter en Kaldor-Hicks betragtning efficient at ændre i vedtægten således, at samfundsoverskuddet bliver størst. Når dette sker, vil det være uden hensyn til at kompensere den erhvervsdrivende fond og stiftertiljen for det tab, der forekommer. Når stiftertiljen ikke kompenseres, betyder dette, at værdien af overdragelsesretten mindskes generelt, som så kan medføre færre stiftelser af erhvervsdrivende fonde i fremtiden.

Der findes dog lovmæssige indgreb, som ikke har Kaldor-Hicks efficiens som målsætning, men i stedet tilsigter at fremme mulighederne for, at forhandlinger kan gennemføres, ved blandt andet at mindske mængden af transaktionsomkostninger og fremme veldefinerede rettigheder. Disse lovmæssige indgreb søger således at fremme et Pareto optimalt resultat og er i forbindelse med beskyttelsen af ejendomsretten og værdien af overdragelsesretten og fremtidens mængde af erhvervsdrivende fonde således at foretrække fremfor de Kaldor-Hicks betingede lovindgreb.

Alt i alt må det altså kunne udledes på baggrund af dette kapitel, at lovgiver bør søge alle muligheder for at opnå Pareto optimale situationer, så længe det er muligt at få parterne til at forhandle, hvis lovgiver stadig ønsker fortsat dannelse af erhvervsdrivende fonde samt opretholdelse af et effektivt ejendomsretligt system. For når lovindgreb følger en Kaldor-Hicks efficient tilgang, forringes ejendomsrettens værdi og samfundet kan risikere en forringelse af incitamentet til at arbejde og overdrage ejendomsrettigheder til erhvervsdrivende fonde. Det er dog muligt for lovgiver at lægge en diskurs, som ligger mellem Pareto og Kaldor-Hicks efficiens ved at anvende Michelman-kriteriet og således fokusere på demoraliseringsomkostninger og kompensationsomkostninger. Hvis demoraliseringsomkostningerne, der kan sidestilles med stiftere af erhvervsdrivende fondes nedsættelse af nytte ved ejendomsretlige indgreb, er mindre, end hvis lovgiver kompenserer for dette nyttetab, da kan lovgiver efficient foretage indgreb i ejendomsretten mod erstatning og opnå et

Kaldor-Hicks efficient og Pareto optimalt resultat. Er kompensationsomkostningerne i stedet højere end de samlede demoraliseringsomkostninger, kan lovgiver efficient foretage et lovmæssigt indgreb uden erstatning herfor og stadig opnå en Kaldor-Hicks efficient resultat.

Del 4

Kapitel 8 Ørsted, udviklingen og rettens efficiens

8.1. Oversigt

Med udgangspunkt i de foregående kapitler er det hensigten med dette kapitel at foretage en integreret analyse af ejendomsrettens beskyttelse af stiftertiljen i erhvervsdrivende fonde. Formålet med dette er at skabe en helhedsforståelse af, om der ved at inkludere og integrere alle afhandlingens forskellige perspektiver og analyser, kan nærmes en løsning på den problemstilling, som Ørsted fremhævede i sin artikel fra 1815.⁶⁷³

For at dette er muligt, vil udgangspunktet for kapitlet være Ørsteds problemstilling fra 1815. Med dette for øje vil resultaterne fra de forskellige analysedele sættes overfor Ørsteds problemstilling. Den sidste del vil derefter være den centrale for dette kapitel og omfatte en analyse af resultaterne fra de juridiske analyser sammenholdt med den retsøkonomiske analyse for derpå at udlede, hvorledes disse tilsammen kan være grundlag for et bidrag til Ørsteds problemstilling og dermed afhandlingens problemfelt.

⁶⁷³ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815

8.2. Ørsted og de to sager fra praksis

8.2.1. Ørsteds betragtninger og forholdet til ejendomsretten

I dette afsnit vil der blive frembragt essentielle elementer fra afhandlingens første to kapitler omhandlende Ørsteds artikel fra 1815 og redegørelsen af de to omstridte sager om Carlsbergs kapitaludvidelse og ekspropriation af de islandske håndskrifter. Formålet hermed er at danne grundlaget for de kommende afsnits analyser.

Ørsteds artikel fra 1815 har været referencepunkt for en lang række litterære værker, som blandt andet er blevet anvendt i denne afhandling. Artiklen var et opgør med naturrettens absolutte ejendomsrettighedsbegreb og satte i stedet fokus på, at samfundet som en helhed skulle have retten til ejendomsretten. Artiklen lagde dermed en grundsten for diskussionen angående stiftelser og fondes ejendomsret, ved at fremsætte dilemmaet mellem den absolutte ejendomsret overfor et samfund, der ikke respekterer retten af den døde hånd.

*”Det er et ubdrageligt Kjendemærke paa, at Skribenterne ei endnu have fundet den rigtige Afgørelses Punkt i en ved Fornuftens Domstol omtvistet Sag, naar vel begge Partier, hvert for sig, vide at anføre tilsyneladende Grunde for den Mening, de fægte for, men intet af dem er i Stand til, paa en fyldestgørende Maade, at gjendrive de Grunde, hvormed det andet Parti forsvarer den modsatte Mening.”*⁶⁷⁴

Ovenstående uddrag er, som før nævnt, starten på Ørsteds artikel og repræsenterer den problemstilling, han søgte at bidrage viden til. Problemstillingen er ligeså baggrunden for denne afhandling. Det helt essentielle i Ørsteds problemstilling er, at det synes at være klart, at der, når diskussionsemnet omhandler ejendomsretten, er to forskellige grundopfattelser af, hvordan den retlige norm skal være i et samfund.

⁶⁷⁴ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 1

Ørsted fremstiller i sin artikel en lang række argumenter for den absolutte ejendomsrets opfattelse af ejendomsretten, der henvender sig til menneskenes naturlige adfærd i forhold til at besidde ejendomsret. Her overfor opsætter han en række argumenter for den udvikling, der foregik på daværende tidspunkt, nemlig udviklingen af den demokratiske retsstat.⁶⁷⁵ Det kan ses i Ørsteds artikel, at han tillægger den sidste del større vægt og fokuserer på samfundet som værende en helhed og i kraft af det bør stå over individets ret. Hans umiddelbare holdning er, at der ikke er et direkte belæg for, at ejendomsretten kan vare ved efter en persons død.⁶⁷⁶ Dette begrundes med, at stiftertiljen ikke i sig selv kan anses som at have et ønske om at skade efterverdenen.

Når staten så skal ændre i vedtægter for stiftelser, bør der jævnfør Ørsted ikke ydes erstatning for det retlige indgreb i sig selv. De eneste, som kan have krav på en ”billig erstatning”, er de eventuelle personer, der nyder direkte fordele af stiftelsen.⁶⁷⁷ Hvis det findes nødvendigt for staten at foretage indgreb i stiftelsers ejendomsret, skal dette efter Ørsted være muligt til fulde, så længe de direkte kendte modtagere af uddelinger bliver kompenseret lidt for deres tab. Således sætter Ørsted staten ubetinget over individets rettigheder, når det gælder ejendomsretten efter dødstidspunktet.

8.2.2. Ørsted og de to sager, Carlsberg og de islandske håndskrifter

De to sager, fremhævet i afhandlingens kapitel 2, er relevante for problemstillingen for afhandlingen, men ligeledes for den problematik, som er fremsat i Ørsteds artikel.

⁶⁷⁵ Ole Fenger: Lov og ret i Europas historie, Århus, 2001, s.106, kommenteret i Tvarnø og Nielsen s. 344

⁶⁷⁶ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 359

⁶⁷⁷ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 38

Det essentielle i Carlsberg sagen er omdrejningspunktet for problemstillingen fortolkning af stifterviljen, hvorimod de islandske håndskrifter sådan set omhandler afvejningen mellem, hvornår der er tale om indgreb af ekspropriativ eller ikke ekspropriativ karakter jf. grundlovens § 73 og dermed grundlaget for at yde erstatning for eventuelt tab.

Når Carlsberg sagen er af interesse i forhold til Ørsted, er det fordi, der i Carlsberg er tale om en tvedelt stiftervilje, hvor hensynet enten betinger sig til, at fonden i evig tid skal eje 100 % af aktierne for selskabet, eller at Carlsberg grundet ændrede konkurrencevilkår skal have lov til at foretage aktieudvidelse til gavn for virksomheden. Kapitaludvidelserne i 1970 og i 1997 viser således, at tilsynet accepterer argumentationen fra bestyrelsen om nødvendigheden for kapitaludvidelse, første gang ved fusion og anden gang ved frasalg af aktier. Inddrages i dette Ørsteds tilgang til permutationer, synes tilsynets tilgang at stemme overens med Ørsteds holdning om, at stifterviljen betinges af et samfundshensyn, når stifter ikke længere selv er i live. Endvidere kan det fremhæves, at der ikke synes at være tale om erstatning for tilladelsen af indgrebet i stifterviljen, som Ørsted ligeledes fremhæver i sin artikel.⁶⁷⁸

Sagen om de islandske håndskrifter omhandler ligeledes et indgreb i ejendomsretten i forbindelse med, at en række håndskrifter fratages en stiftelses råderum for at blive overdraget til dets oprindelige hjemland. Forskellen her er, at indgrebet gennemføres ved lov og altså ikke betinger sig af tilsynspraksis. I dommene bliver der således taget stilling til, om stiftelserne synes at være beskyttet af grundlovens § 73 og dernæst, om der kan være tale om erstatning, grundet at indgrebet anses af ekspropriativ karakter.

⁶⁷⁸ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 38

Sagen bliver således afgjort med, at stiftelsen anses for at være beskyttet af grundlovens § 73, men at indgrebet ikke er af ekspropriativ karakter, hvorfor der ikke ydes erstatning. Det specielle i erstatningsafgørelsen omhandler, at et flertal i højesteret betinger erstatningen til, at stifterens formål skal have lidt et økonomisk tab. Således bliver stifterviljen altså ifølge afgørelsen betinget af en økonomisk værdiansættelse, selvom stifterviljen i dette tilfælde ikke synes at være af økonomisk art. Om resultatet af dommene kan siges at være i overensstemmelse med Ørsted, må forblive uvist, da Ørsted, som tidligere fremhævet, ikke lægger vægt på, at erstatning skal føres til stifterviljen. Hvis tabet var direkte økonomisk målbart og at der var en direkte forventning om tabet, ville det efter Ørsteds mening skulle erstattes.

8.3. Ejendomsretten og stifterviljen

I afhandlingens kapitel 3 analyseres forholdet mellem stifterviljen og ejendomsretten. Hensigten med dette kapitel er, at undersøge hvorvidt stifterviljen kan siges at repræsentere ejendomsretten for erhvervsdrivende fonde, eller formuleret anderledes, om ejendomsretten er betinget af stifterviljen. Selvom både Ørsted, tilsynet og Højesteret i kapitel 1 og 2 alle behandler stifterviljen og ejendomsretten sammen, giver ingen af dem en konkret vurdering af forholdet mellem disse to begreber.

På baggrund af blandt andet værker af Alf Ross, Ernst Kaufmann og Frederik Vinding Kruse frembringes der i analysen af rettighedsbegrebet i kapitel 3 fire kernelementer, der tilsammen danner rammen for en rettighed (subjekt, genstand, indhold og beskyttelse). Subjektet består af fire underliggende dele, hvor stifterviljen udgør den ene, nemlig interessesubjektet. Interessesubjektet definerer, hvad interessen med en given rettighed er, således er al indhold osv. betinget af interessesubjektet. Bestyrelsen skal således som dispositionssubjekt varetage stifterviljens interesser til fulde, som var bestyrelsen en væрге for en umyndig

person.⁶⁷⁹ Dertil er det yderst vigtigt, hvorledes indholdet af rettigheden er defineret, da dette indhold bør inkludere rettigheds- og ansvarsfordelingen mellem dispositionssubjektet og interessesubjektet.

Fremstillingen i kapitel 3 er vigtig, fordi ejendomsrettens indhold i sit hele altså bliver betinget af stiftertiljen, da alt skal fortolkes i forhold til stiftertiljen. Sammensættes dette med de to sager fra praksis og Ørsted, kan det udledes, at både Ørsted, tilsynet i Carlsberg sagen og Højesteret i sagen om de islandske håndskriftssager ikke er helt i uoverensstemmelse med, at der er et forhold mellem ejendomsretten og stiftertiljen. Ingen af parterne synes at prioritere, at et indgreb i ejendomsrettens indhold godt kan skade stiftertiljen, selvom skaden ikke er betinget af et direkte målbart økonomisk forhold.

Ørsted nægter, at der skal foreligge erstatning for indgreb, der ikke direkte påvirker fordele, som gives til personer. Tilsynet stiller i sagen om Carlsberg ikke krav om, at fonden skal give en modydelse til den krænkede stiftertilje omhandlende de 100 % ejerskab.⁶⁸⁰ Højesteret finder specifikt i afgørelsen om de islandske håndskrifter, at der pga. at der ikke foreligger et økonomisk tab for stiftertiljen, ikke kan være tale om erstatning, selvom stiftelsen har afgivet en række værdifulde aktiver. Således er der altså ikke en direkte enighed mellem afhandlingens kapitel 2, med Ørsted inkluderet, og afhandlingens kapitel 3.

⁶⁷⁹ Ernst Kauffmann: Erhvervsdrivende selvejende institutioner, 1963, s. 257

⁶⁸⁰ Det kan her diskuteres, hvorledes sådan kompensation skulle kunne gives, men en mulighed ville kunne være et øget krav til egenkapitalbeholdning eller andet, som kunne give den fornødne sikkerhed, som kan være en af årsagerne til det 100 % ejerskabskrav.

8.4. Den juridiske disput

8.4.1 Oversigt

Afhandlingens del 3 omfatter en juridisk analyse af henholdsvis fondsretten og grundlovens § 73 i forhold til stiftertiljen og beskyttelsen heraf samt en kortere analyse af spændingsfeltet mellem disse to retsgrene. Formålet med denne del er således at undersøge og udlede gældende ret anno 2016 for de erhvervsdrivende fonde og stiftertiljens beskyttelse af ejendomsretten for at kunne analysere forskellen på de to retsgrene for i afhandlingens indeværende kapitel at kunne analysere forholdet mellem gældende ret og retsøkonomien, som vil blive omdrejningspunktet for de senere afsnit i dette kapitel.

8.4.2 Fondsretten og permutation

Den fondsretlige analyse, som foretaget i afhandlingens kapitel 4, er essentiel for afhandlingens problemstilling og forståelsen af, hvor fondsretten er i dag. Der bliver i kapitlet lagt stor vægt på både fondsbetænkningen fra 1982 og erhvervsfondsudvalgets rapport fra 2012, fordi disse kilder giver den største indsigt i omfang og hensigten med lov om erhvervsdrivende fonde.

Det kan ses i forhold til fondslovene fra 1984, at betænkningen redegør for både det lovmæssige, men også historiske behov for regulering af området. Når erhvervsfondsloven indskrives i dansk ret i 1984, er dette ikke kun pga. et ønske om at regulere mængden af erhvervsdrivende fonde for reguleringens skyld, men et symbol på, at der er brug for en sidestilling af fondsejede virksomheder med andre ejerskabsformer.⁶⁸¹ Grundlaget ligger således i, at virksomhedsdrift i Danmark skal være reguleret således, at der ikke kan spekuleres i ejerskabsform.

⁶⁸¹ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982, s. 31

Et problem i betænkningen og arbejdet hermed ligger i, at hensigten synes at være at inddrage alle fonde uanset konstellation. Grunden hertil er, at netop ønsket om en bred lovgivning, der inkluderer alle former for fondskonstellationer, gør, at udvalget er nødsaget til at definere et ret bredt almennyttighedsbegreb, da visse større erhvervsdrivende fonde har et almennyttigt hovedformål og disse ønskes reguleret, som erhvervsdrivende. Definitionen af, om en fond er erhvervsdrivende, bliver derfor betinget af ejerskabsforholdet, som fonden besidder over erhvervsdriften uanset størrelsen af det almennyttige formål. Således bliver det endelig op til en konkret vurdering i tvivlstilfælde om en fond er erhvervsdrivende eller ej.⁶⁸²

Udover den generelle regulering af de erhvervsdrivende fonde er det mest essentielle punkt i loven fra 1984 indførslen af lovhjemmel for permutationer. Med loven findes der således lovhjemmel for staten at godkende vedtægtsændringer fremført af bestyrelsen, eller selv foretage tvangsp permutation i nødtilfælde. Det redegøres for i betænkningen, at der ikke er påtænkt nogen udvidelse med dette, men at indførslen af lovhjemlet blot er en ratificering af allerede ført tilsynspraksis.⁶⁸³ En tilsynspraksis der kort redegøres for således:

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

⁶⁸² Se yderligere afsnit om definition af erhvervsdrivende fond i kapitel 4

⁶⁸³ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982, s. 70-71

*at bestyrelsens samtykke normalt skal foreligge.*⁶⁸⁴

Selvom det nye lovhjemmel i loven fra 1984 ikke er nyskabende i forhold til praksis, så er den et tegn på, at der med loven ønskes et opgør med den konservative styringsform, som erhvervsdrivende fonde er. Dette suppleres af regler vedrørende uafhængig ledelse og netop det store fokus på, at vedtægtsændringer er ønskelige pga. ændrede økonomiske vilkår. Så selvom der i betænkningens første del fokuseres på fordelene ved den konservative ejerskabsform, er ønsket med loven at gøre den langt mere fleksibel og ligestille den med de andre kendte virksomhedsformer.⁶⁸⁵

Efter loven i 1984 går der lang tid, før reelle ændringer sker på fondsområdet angående stifterviljen og vedtægtsændringer. Først ved erhvervsfundsudvalgets rapport fra 2012 og loven om erhvervsdrivende fonde fra 2014, udstedt denne gang af Erhvervs- og Vækstministeriet, sker der betydningsfulde tiltag. Fondsudvalget bliver nedsat for at se nærmere på regulering af de erhvervsdrivende fonde pga. en just foretaget større modernisering af selskabslovene for selskaber med begrænset hæftelse.⁶⁸⁶ Formålet er denne gang ikke blot at indføre en lov, som i 1984, men at gå i dybden med erhvervsdriften.

Som det anmærkes i afhandlingens kapitel 4, er konsekvensen af fondsudvalgets arbejde, at reguleringen af de erhvervsdrivende fonde næsten eksploderer, da antal bestemmelser næsten fordobles i forhold til tidligere. Stort set alle de nye bestemmelser relaterer sig til den da nye selskabslov og er næsten en ren kopi. Fondsudvalget synes i rapporten at fokusere udelukkende på erhvervsdriften og selskabsloven og derudfra vurdere hvilke bestemmelser, som på baggrund af erhvervsdriften vil give mening at overføre til erhvervsfundsloven. Problemet hermed

⁶⁸⁴ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982, s. 71

⁶⁸⁵ Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982, s. 27

⁶⁸⁶ Erhvervsfundsudvalgets rapport, December 2012, s. 10f

er, at der pga. det store hensyn til erhvervsdriften er mindre fokus på stiftertiljen, selvom den bliver nævnt adskillige gange i rapporten.

Loven bliver til slut stort set identisk med fondsudvalgsrapporten. Den går faktisk længere end rapporten, da der fra lovgivers side åbenbart synes at være belæg for at indføre flere regler fra selskabsloven, trods at disse ikke er blevet vurderet i rapporten og således ikke har været genstand for samme undersøgelsesgrundlag.⁶⁸⁷

Alt i alt udledes det i kapitel 4, at permutationsretten, som ført ind ved lov fra 1984, i en vis grad har ændret sig til fordel for erhvervsdriften, den såkaldte selskabsficering. De positive argumenter for den konservative ejerskabsform tilsidesættes og selvom stiftertiljen stadig har fokus og enhver vedtægtsændring skal være cy-près, nødvendig og proportional, er hensigten med moderne permutationsret ved erhvervsfondsloven at skabe fleksibilitet i forhold til stiftertiljen til fordel for virksomhedsdriften og søge imod en ensrettet behandling af virksomhedsformerne i Danmark.

Forholdes resultaterne på baggrund af kapitel 4 med Ørsteds artikel fra 1815, kan der siges at være en vis samhörighed i behandlingen af permutation. Fondsretten, som bygger på permutationspraksis, synes at stemme overens med Ørsteds grundholdning, nemlig at staten skal have ret til at ændre i private personers stiftelser, hvor det findes nødvendigt. Ligesom erhvervsfondsloven med betæknings- og udvalgsbemærkninger vil Ørsted ikke have, at stiftertiljen kan skade samfundsøkonomiske vilkår. Så det fokus, som ligger i erhvervsfondsloven, til at økonomiske vilkår kan retfærdiggøre vedtægtsændringer, ligger således i tråd med den behandling, som Ørsted foreslår.

⁶⁸⁷ Se herom i kapitel 4

8.4.3 Grundlovens § 73

Når grundloven behandles i afhandlingens kapitel 5, er dette pga. relationen mellem stiftertiljen og ejendomsretten, der er faslagt ved afhandlingens kapitel 3 sammenholdt med Ørsteds artikel fra 1815.

Det specielle ved grundloven og beskyttelsen af ejendomsretten er, at det er en af de såkaldte friheds- og borgerrettigheder. Men helt unikt er denne i modsætning til nogle af de andre rettigheder betinget af den politiske situation. Forskellen ligger således i, at der eksempelvis med religionsfrihed mv. er tale om en kontinuerlig frihed, der ikke ændres over tid. Derimod er ejendomsretten ikke den samme over tid, eller nærmere opfattelsen af den er ikke den samme over tid.⁶⁸⁸ Grunden hertil er, at værdien af ejendomsretten og behovet for denne kan ændre sig over tid. Dette skal forstås således, at behovet for den specifikke ejendomsret netop godt kan ændres over tid, dvs. det samme stykke land i år 1815 nødvendigvis ikke har samme værdi, eller ejeren eller samfundet har et andet behov for udnyttelsen af det pågældende stykke land.

§ 73: "Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.

Stk. 2 Når et lovforslag vedrørende ekspropriation af ejendom er vedtaget, kan en trediedel af folketingets medlemmer indenfor en frist af tre søgnedage fra forslagens endelige vedtagelse kræve, at det først indstilles til kongelig stadfæstelse, når nyvalg til folketinget har fundet sted, og forslaget på ny er vedtaget af det derefter sammentrædende folketing.

⁶⁸⁸ Se nærmere herom kapitel 5

*Stk. 3 Ethvert spørgsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatningens størrelse kan indbringes for domstolene. Prøvelsen af erstatningens størrelse kan ved lov henlægges til domstole oprettet i dette øjemed.*⁶⁸⁹

Hovedpunkterne i grundlovsbestemmelsen, som også kan ses at være de mest omdiskuterede i forhandlingerne på rigsdagen, er begreberne ukrænkelighed, ingen, ejendom, almenvellet og fuldstændig erstatning.

Resultatet af diskussionerne bliver, trods relativ uenighed, at ukrænkeligheden netop skal betinges af den politiske situation, således at hvis resten af samfundet, almenvellet, ønsker brug af ejendomsretten, skal der kunne eksproprieres herfor. Således bliver der med grundloven gjort op med den naturretlige absolutte ejendomsret. Dette opgør ses også specielt i forhold til begrebet ”ingen”, hvor diskussionerne indbringer, at hvis ejendomsretten skal være ukrænkelig, må det da gælde for alle også de ”milde stiftelser”, som primært da refererer til kirkelige institutioner og på den måde ikke erhvervsdrivende fonde.⁶⁹⁰ Princippet er således, at opgøret med den absolutte ejendomsret skal gælde for alle uanset religion, titel mv. Dertil kan det således også ses i analysen i kapitel 5, at juridiske personer netop også bliver dækket af ukrænkeligheden, men også begrænsningen herfor jf. grundloven.

Stk. 2 og stk. 3 i § 73 er således senere supplementet for at lukke det ”hul”, som allerede ses diskuteret i forhandlingerne på rigsdagen angående frygten for, at når beskyttelsen af ejendomsretten er politisk betinget, så kan det frygtes, at en midlertidig politisk diskurs således kan føre uhensigtsmæssige ekspropriative indgreb.

Når der ifølge grundloven er krav om erstatning, er dette kun betinget til indgreb, der anses for at have ekspropriativ karakter. Før et indgreb er ekspropriativ, skal der

⁶⁸⁹ LOV nr. 169 af 5. juni 1953

⁶⁹⁰ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2175

bedømmes på 4 kriterier, der omfatter: graden af reel afståelse af en rettighed, omfanget af om indgrebet kun rammer få eller alle, dybden af indgrebet i ejendomsretten og sluttelig om begrundelsen for indgrebet.⁶⁹¹ Hvis indgrebet synes at være af ekspropriativ karakter, følger således grundlovens ekspropriationsbetingelser. Disse betingelser er således, at indgreb skal være mere værd for samfundet end for den eksproprierede part. Derudover skal det ske ved lov, være nødvendig og udløse fuldstændig erstatning.

Sammenlignes analysen i kapitel 5 med Ørsted artikel fra 1815, synes to tilfælde at springe i øjnene. Ørsted forsvarer ved forhandlingerne på rigsdagen ejendomsretten mod statslige indgreb. Han fremfører, at der ved at anvende ordet almenvellet gives en alt for vidt strækkende mulighed for staten til at foretage indgreb.⁶⁹² Så selvom han i artiklen fra 1815 synes at være mere pro ekspropriation, kan hans frygt nok tildeles grundlaget for, hvorfor der senere er kommet stk. 2 og 3 som sikring af, at staten netop ikke skal kunne foretage unødigt ekspropriation. Det andet punkt omhandler erstatningen, i forhandlingerne på rigsdagen er debatten angående den fuldstændige erstatning ikke særlig ophedet, hvor der måske kunne have været en større forventning om, at Ørsted ville have modsagt sig fuldstændig denne betingelse, når han netop gør dette i sin artikel fra 1815, hvor han direkte forkaster erstatningsklausulen i den franske Code Civil.⁶⁹³ Spørgsmålet er således, om det er fordi han finder, at hvis staten skal have en efter ham udøvet mulighed for ekspropriation, så skal der også føres erstatning herfor, eller fordi han ikke anser permutation som værende så indgribende, at det vil kunne anses som værende af ekspropriativ karakter?

⁶⁹¹ Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk Statsret, 201, s. 303f

⁶⁹² Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen (1948-1949) s. 2594

⁶⁹³ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 17-18

8.4.4 Spændingsfeltet

På baggrund af kapitlerne 3, 4 og 5 bliver der i kapitel 6 opstillet en model, der belyser forskellene mellem grundlovens beskyttelse af ejendomsretten og fondsrettens beskyttelse af stiftertiljen overfor statslige/tilsynsmæssige indgreb. Udgangspunktet, for at det overhoved er muligt at opstille modellen, er selvfølgelig betinget af, at det i kapitel 3 blev fastlagt, at stiftertiljen ikke bare er en del af ejendomsretten, men faktisk så vigtig en del af retten, da den skal fortolkes efter stiftertiljen, at ejendomsretten for de erhvervsdrivende fonde kan siges at være betinget af stiftertiljen.⁶⁹⁴

⁶⁹⁴ Se sammenfatning i afhandlingens kapitel 3

Grundlovens § 73 samt permutationsretten ved erhvervsfondsloven	
Ikke ekspropriativt indgreb	Ekspropriativt indgreb
Grundlovens beskyttelse ved § 73	
<p>Ikke ekspropriativt indgreb <u>skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet</p> <p>Og ligge inden for rammerne af: Overførelseskriteriet Generalitetskriteriet Kausalitetskriteriet Intensitetskriteriet Disse definerer altså overgangen</p>	<p>Ekspropriation → erstatning <u>Skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet</p>
Permutationsgrænserne ved erhvervsfondsloven	
<p>Efter erhvervsfondsloven gælder der et uhensigtsmæssighedskrav til en vedtægtsændring.</p> <p>Denne <u>skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet</p> <p>Cy-près Uhensigtsmæssighedskravet og kriterierne er efter nyere fondsret baseret mere på økonomiske hensyn end på de af stiftertiljen andre bagvedliggende hensyn</p>	<p>Det bør ikke være muligt at krydse grænsen for ekspropriative indgreb</p>

Som også fremført ovenstående, baserer fondsrettens vurderingsgrundlag for permutationer sig på, at permutationen skal være nødvendig, proportionel og cy-près og at en sådan kan foretages, når fundatsbestemmelser kan anses for værende uhensigtsmæssige og selvom dette kun er rettet mod den fondsdrivende virksomhedsdrift og selvom denne drift ikke direkte føres i fondsregi. Permutation

skal ifølge fondsretten modsvares af kompensation eller erstatning, hvorfor der antagelsesvis altså ikke kan være tale om, at permutationer kan få ekspropriativ karakter.⁶⁹⁵

Grundlovens vurdering af statslige indgreb består af to dele, et omhandler selve beskyttelsen af ejendomsretten, et andet om indgrebet er af en sådan art, at der skal kompenseres herfor. Et indgreb skal ifølge grundloven, ligesom ved erhvervsfondsloven, være nødvendig og proportional for at være legalt. Dertil følger der således en bedømmelse af, hvorvidt indgrebet medfølger erstatning efter overførelses-, generalitets-, kausalitets- og intensitetskriteriet.⁶⁹⁶ En del af disse kriterier kan siges allerede at ligge under vurderingen for, om indgrebet er nødvendigt og proportionalt, men der er grænser for dette. Et indgreb kan sagtens være nødvendigt og proportionalt, men have en karakter af ekspropriativ adfærd og skulle medføre erstatning.

Skildringen, mellem hvornår et indgreb, der er nødvendigt og proportionelt, kræver erstatning, er slet ikke behandlet i erhvervsfondsloven. Grundlaget herfor kan blandt andet ses ved, at der er en opfattelse af, at permutationsretten ikke kan have ekspropriativ karakter.⁶⁹⁷ Om dette skyldes den lange praksis, eller om det er fordi, der ”nu” er lovhjemmel til permutationer i erhvervsfondsloven, synes uvis.

Som det i afhandlingens kapitel 2 allerede er vist, har der været uvished om grænsen mellem, hvornår der er tale om permutation og ekspropriation, så en formodning om at det ikke ”kan lade sig gøre”, synes at være uholdbar. I stedet kan der således stilles spørgsmålstegn ved, om erhvervsfondsloven ikke burde have specificeret grundlaget og specielt grænserne for permutationsretlige indgreb.

⁶⁹⁵ Se sammenfatning i afhandlingens kapitel 4

⁶⁹⁶ Se uddybende herom i kapitel 5

⁶⁹⁷ Michael H. Jensen: Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, s. 405 og se supplerende kapitel 6

Forskellen mellem de to beskyttelser betinger sig ikke kun af de 4 kriterier, som skal vurderes i grundlovstilfælde, men ligeledes forskellen i, hvorledes nødvendighedskriteriet og proportionalitetskriteriet vurderes. I grundlovens forstand skal disse fortolkes med udgangspunkt i almenvellet, hvorimod der med den moderne selskabsficering i erhvervsfondsloven synes at være anlagt et øget fokus på erhvervsdriften og altså ikke almenvellet som helhed.⁶⁹⁸

Overordnet kan der ikke siges at være ens bedømmelse angående beskyttelsen af ejendomsretten og stiftertiljen i grundloven og erhvervsfondsloven. Sammenholdes dette med Ørsteds frembringelser, synes der at være størst lighed mellem Ørsted og erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier. For selvom Ørsted på den ene side anfører, at staten skal have ret til at lave indgreb, men kun hvor det virkelig er nødvendigt i forhold til hele samfundet, som taler til fordel for grundlovens bedømmelse. Så er han ikke er fortaler for, at der skal foreligge erstatning for andet end direkte målbare økonomiske tab, som til dels må understøtte de fondsretlige bedømmelseskriterier og han synes at være fortaler for, nødvendighedskravet godt kan betinges af et profithensyn alene.

8.5. Retsøkonomiens løsning på effekten af den døde hånd

8.5.1 Ejendomsretten i økonomisk perspektiv

Det fjerde problemfelt, som Ørsted fremstiller i sin artikel fra 1815, omhandler samfundsøkonomien. Derfor er denne afhandlings 4. del tilegnet en analyse af retsøkonomiens betragtning af ejendomsretten. Nærmere bestemt analyseres der i kapitel 7 det økonomiske grundlag for ejendomsretten, betydningen af at kunne overdrage ejendomsrettigheder ved testamente eller arv, de mulige eksternaliteter

⁶⁹⁸ Se uddybende i kapitel 6

forårsaget af den døde hånd i forhold til samfundsudviklingen samt mulige løsninger herpå.

Ejendomsretten har stor betydning i forhold til økonomiske samfundsvilkår. Grundlæggende skaber ejendomsretten øget incitament til at arbejde samt videreudvikle og forbedre allerede besiddende ejendele. I en verden uden ejendomsrettigheder og beskyttelsen heraf vil mennesker ikke kunne være garanteret at eje noget som helst. Ejendomsretsbeskyttelsen gør således, at mennesker som hovedregel kan forvente, at deres genstande stadig er deres egne den efterfølgende dag, hvormed de kan drage nytte af den givne genstand endnu en dag. Den akkumulerede nytte ved at eje en genstand i "al evig fremtid" gør således, at mennesker har incitament til at arbejde mere for at kunne anskaffe sig den pågældende genstand med den fremtidige nytte.

Når ejendomsretten endvidere forlænges ved at tillade, ikke kun den besiddende ejendomsret, men også den overdragene ejendomsret, stiger nytteværdien af enhver genstand samtidig med, at incitamentet for at arbejde endnu mere, for den pågældende genstand, stiger. Rettighedshaveren har med den overdragene ret nemlig muligheden for at sælge genstanden eller videregive den ved arv eller testamente. Derfor betyder respekten for den overdragene rettighed meget for samfundets samlede ydelsesniveau. Specielt gaver og testamente giver positive samfundsøkonomiske effekter.⁶⁹⁹ Dette er grundet i, at når en rettighedshaver giver en gave i stedet for salg, er dette betinget af, at han ved gaveoverdragelsen således får højere nytte end selve salgsværdien. Gaveoverdrageren får altså en ekstra nytte ved at vide, at gavemodtageren har en høj nytte ved modtagelsen af gaven. Derudover skal indkalkuleres gavemodtagerens nytte, som tillæg til gavegiverens nytte, for at få den

⁶⁹⁹ Se nærmere her afhandlingens kapitel 7 og Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004, s.58

samlede samfundseffekt. Således akkumuleres den samlede nytte for samfundet ved gaveoverdragelse altså mere, end hvis genstanden blot bliver solgt.

8.5.2 Erhvervsdrivende fondes og stifters særlige karakteristika

Den erhvervsdrivende fond kommer til livs ved, at en fondsstifter overdrager en bestemt formuemængde, med et forhold til en erhvervsdrift, til fonden uden at modtage nogen modydelse herfor. Det kan derfor i økonomisk øjemed sammensættes med gavebegrebet eller en testamentering. Den erhvervsdrivende fond kan derfor i sig selv anses som værende et værdiskabende element i forhold til samfundsøkonomien.

Når en stifter overdrager sin formue uigenkaldeligt til en fondsstruktur, er dette ikke, fordi han ikke ville kunne have solgt sine ejendele i stedet og modtaget en ydelse herfor. Det er fordi, hans nytte er højere ved at stifte den erhvervsdrivende fond end den eventuelle monetære modydelse, han ellers kunne få. Stifteren må på denne baggrund altså kunne siges ikke at have en profitmaksimerende hensigt med sin overdragene ejendomsret, men i stedet en nyttemaksimerende hensigt. Dette er yderst relevant for, hvorledes ejendomsretten skal behandles og respekteres, da et eventuelt indgreb i denne altså ikke skal vurdere stifterens direkte økonomiske tab, men i stedet det tab, som hans nytte lider.

8.5.3 Den efficients lovgivning mod eksternaliteter og den døde hånd

Selvom ejendomsrettigheder altså akkumulerer samfundsnyttens ved erhvervsdrivende fonde, er der også en række mulige negative virkninger, eksternaliteter, som kan opstå pga. ændrede samfundsvilkår. Når eksternaliteter opstår i forhold til de erhvervsdrivende fonde, er det som regel betinget af, at vedtægterne for den

erhvervsdrivende fond ikke længere er tidsvarende. Når de ikke er dette, bliver problemet så, hvorledes det er muligt at ændre i vedtægterne uden at påvirke den positive samfundseffekt ved, at der bliver skabt erhvervsdrivende fonde. Hvis dette skal kunne lade sig gøre, skal udgangspunktet for en løsning være baseret på, at stifterviljen ikke lider et nyttetab. Det vil sige, en ændring i vedtægterne skal helst ikke forringe stifterviljen, eller i så fald skal der kompenseres herfor.

Ifølge Coase teoremet er det muligt at opnå netop denne mulige Pareto-optimale tilstand, hvis ejendomsrettighederne er veldefinerede og transaktionsomkostningerne er lave, ved at lade stifteren og tilsynsmyndigheden for de erhvervsdrivende fonde forhandle om vedtægternes udformning. Problemet er dog, at stifteren som regel ikke er i live og at han uanset hvad ikke er dispositionssubjekt for interessesubjektet, som anvist i kapitel 3. En såkaldt forhandling kan i stedet føres mellem fondsbestyrelsen og tilsynet. Er omgivelserne, såsom det kræves af Coase teoremet, vil vi således komme ud af enhver eksternalitetsproblematik på denne måde uden at risikere, at incitamentet for fondsstiftelse sænkes og dermed forringer den fælles samfundsnytte. Dette gælder, uanset om bestyrelsen ifølge vedtægterne må ændre i vedtægterne eller ej, da nyttetabet, ved at de "bryder" vedtægten, således kan dækkes ved forhandling.

Desværre er virkeligheden ikke altid sådan, at omstændighederne for Coase teoremet er opfyldt. I så fald er en anden mulighed at foretage indgreb i ejendomsretten, som hvis det skal gøres lovligt, skal ske fra statens hånd ved lov. Lovmæssige indgreb har det fællestræk, at de har til formål at re-allokere rettighederne således, at de, der værdsætter dem mest, får de pågældende rettigheder. Dermed er hensigten normalt ved lovindgreb baseret på et Kaldor-Hicks perspektiv og ikke Pareto. Formålet er at nyttemaksimere i et samfundsperspektiv, uden nødvendig compensation for dem, som reguleringen måtte ramme. Ulempen ved sådan regulering er, at det kan få den modsatte effekt. Hvis en eksternalitet behandles ved lovindgreb, kan dette forårsage

et nyttetab for stifteren af den erhvervsdrivende fond. Usikkerheden, ved om fremtidig ejendomsret overholdes, vil dermed kunne stige og fremtidige stifters incitament for at stifte erhvervsdrivende fonde falder. Effekten heraf bliver således en samlet lavere samfundsnytte.

På grund af diversifikation mellem det Pareto-optimale resultat og Kaldor-Hicks efficiente resultat er der andre former for lovgivende indgreb og formål, som kan efterleves. Hvis det er muligt for lovgiver via lovmæssige indgreb at sænke de mulige transaktionsomkostninger for nutidige og fremtidige problemer grundet eksternaliteter, skal lovgiver sigte mod disse muligheder, så en pulje af de forhandlinger, der ikke opnår et Pareto optimalt resultat pga. for høje transaktionsomkostninger, bliver mulige.

Et alternativ til de Kaldor-Hicks betingede lovindgreb er givet ved Michelman-kriteriet. Dette effektivitetskriterium stiler mod en ligevægt, der ligger mellem Pareto og Kaldor-Hicks. Michelman-kriteriet kræver, at der ved lovindgreb skal gives erstatning til den eksproprierede part, hvis omkostningerne ved at give erstatning for det eksproprierede parts nyttetab er mindre end den omkostning, som vil følge i samfundet af en degradering af ejendomsretten, kaldet demoraliseringsomkostning. Således vil stifter i dette tilfælde blive kompenseret for sit nyttetab. Men er værdien af erstatningssummen højere end demoraliseringsomkostningen, skal lovgiver ikke give erstatning, men stadig foretage indgrebet.

Inddrages Ørsted i forhold til de økonomiske mulige løsninger på den døde hånds eksternaliteter, må det anføres her, at Ørsted ikke kan fremstå som enig. Grundelementet for Ørsteds betragtning er nemlig ikke et nytteperspektiv, men et profitmaksimeringsperspektiv.⁷⁰⁰ Han betinger mulig erstatning af direkte målbart

⁷⁰⁰ Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815, s. 38

økonomisk tab, hvorimod den økonomiske teori baserer dette på et nytteperspektiv. Der synes dog at være en række fællestræk i forhold permutationer. Eksempelvis at den absolutte ejendomsret ikke altid kan være gavnlige, men også at staten, når det findes nødvendigt, skal kunne foretage permutationer. Det overordnede problem, som Ørsted dog ikke behandler, synes at være stiftelsernes, de erhvervsdrivende fondes effekt på samfundsnymten. Han inddrager altså ikke den generelle nytte ved, at disse eksisterer, hvilket er helt essentiel for retsøkonomiens betragtning af efficient lovgivning.

8.6 Erhvervsfondsloven, Grundloven, Stiftertiljen og Retsøkonomien

8.6.1 Den retsøkonomiske tilgang

På baggrund af de foregående afsnit er det formålet med dette afsnit at foretage en retsøkonomisk analyse af erhvervsfondslovens og grundlovens beskyttelse af stiftertiljen for at kunne udlede hvilken af de to love, der anbringer de mest efficiente omstændigheder for beskyttelsen af stiftertiljen og dermed ejendomsretten.

Udgangspunktet for analysen vil være de to bestemmelser vedrørende indgreb i stiftertiljen, de to modeller, som henholdsvis fremstillet i kapitel 6 og 7 repræsenterende spændingsfeltet mellem de to love ud fra deres bedømmelseskriterier og sidst men ikke mindst den økonomiske opsætning, der opstiller de efficiente valgmuligheder afhængig af omstændighederne.

Da konklusionen i kapitel 6 er, at der er væsentlige forskelle mellem erhvervsfondsloven og grundlovens bedømmelseskriterier i forhold til beskyttelsen af ejendomsretten, når det kommer til permutation af vedtægter, vil udgangspunktet for denne analyse være grundloven anset i et økonomisk perspektiv efterfulgt af erhvervsfondsloven. Grunden herfor er, at det synes logisk at opstille grundlovens

bedømmelseskriterier først for at udlede, om der er et økonomisk grundlag for, at erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier ikke er identiske hermed. Derefter vil analyserne forholdes til hinanden og der vil på denne baggrund udledes, hvilken af de to grene som findes mest efficient med dertilhørende kritik ved uoverensstemmelser.

Efficienskriterierne vil følge af den retsøkonomiske analyses hovedomdrejningspunkter og fokusere på, hvorledes lovene synes at skabe incitament til forhandling i overensstemmelse med Coase teoremet, om der synes at være transaktionsomkostningsnedsænkende bestemmelser, om hensigten baseres på Pareto, Kaldor-Hicks eller en middelvej som Michelman-kriteriet. Alt sammen for at kunne bedømme, hvorledes lovenes hensyn til stiftertiljen og beskyttelsen heraf er efficiente.

8.6.2 Grundloven set i retsøkonomisk perspektiv

8.6.2.1 Den rene ordlyd i et retsøkonomisk perspektiv

Udgangspunktet for grundlovens bedømmelseskriterier, som udledt i afhandlingens kapitel 5, kan opstilles som nedenfor i sammenhæng med grundlovens § 73 stk.1:

Grundlovens § 73, stk. 1

”Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.”

Ikke ekspropriativt indgreb	Ekspropriativt indgreb
Grundlovens beskyttelse ved § 73	
Ikke ekspropriativt indgreb <u>skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet Og ligge inden for rammerne af: Overførelseskriteriet Generalitetskriteriet Kausalitetskriteriet Intensitetskriteriet Disse definerer altså overgangen	Ekspropriation → erstatning <u>Skal overholde:</u> Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet

Når effiensen af grundlovens beskyttelse af ejendomsretten skal udledes, er det logisk at tage afsæt i selve bestemmelsen. ”Ejendomsretten er ukrænkelig” er den første del af bestemmelsen. Oversættes dette til brug i den økonomiske model, som udledt i kapitel 7, betyder dette, at stiftertiljen, som ved dannelsen af den erhvervsdrivende fond er defineret ved $U'(w) < \lambda S'(y)$, i udgangspunktet skal gælde for evigt.

I den anden del af § 73 står der ”Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det”. Dvs. at udgangspunktet er, at $U'(w) < \lambda S'(y)$ altid gælder, medmindre almenvellet kræver det. Almenvellet er, som udledt i kapitel 5, repræsenteret ved samfundets hensyn. Hvis almenvellet kræver et indgreb, bør dette være begrundet i, at der pga. blandt andet ændrede omstændigheder er fremkommet negative eksternaliteter. Således kan det herpå udledes, at bestemmelsen frembringer en form for effiensenbegreb. Hvis en person kan stilles værre, fordi almenvellet

kræver dette, dvs. at samfundet vinder på denne handling, så vil der, som fremsat i kapitel 7, være tale om efficiensbegrebet Kaldor-Hicks. Udgangspunktet er et fælles optimum uden hensyntagen til taberens ve og vel. Med dette medfølges således også, at betydningen, af om stifter har tilladt vedtægtsændringer eller ej, ikke spiller nogen rolle efter grundlovens § 73.

Med den sidste del af § 73 kommer således en interessant udvidelse. ”Det kan kun ske ifølge lov og mod fuld erstatning”. At indgreb kun må ske ved lov betyder i økonomisk øjemed således kun, at der skal være et folketingsflertal. Men lovkravet gør også, at det fra statslig side generelt ikke ønskes, at der skal foretages unødige indgreb, som kan føre til demoraliseringsomkostninger. De sidste tre ord er dog helt essentielle, når der tænkes efficiens og retsøkonomi. Selvom udgangspunktet således er almenvellet og altså Kaldor-Hicks, som ovenfor fremført, medfører denne bestemmelse altså en Pareto forbedring i stedet og dermed et Pareto optimalt resultat. Da kompensationen gives uanset hvad, er der ikke med sikkerhed tale om, at tilstanden også er Kaldor-Hicks efficient. Konsekvensen er således, at stiftertiljens nytte ved $U'(w) < \lambda S'(y)$ skal kompenseres og også hvis denne påvirkes af, om der af stifter er givet mulighed for at foretage vedtægtsændringer til bestyrelsen eller ej.

Det, der således er sikkert ved ordlyden i § 73, er, at bestemmelsen tager udgangspunkt i Kaldor-Hicks ved at have formålet ved almenvellet, men opnår en Pareto optimal situation, da der uanset hvad skal forekomme erstatning til den krænkede part.⁷⁰¹

⁷⁰¹ Som det blev fremhævet i afhandlingens kapitel 7, er Kaldor-Hicks også kaldt ”Potential Pareto Improvement”, da det blot skal være muligt for den vindende part at kompensere taberen. Dette betyder ikke at det er efficient at gøre det, hvis vinderen får mere ud af at beholde kompensationsmængden end taberen, set fra et samfundsperspektiv.

8.6.2.2 Bedømmelseskriteriernes betydning for det retsøkonomiske perspektiv

Selve ordlyden i bestemmelsen er kun udgangspunktet for § 73. Som det fremgår af både kapitel 5 og 6, følger det af § 73, at der er nogle undtagelser til, hvornår der er tale om ekspropriative indgreb. Bedømmelseskriterierne herfor omfatter, som fremført ovenfor, nødvendighedskriteriet, proportionalitetskriteriet, overførelseskriteriet, genrealitetskriteriet, kausalitetskriteriet og intensitetskriteriet.

Betingelserne om nødvendighed og proportionalitet gælder uanset, om der skal foreligge erstatning eller ej. I et retsøkonomisk perspektiv vil et indgreb være nødvendigt og proportionelt, når nytten (**N**) ved indgrebet overstiger omkostningerne (**O**). På denne baggrund kan det således i et retsøkonomisk perspektiv udledes, at grundlovens beskyttelse af stiftertiljen og ejendomsretten betinger sig af, at der ved hvert eneste indgreb til fordel for almenvellet forekommer erstatning til den eksproprierede part, medmindre indgrebet er af en sådan art, at det kan undskyldes ved bedømmelseskriterierne.

Anskues overførelseskriteriet i et retsøkonomisk perspektiv, må det i denne kontekst betyde, at den tabte del af rettigheden for den enkelte ikke må have stor nytteværdi for individet, hvis den skal falde under et ikke ekspropriativt indgreb.

Generalitetskriteriet omhandler mængden af påvirkede. Dette må derfor forstås som, hvis indgrebet skal undskyldes af generalitetskriteriet, er det fordi nyttetabet rammer en bred mængde rettighedshavere, således at individets ret ikke bærer hele tabet. Generalitetskriteriet omhandler altså individets tab i forhold til samfundet og retfærdigheden herved.

Hvis indgrebet skal undskyldes pga. kausalitetskriteriet, må det betyde, som også behandlet i afhandlingens kapitel 5, at der er en reel nødvendighed for indgrebet, altså at nyttetabet er velbegrundet i forhold til samfundet og almenvellet.

Kausalitetsomkostninger omfatter således, at hvis grundlaget for indgrebet ikke er velbegrundet, vil den påvirkede part føle sig forurettet og der er høje omkostninger i nytten hermed. Men hvis indgrebet er velbegrundet, vil den påvirkede part have et mindre nyttetab, grundet en mindre grad af forurettelse.

Sidst men ikke mindst er der intensitetskriteriet. Sættes denne i et retsøkonomisk spektrum, medfører kriteriet, at før et indgreb kan anses for at være af ikke ekspropriativ karakter, må det ikke forårsage et stort nyttetab for den/de eksproprierede.

Kriterierne kan således siges enten kun at betinges af individets nytte eller individets nytte i forhold til samfundet og retfærdigheden herved.⁷⁰²

Kriterier	Kun betinget af individet	Betinget af individet i forhold til samfundet (retfærdighed)
Overførelseskriteriet	JA	NEJ
Intensitetskriteriet	JA	NEJ
Generalitetskriteriet	NEJ	JA
Kausalitetskriteriet	NEJ	JA

Sammenlignes ovenstående logiske udledning af bedømmelseskriterierne individuelt, kan det ses, at omkostningerne for overførelseskriteriet (**OV**) og intensitetskriteriet (**IO**) omhandler det reelle nyttetab, som indgrebet direkte medfører for individet. Herimod gælder det for omkostningerne relateret til generalitet (**GO**) og kausalitet (**KAO**), at disse repræsenterer omkostninger, der er forbundet med en form for retfærdighed, da de betinger sig af samfundet.

⁷⁰² Opsætning fabrikeret af forfatteren

8.6.2.3 *Bedømmelseskriterierne og efficienskriterierne*

Formålet med dette afsnit er at udlede om grundloven pga. ovenstående frembringelser kan siges, at stemme overens med Michelman-kriteriet. Grunden bag valget af Michelman-kriteriet som efficiensbegreb er, at der ved grundlovens § 73 ikke er lagt op til hverken forhandling, som ved Coase, eller et rent Kaldor-Hicks baseret lovindgreb. Sammenlignes ovenstående med Michelman-kriteriet kan det udledes, at reglen om nødvendighed og proportionalitet stemmer overens med Michelman-kriteriets nyttebetragtning i forhold til, at indgreb kun må foregå når:

$$N > O$$

Efter Michelman-kriteriet gælder der så en identifikation af kompensationsomkostninger og demoraliseringsomkostninger. Forholder vi disse til de 4 bedømmelseskriterier fra grundlovens beskyttelse af ejendomsretten, kan det udledes, at overførelseskriteriet og intensitetskriteriet er reelle direkte tab for individet, som derfor har mulighed for at blive kompenseret og kan derfor føres under Michelman-kriteriets kompensationsomkostninger. Herimod er omkostningerne relateret til kausalitet og generalitet betinget af samfundet og menneskelig rettfølelse ved at besidde ejendomsret i forhold til andre og kan derfor indføres under Michelman-kriteriets demoraliseringsomkostninger.

$$\text{Herved er } \mathbf{OV+OI = KO} \text{ og } \mathbf{GO+KAO = DO}$$

Herudfra vides det på baggrund af afhandlings kapitel 7, at hovedreglen for et retsligt indgreb i ejendomsretten må kun ske når:

$$N > O \text{ og } N - O > DO \text{ eller } N - O > KO$$

Og bedømmelsen, om der skal gives efterfølgende kompensation, er betinget af:

$$\text{Hvis } \mathbf{DO > KO}, \text{ skal der gives kompensation}$$

Hvis **DO** < **KO**, skal der ikke gives kompensation

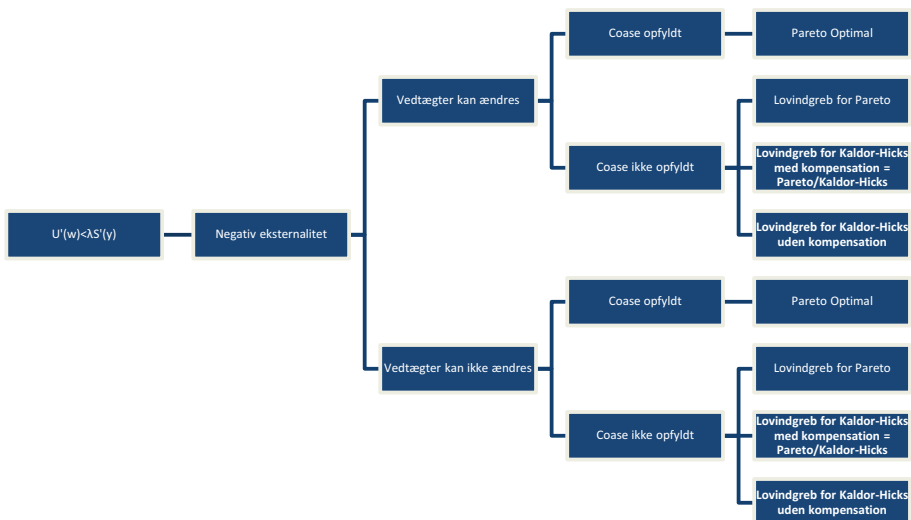
Når dette drages over til situationen med beskyttelse af stiftertiljen, betyder dette således, at der kun må ske indgreb i stiftertiljen, hvis det er nødvendigt og proportionelt og dermed, at den samlede nytte overstiger omkostningerne.

Indgrebet i stiftertiljen overholder dermed per automatik, at nytten for indgrebet er større end de mulige tab for stifter, baseret på kausalitet og generalitet, altså stifterens tab af retfærdighedsfølelse og degradering i værdien af at besidde ejendomsret, demoraliseringsomkostningerne. **N – O > DO**

Når nytten for indgrebet i stiftertiljen er højere end omkostningerne, betyder dette at den samlede nytte skal være højere end stifters omkostning relateret til intensitet og overførsel, altså hans mulige kompensationsomkostningerne. **N – O > KO**

Således må det altså gælde, jævnfør Michelman-kriteriet, at hvis omkostningerne relateret til overdragelse og intensitet er mindre end omkostningerne relateret til kausalitet og generalitet, skal der gives kompensation til stiftertiljen. Dvs. at stiftertiljen og ejendomsrettens værdi kan opretholdes ved kompensation og dette giver samfundet et mindre nyttetab, end hvis der ikke forekommer kompensation, da konsekvensen heraf bliver demoralisering, som så skader samfundet mere end kompensationen. Således kan der ved at anvende en Pareto tilgang også opnås en Kaldor-Hicks efficient tilstand.

Modsat gælder det, at hvis omkostninger for stiftertiljen ved at blive kompenseret for det reelle tab er højere end demoraliseringsomkostningerne, skal staten ikke kompensere for et indgreb. Altså hvis stifter i vid grad er enig med, at indgrebet er kausalt, men at en kompensation ville være dyr, skal der således ikke kompenseres.



Overordnet må det på baggrund af ovenstående logiske udledning kunne siges, at grundlovens § 73 i vid grad opfylder Michelman-kriteriet. Anskues spiltræet for mulige efficiente forhold, må det således kunne udledes, at grundloven har til hensigt og så godt som formår at foretage en vurdering efter Michelman-kriteriet og derved ender i de to nederste mulige efficiente løsningsmuligheder. Således kan grundlovens ejendomsretlige beskyttelse af stifterviljen siges at være efficient efter Michelman-kriteriet.

8.6.3 Erhvervsfondsloven set i retsøkonomisk perspektiv

8.6.3.1 Den rene ordlyd i et retsøkonomisk perspektiv

Udgangspunktet for erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier, som udledt i afhandlingens kapitel 5, kan opstilles som nedenfor i sammenhæng med erhvervsfondslovens § 89 stk.1, 1.pkt.:

Erhvervsfondslovens § 89, stk. 1, 1. pkt.	
Ikke ekspropriativt indgreb	Ekspropriativt indgreb
Permutationsgrænserne ved erhvervsfondsloven	
Efter erhvervsfondsloven gælder der et uhensigtsmæssighedskrav til en vedtægtsændring. Denne <u>skal overholde</u> : Nødvendighedskriteriet Proportionalitetskriteriet Cy-præs Uhensigtsmæssighedskravet og kriterierne er efter nyere fondsret baseret mere på økonomiske hensyn end på de af stiftertiljen andre bagvedliggende hensyn	Det bør ikke være muligt at krydse grænsen for ekspropriative indgreb

Når effiensen af erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen skal udledes, er det, ligesom ved grundloven, logisk at tage afsæt i selve ordlyden af § 89, stk. 1, 1.pkt. ”Efter indstilling fra bestyrelsen kan fondsmyndigheden tillade, at en bestemmelse i en vedtægt ændres” er den første og relevante del af ordlyden i § 89. Overdrages denne ordlyd til et retsøkonomisk perspektiv, må det betyde, at hvis en

eksternalitet påvirker den erhvervsdrivende fond, der må formodes i udgangspunktet at skulle være identisk med stiftertiljen, i en negativ retning, skal bestyrelsen altså henvende sig til fondsmyndigheden. Den sidste del af bestemmelsen findes ikke relevant for afhandlingen og behandles derfor ikke.

Hensigten med den første del af bestemmelsen er altså at skabe et grundlag for kommunikation mellem parterne, der er involveret i forbindelse med eksternaliteter. Dette kan derfor anses for at være et forsøg på, at skabe omstændighederne for forhandling, som løsning på eksternaliteten. Dermed synes der altså at være en målsætning om, at opnå en Pareto optimal situation, som ved Coase teoremet.

Tilgangen til at efficiensbetragtningen for erhvervsfondsloven i udgangspunktet er forhandling understøttes af, at der i ”tvangspemutationsreglen” i § 90 står:

”Efter forhandling med bestyrelsen og med samtykke fra Civilstyrelsen kan fondsmyndigheden beslutte, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, når bestemmelsen er uigennemførlig eller har vist sig klart uhensigtsmæssig.”

Forskellen mellem de to bestemmelser må i det retsøkonomiske perspektiv anses som værende hvis den negative eksternalitet rammer samfundet eller den erhvervsdrivende fond. Hvis den rammer samfundet, kan fondsmyndigheden gøre brug af § 90 og hvis den rammer samfundet, kan fondsbestyrelsen gøre anvendelse af § 89. Uanset hvilken tilgang der bruges er hensigten at forhandle sig frem til et resultat for i et retsøkonomisk perspektiv at opnå en Pareto optimal tilstand. Udgangspunktet for den videre behandling vil baseres på § 89.

Helt essentielt ved begge bestemmelser er, at der ikke kan forekomme erstatning/kompensation for indgrebet i stiftertiljen. Således begrænses muligheden

for forhandling altså til, at ændringerne ikke må stille stiftertiljen værre efter indgrebet end før, for at opnå et Pareto optimalt resultat.

8.6.3.2 Bedømmelseskriteriernes betydning for det retsøkonomiske perspektiv

Som det fremgår af kapitel 4 gælder der for vedtægtsændringer (forhandlingen) nogle kriterier, som parterne skal overholde ved en bedømmelse. Disse omfatter at enhver ændring skal være nødvendig, proportional, cy-près og eksternaliteten som skabes ved vedtægten skal være uhensigtsmæssig.

Der er altså her ligesom ved grundloven krav om nødvendighed og proportionalitet. Altså skal nytten være højere end omkostningerne ved indgrebet i stiftertiljen/ejendomsretten ($N > O$). Forskellen synes her at være, at bedømmelsen om nødvendighed og proportionalitet er betinget til stiftertiljen og ikke samfundet i forbindelse med § 89.⁷⁰³ Der fokuseres således på behovet for individets nytte fremfor samfundets nytte.

Cy-près reglen omhandler at den nye vedtægtsbestemmelse skal ligge så tæt op ad den oprindelige. Er indgrebet proportionalt følger det blot at den nye tekst også er det. På den måde synes Cy-près kriteriet at være dækket under proportionalitetskriteriet.

Problemet bliver da når uhensigtsmæssighedskriteriet skal inddrages. Normalt ville dette begreb kunne tænkes at være dækket af nødvendighedskriteriet. Men som det fremgår af kapitel 4 og 6 i afhandlingen er der i erhvervsfundsloven sket en selskabsificering af permutationsretten, der påvirker uhensigtsmæssighedskriteriet og derved nødvendighedskriteriet. Uhensigtsmæssigheden er således ikke kun betinget af stiftertiljen, der ved stiftelsen betinges af $U'(w) < \lambda S'(y)$, men også til

⁷⁰³ Anderledes står det til med § 90, som ikke vil blive inddraget i selve analysen af bedømmelseskriterierne.

virksomhedsdriftens økonomiske tilstand. Dermed påvirkes den rene nyttebetragtning ved, at selskabsificeringen baserer sig på et profitmaksimerende hensyn. Når loven tillader ændringer på baggrund af hensynet til virksomhedsdriften, betyder dette i et retsøkonomisk perspektiv at vedtægtsændringer kan foretages hvis profitten af virksomhedsdriften er over omkostningerne ($P > O$).

Den sidste mulige omstændighed, som kan medføre ændringer af vedtægter baseres på en kombination af stiftertilje og virksomhedshensyn. I erhvervsfondsloven tillades ændringer, hvis nytten for stiftertiljen sammen med virksomhedsprofitten er over omkostningerne relateret hertil. Således bliver den økonomiske regel for vedtægtsændringer, at de kan foretages hvis:

$$N > O, P > O \text{ eller } N+P > O$$

Som det blev redegjort for i afhandlingens kapitel 7, kan stifter ikke siges at følge et profitmaksimeringsperspektiv, men han følger i stedet et nytteperspektiv. Grundlaget for mulige vedtægtsændringer, bliver altså ved bedømmelseskriterierne trukket i en retning, der ikke stemmer overens med hele grundlaget for dannelsen af den erhvervsdrivende fond. Hvis stifteren følger en profitmaksimeringsperspektiv vil den erhvervsdrivende fond aldrig blive oprettet. Pointen med nytteperspektivet er nemlig, at stifter får mere ud af at give sin mulige profit fra sig uden modydelse, end værdien af den mulige profit.

8.6.3.3 Bedømmelseskriterierne og efficienskriterierne

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at der med erhvervsfondsloven er tiltænkt et Pareto efficiens begreb ved at sætte rammerne for forhandling. Målet med dette afsnit er således at se, om bedømmelseskriterierne gør det muligt at opnå Pareto optimale tilstande efter Coase teoremet.

”Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordeling av råddigheter, gjennom samarbeide frembringe et Pareto-effektivt resultat.”⁷⁰⁴

Hvis utgangspunktet for stiftelsesdokumentet er, at Coase er oppfylt, således at alle rettigheter i dokumentet er veldefinert og der derfor i forbindelse med fortolkningen heraf ikke er ekstra transaksjonskostninger, vil bedømmelseskriterierne så komme frem til det Pareto optimale resultat etter Coase’s sterke teoremet?

Ved en eksternalitet, der skader stifterviljen, skal det pågående inngrep altså stille stifterviljen bedre, end den er under eksternaliteten. En vedtægtsændring er således nødvendig i dette tilfælde, da de gældende vedtægter er u hensigtsmæssige i forhold til stifterviljen. En ændring vil således også være proporsjonal og Cy-près, hvis den kun har formålet at stille stifterviljen bedre og ikke går derudover. Parterne vil således kunne komme frem til en Pareto optimal situation.

Problemet ved denne tilstand er selskabsificeringen af erhvervsfondsloven. Hvis en vedtægtsændring bliver påvirket af hensynet til virksomhedens profit og dette ikke er grundlaget for eksternaliteten, da vil erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier således i sig selv skabe transaksjonskostninger i forhold til stifterviljen og det sterke Coase teoremet kan således ikke anses som oppfylt.

Selvom det kunne tænkes, at en fondsbestyrelse ville argumentere for, at den ekstra profit for virksomheden godtgør for stifterens nyttetab, er dette ikke korrekt. For det første er profit ikke lig nytte. For det andet bør der slet ikke være tale om at foretage kompensasjon etter erhvervsfondsloven. Hvis kompensasjon kommer på tale for et inngrep, tyder dette nemlig på præcis de anmærkninger, der er fremført i kapitel 6, hvor et inngrep på baggrund af erhvervsfondsloven synes at have overskredet

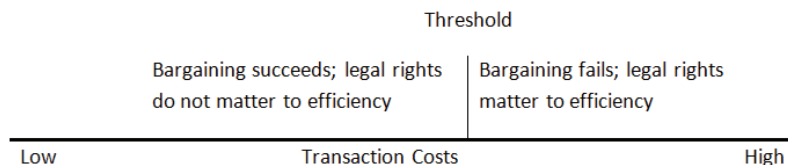
⁷⁰⁴ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2013, s. 137.

grænsen, som grundloven sætter mellem ikke ekspropriative indgreb og ekspropriative indgreb med erstatning til følge.

På denne baggrund kan følgende matrix sættes op i forhold til det:

Coase	Ændring inkluderer profitmaksimeringsperspektiv	Veldefinerede rettigheder	Transaktionsomkostninger	Pareto efter stiftertiljen
Stærke Coase teoremet	NEJ	JA	NEJ	JA
Stærke Coase teoremet	JA	JA	JA, pga. selskabsificering	NEJ

Ovenstående opstilling omhandler det stærke Coase teoremet. Som det ses i kapitel 7, er denne tilstand sjældent til stede i den virkelige verden, hvorfor bedømmelseskriterierne nu vil sættes overfor situationer med transaktionsomkostninger og det svage Coase teoremet.



Modellen ovenfor er også vist i kapitel 7 og baseres på en fremstilling af Cooter og Ulen.⁷⁰⁵ Formålet er at se hvornår grænsen for, at forhandlinger i sig selv skaber efficiens ophører og efficiens i stedet skal findes ved re-allokering af rettigheder.

Det er helt essentielt her igen at have for øje, at transaktionsomkostningerne, når det omhandler Pareto efter stiftertiljen, er de omkostninger, som mindsker muligheden for, at resultatet af en forhandling kan blive Pareto optimalt i forhold til stiftertiljen.

⁷⁰⁵ Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 95

Baseret på bedømmelseskriterierne er ændringer tilladt når: $N > O$, $P > O$ eller $N+P > O$

Problemet er, når en bedømmelse inkluderer et profitmaksimeringshensyn, stiger transaktionsomkostningerne i forhandlingen om at foretage en Pareto forbedring af stiftertiljen for at opnå et Pareto optimalt resultat. Men bedømmelsen tillades stadig efter reglerne. Sættes dette overfor modellen af Cooter og Ulen, betyder dette, at loven tillader vedtægtsændringer, der har et for højt transaktionsomkostningsniveau i forhold til, at forhandling angående stiftertiljen burde lykkes. Hertil kan der således henføres til det svage Coase teoremet:

”Hvis transaktionskostnadene er så høje at de forhindrer forhandlinger, vil ressursutnyttelsen bli Pareto-effektiv hvis den rettslige allokering av rådigheter initialt er slik som forhandlingerne uten transaktionskostnade ville ha ledet til, men ikke ellers”⁷⁰⁶

Bedømmelseskriterierne tillader tilstande, hvor transaktionsomkostningerne er så høje i forhold til stiftertiljen, at forhandlinger burde være forhindret. Dette i sig selv kan ikke anses som efficient. Men det svage Coase teoremet bidrager hermed, at hvis transaktionsomkostningerne er for høje til, at forhandlinger gennemføres, da kan ressourceudnyttelsen stadig være Pareto-optimal, hvis allokeringerne af rettigheder bliver som tilstanden uden transaktionsomkostninger. Således er det nødvendigt at udlede, om rettighedsfordelingen bliver sådan.

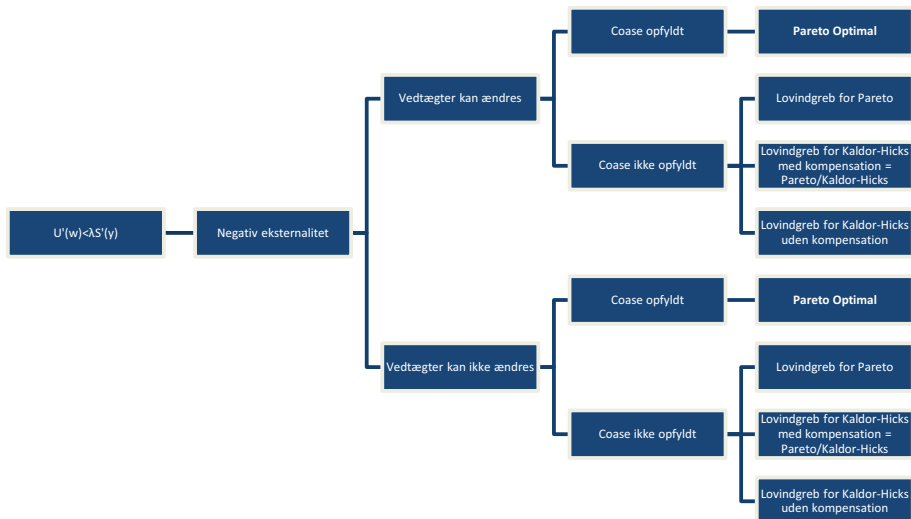
⁷⁰⁶ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2008, s. 143 og Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 94

Coase	Ændring inkluderer profitmaksimeringsperspektiv	Veldefinerede rettigheder	Transaktionsomkostninger	Pareto efter stifterviljen
Stærke Coase teoremet	NEJ	JA	NEJ	JA
Stærke Coase teoremet	JA	JA	JA, pga. selskabsficering	NEJ
Svagt	JA	JA	JA, høje	?

Fokus skal således være på rettighedsfordelingen. Bliver stifterviljen, som rettighed, forringet ved de ekstra høje omkostninger i forhold til tilstanden, hvor der ingen transaktionsomkostninger var?

Tilstanden uden transaktionsomkostninger opstår kun, hvor der ikke inkluderes et profitmaksimeringsperspektiv i bedømmelsen. Rettighedssituationen uden transaktionsomkostninger er altså, at alle rettigheder betinger sig af stifterviljen og ikke af et profitmaksimeringsperspektiv. Derfor kan de tilfælde, som profitmaksimeringen forårsager over grænsefeltet ifølge Cooter og Ulen modellen, siges ikke at være Pareto optimale.

Der er nu blevet behandlet de to yderpoler i forhold til forhandling og Coase teoremet. Der antages at gælde de samme effekter på alle mellemlid. Helt grundlæggende kan det således udledes, at når erhvervsfondsloven søger at opnå et Pareto optimalt resultat i forhold til stifterviljen ved forhandling, er dette ikke muligt, når der inkluderes et profitmaksimeringsperspektiv. Ud fra nedenstående model ender forhandlingerne/vedtægtsændringerne kun i et Pareto optimalt resultat i forhold til stifterviljen, hvis profitmaksimeringsperspektivet ikke inkluderes:



8.6.3.4 Lovindgreb for Pareto

Indtil videre er det blevet udledt, at erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier ved vedtægtsændringer kan skabe Pareto optimale tilstande i forhold til stiftertiljen. Dog gælder dette kun, hvor virksomhedens økonomiske vilkår ikke indgår som selvstændigt vurderingselement uden om stiftertiljen. I dette afsnit vil fokus i stedet være på erhvervsfondslovens andre bestemmelser, som ikke direkte vedrører vedtægtsændringer. Dette er interessant i forhold til Coase's normative betingede teoremet, der omhandler, hvorledes lovgiver skal udforme love, for at skabe de bedste omstændigheder for at parter ved forhandling kan komme frem til en Pareto optimal situation.

”Hvis man ønsker effektivitet, bør loven udformes slik at den reducerer eller helst fjerner hindringer for private avtaler.”⁷⁰⁷

Der bliver i forarbejderne til de to væsentlige erhvervsfondslove, 1984 og 2014, lagt stor vægt på de erhvervsdrivende fondes betydning for Danmark, samt at der ønskes ikke at blive sat barrierer op for dannelsen af flere erhvervsdrivende fonde eller medført skade på stifterviljen. Når både stiftelse og efterfølgende respekt for stifterviljen er relevant i forhold til retsøkonomien, handler dette om, at hvis der ved erhvervsfondsloven indsættes bestemmelser, som øger transaktionsomkostningerne for stifterviljen både før og efter stiftelsestidspunktet, vil effekten være færre nye erhvervsdrivende fonde og dermed en degradering af samfundsnytten ved ejendomsretten, som fremsat i kapitel 7.

Fremhævet her vil være blot et par eksempler, som er blevet behandlet i kapitel 4 eller 7 i forhold til stifterviljen og regulering for nedsættelse af transaktionsomkostninger.

Regler fra 1984 og 2014 samt mulighed	
Der kan ændres vedtægter i alle erhvervsdrivende fonde	Formandsudpegning skal ske demokratisk
Fondsbestyrelsen skal være uafhængig af stifter	Formålsspecifikation

At muligheden for vedtægtsændringer tildeles alle, er i retsøkonomisk perspektiv fuldstændigt ligegyldig. Grunden hertil er, at når målsætningen er at kunne lave Pareto forbedringer, vil stifter jo altid blive stillet med samme nytte uanset, om der kan ændres i vedtægter eller ej. Skal man respektere en absolut ejendomsret overfor en sådan bestemmelse og der senere hen opstår eksternaliteter, der skader

⁷⁰⁷ Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2008, s. 143 og Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and economics, 2008, s. 97

stiftertiljen, vil resultatet blive, at respekten for den absolutte ejendomsret er hovedårsagen til høje transaktionsomkostninger.

Således er udgangspunktet, for at alle kan foretage vedtægtsændringer, en regel, der som hovedregel minimerer mulige transaktionsomkostninger og derfor lever op til det normative betingede Coase teoremet. Der er dog en undtagelse til dette og det omhandler netop de situationer, hvor vedtægterne ændres i forhold til hensyn, der ikke er identiske med stiftertiljen, som eksempelvis profitmaksimerende hensyn for fonden. Da ville den absolutte ejendomsret i stedet have beskyttet stifter mod sådanne fejlvurderinger af stiftertiljen.

Den anden bestemmelse, som vil fremføres fra 1984, er uafhængighedskravene fra stifter, som er udbygget i lov om erhvervsdrivende fonde fra 2014. Når der foreligger et krav til, at en fondsbestyrelse skal være uafhængig af stifteren, således at stifteren og dennes familie ikke må besidde et flertal af bestyrelsesposterne, kan der sættes spørgsmålstegn til, om dette mindsker transaktionsomkostningerne i forhold til at beskytte stiftertiljen. I betænkningen til loven af 1984 kan der også ses, at der er uenighed om netop denne regel, da visse af udvalgets medlemmer mener, at den sætter en begrænsning i stifters frihed for selv at bestemme den fremtidige ledelse. Argumenterne for at have uafhængigheden følger af de daværende selskabslove og der kan ses samme tendens i loven af 2014, hvor det handler om god selskabsledelse.

Problemet er, at når der eksempelvis ved vedtægtsændringer kan opstå problemer i forhold til fortolkning af stiftertilje, eller når denne tvivl opstår i det daglige arbejde, så vil stiftertiljen uden tvivl være bedst tjent med, at han selv kan vælge bestyrelsens sammensætning, da denne således også vil repræsentere stiftertiljen. Uvisheden om stiftertiljen og dennes reelle hensigt er i sig selv en transaktionsomkostning og kan medføre så så omfangsrige transaktionsomkostninger, at forhandlingerne fejler. Reglen om uafhængigheden overfor stifter kan altså ikke anses som værende i

overensstemmelse med det normative Coase teoremet i forhold til retsøkonomiens betragtning af ejendomsretten.

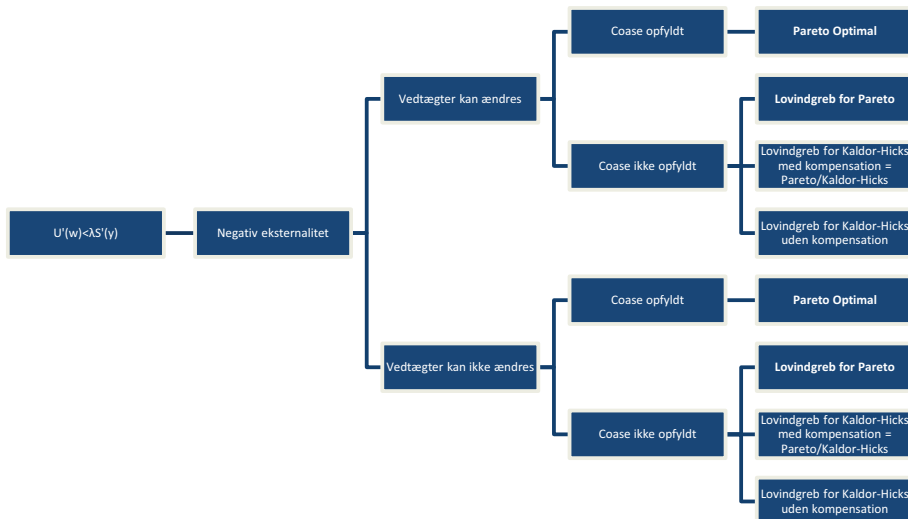
Den samme argumentation gælder i forhold til bestemmelsen fra 2014 ang. valg af bestyrelsesformand, der ikke engang blev behandlet af fondsudvalget, men blot blev kopieret direkte fra selskabsloven.

Det sidste element, som vil fremhæves, er den omdiskuterede formålsspecifikation, som er fremhævet både i kapitel 4 og 7. Selvom der har været fokus på, at der bør laves krav til formålsspecifikation, for at undgå fremtidige misforståelser eller fejlfortolkninger angående stifterviljen, er dette endnu ikke kommet ind i loven som et krav. En sådan bestemmelse ville ikke stille fremtidige stiftere værre, men tværtimod sikre dem, at fremtiden klart kan tage stilling og respektere stifterviljen. Endog vil en specifikation, som den anvendte i Sverige, kunne mindske netop transaktionsomkostningerne relateret til afvejningen mellem det virksomhedsbaserede hensyn og det uddelingsmæssige formål og stifterens dybere hensigt med fonden.

Regel	Effekt i forhold til stifterviljen
Der kan ændres vedtægter i alle erhvervsdrivende fonde	Pareto forbedrende, medmindre hensyn ikke er stiftervilje ved vedtægtsændring
Fondsbestyrelsen skal være uafhængig af stifter	Pareto begrænsende
Formandsudpegning skal ske demokratisk	Pareto begrænsende
Formålsspecifikation	Pareto forbedrende

Baseret blot på dette lille udsnit af bestemmelser, som er behandlet i denne afhandling, kan det sammenfattes, at der overordnet i erhvervsfondsloven synes at være bestemmelser, som har til hensigt at forbedre mulighederne for, at parterne opnår en Pareto optimal tilstand ved eksternaliteter og beskyttelsen af stifterviljen. Der er dog også en række, der ikke har dette formål og ulemperne synes i nogen grad at betinge sig til den selskabsificering, som ligger i erhvervsfondsloven fra 1984 og

bestemt også fra 2014. Derimod er der mindst en mulighed for forbedringer foretaget i forhold til beskyttelse af stiftertiljen, som efter Coase's normative betingede teoremet udgør efficient lovgivning.



Overordnet kan det på baggrund af de foregående afsnit udledes, at lov om erhvervsdrivende fonde grundlæggende er baseret på tanken om at skabe Pareto optimale tilstande ved at være baseret på mulighederne for forhandling. Der følger dog med loven en stor begrænsning og det hænger sammen med den manglende mulighed for at kunne give kompensation og erstatning. Dette begrænser mulighederne helt væsentlig for, hvordan loven kan føre til Pareto optimale tilstande.

Lovens selskabsificering og fokus på profitmaksimering fremfor stiftertiljens nytte, medfølger kun tilstande, der ikke er efficiente i forhold til beskyttelsen af stiftertiljen i et Pareto perspektiv. Det gælder, uanset om udgangspunktet er en tilstand med eller uden transaktionsomkostninger. Det kan tænkes, at denne selskabsificering er tænkt som en måde at kunne lave indirekte kompensation for stiftertiljen. Problemet

hermed er, at stiftertiljen ikke er baseret på et profitmaksimerende perspektiv, men et nyttemaksimerende perspektiv. Så når hensynet til virksomhedens økonomi specifikt anvendes som grundlag for blandt andet vedtægtsændringer og dette ikke er betinget af stifterens nytte, da krænkes stiftertiljens nytte og resultatet er ikke Pareto optimalt.

Trods kritikken synes erhvervsfondsloven at danne grobund for effektive forhandlinger og har bestemmelser, som hjælper med at nedsætte transaktionsomkostningerne mellem parterne, når eksternaliteter skal behandles. Der er dog plads til forbedring og et tiltag her kunne være mere omfattende formålsspecifikationskrav.

8.6.4 Retsøkonomiens bidrag til den juridiske disputs

8.6.4.1 Retsøkonomiens løsning, grundloven og erhvervsfondsloven

I kapitel 6 kan det ses, at der er væsentlige forskelle mellem erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen og beskyttelsen af ejendomsretten ved grundloven. Ørsted kom i sin artikel fra 1815 frem til en lignende problematik, der var forholdet dog imellem den absolutte ejendomsret og hensynet til den efterfølgende samfundsinteresse. Ørsted anvender i sin artikel samfundsøkonomiske betragtninger, der baserer sig på logiske slutninger frem for teori, hvilket nok relaterer sig til den manglende tidsmæssige videnskab.

Når der her 200 år efter Ørsteds artikel er fremkommet en videnskabelig retning i retsøkonomi, som netop har til formål at foretage efficiensanalyser af retlighedsfordelinger, er det naturligt, at dette har været essentielt at inddrage ved en moderne analyse af samme problemfelt.

Med Ørsted in mente og spørgsmålet om stiftertiljens rækkevidde som ejendomsret er der, på baggrund af alle afhandlingens forrige kapitler, i dette kapitel blevet

analyseret forholdet mellem grundloven og retsøkonomien samt forholdet mellem erhvervsfondsloven og retsøkonomien.

I det retsøkonomiske kapitel 7 udledes det, at den optimale beskyttelse af ejendomsretten for erhvervsdrivende fonde er baseret ikke kun på en efficiensbetragtning men 3, Pareto, Kaldor-Hicks og Michelman-kriteriet.

På et samfundsplan er udgangspunktet, at alle indgreb i ejendomsretten er tilladt, hvis nytten herved er større end omkostningen. Herefter skal vurderingen om indgrebet medfølges af en erstatning/kompensation betinget af forholdet mellem kompensationsomkostninger og demoraliseringsomkostninger efter Michelman-kriteriet, der afvejer grænsfeltet mellem Kaldor-Hicks og Pareto. Herefter opfylder de to udfald enten en Kaldor-Hicks tilstand uden kompensation, eller en Kaldor-Hicks tilstand med kompensation, som således også vil være Pareto optimal.

Udgangspunktet for beskyttelsen af ejendomsretten er således at følge et Pareto perspektiv, medmindre kompensationen herfor overgår den negative effekt på den generelle ejendomsret. Så når eksternaliteten rammer den erhvervsdrivende fond, bør denne i forhandling med tilsynet nå frem til en Pareto optimal løsning, som varetager stiftertiljen og forbedrer dennes nytte. Problemet her kan være høje transaktionsomkostninger. Hvis lovgiver ikke kan sænke transaktionsomkostninger nok til, at en forhandling kan medføre et Pareto optimalt resultat, bør forhandlingerne droppes og en løsning skal i stedet findes i forhold til Michelman-kriteriet.

Tilsynets praksis skal dog også være baseret på Michelman-kriteriet, således at forhandlingerne omkring ejendomsretten ikke afviger fra samfundets efficiente beskyttelse.

Når den retsøkonomiske løsning overføres til grundlovens § 73, synes der i realiteten ikke at være noget stort problem. Grundlovens beskyttelseskriterier kan overføres til

Michelman-kriteriet og stemmer godt overens med, hvorledes ejendomsretten altså på et samfundsmæssigt plan skal beskyttes for at være efficient.

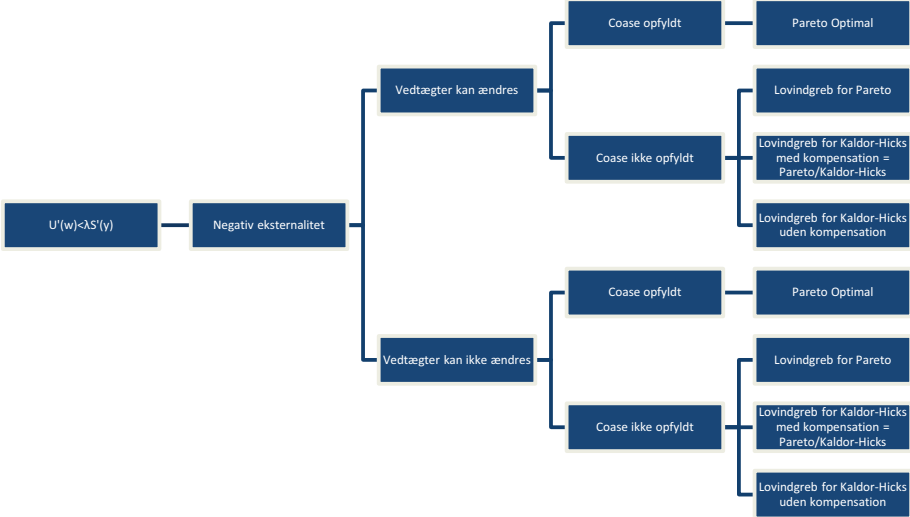
Problemet opstår, når retsøkonomien inddrager beskyttelseskriterierne fra erhvervsfondsloven, da der her er indlagt hensyn, der ikke er baseret på et nyttemaksimeringsperspektiv, men et profitmaksimerende perspektiv. Det vil sige, at hele vurderingsgrundlaget ikke stemmer overens og dermed vil enhver handling, der ikke er grundet i stiftertiljens nyttebetragtning, ikke kunne anses som efficient efter ejendomsrettens beskyttelse af ejendomsrettigheder.

Desværre synes der at være flere uoverensstemmelser mellem retsøkonomiens løsningsmodel og erhvervsfondslovens beskyttelseskriterier. Der er nemlig i erhvervsfondsloven ikke indsat mulighed for at føre kompensation, som modellen fra kapitel 6 også viser. Så når der opstår situationer, hvor en kompensation er nødvendig for at opnå et Pareto optimalt resultat, fejler erhvervsfondsloven og kan således ikke tilbyde denne.

Den selskabsificering, der har været i erhvervsfondslovene, er et tegn på, at lovgiver har villet åbne muligheden for, at virksomhedshensynet nogle gange har sådan en væsentlig karakter, at den bør have forrang overfor stiftertiljen. Men på baggrund af den retsøkonomiske analyse kan det ses, at under de gældende regler i erhvervsfondsloven kan dette hensyn ikke ende med en Pareto optimal situation. Forklaringen skal nemlig findes i den manglende mulige kompensation og Michelman-kriteriet.

Når erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier ikke lever op til grundlovens bedømmelseskriterier, hverken juridisk eller økonomisk, er det begrundet i, at forudsætningerne ikke er de samme. Erhvervsfondsloven mangler muligheden for at kompensere for tab i stiftertiljen. Dette betyder ikke, at der lige så snart der skal

laves en vedtægtsændring, som er baseret på et virksomhedshensyn og dermed profitmaksimering, skal gives en sådan tilladelse. Profitmaksimeringshensynet er et retsøkonomisk og juridisk indgreb i stifterviljen og derfor skal den udsættes for præcis samme retsøkonomiske vurdering, som ethvert andet indgreb. Indgrebet skal således sættes overfor vurderingen baseret på Michelman-kriteriet.



Retsøkonomiens bidrag og resultater af de forskellige analyser er således, at der er behov for både Erhvervsfondslovens og Grundlovens beskyttelse af ejendomsretten/stifterviljen, da de adresserer to forskellige måder at opnå efficient regulering på. Erhvervsfondsloven søger Pareto optimale muligheder ved hjælp af forhandling, hvorimod grundloven søger at beskytte samfundsværdien af ejendomsretten ved at søge mod en bedømmelse efter Michelman-kriteriet.

Sammensættes retsøkonomiens resultater med lovenes beskyttelseskriterier, kan det udledes, at grundlovens beskyttelseskriterier skaber efficiente resultater. Derimod kan

det udledes, at erhvervsfondslovens beskyttelseskriterier er inefficente og de bør derfor baseres på grundlovens bedømmelseskriterier for at opnå effiente afgørelser. Til gengæld er det en betingelse hertil, at erhvervsfondsloven kan bruge kompensation som middel i forhandlinger, for at opnå effiente resultater. Således skal erhvervslovens bedømmelseskriterier overholde Michelman-kriteriet, før at afgørelserne kan anses for at være effiente for det danske samfund og værdien af ejendomsretten.

Retsøkonomien udleder dog også et supplement til lovenes beskyttelse af ejendomsretten/stiftertiljen og dette omhandler effektiviseringen af forholdene for forhandlingen foretaget af erhvervsfondsloven. En del af de bestemmelser, som føres i erhvervsfondsloven grundet selskabsficeringen, medfører enten mulighed for forøgede transaktionsomkostninger eller på anden måde direkte begrænser stiftertiljen. Disse bestemmelser kan efter den retsøkonomiske analyse ikke anses som effiente i forhold til beskyttelse af ejendomsretten/stiftertiljen.

Mange af bestemmelserne hidrører direkte fra selskabslovens bestemmelser, som er baseret på et profitmaksimeringsperspektiv, hvorfor det i et retsøkonomisk øjemed kan kritiseres, at disse er blevet kopieret over i erhvervsfondsloven. Kritikken falder på, at der, jævnfør forarbejderne, ikke synes at være foretaget en vurdering efter Michelman-kriteriet af disse bestemmelser og udvalgene har således ikke afkodet de mulige demoraliseringsomkostninger, som bestemmelserne kan have. Dette betyder i økonomisk øjemed, at der er blevet indført bestemmelser uden hensyntagen til, hvilken effekt det får på et samfundsplan, at respekten for ejendomsretten tilsidesættes og om konsekvensen heraf blandt andet vil være færre fremtidige erhvervsdrivende fonde, som ikke synes at være hensigten med erhvervsfondsloven og ej heller effient efter retsøkonomien.

8.6.4.2 Retsøkonomiens løsning, Ørsted og de to sager fra praksis

Forholdes retsøkonomiens løsningsmodel på den juridiske disputs til Ørsteds artikel fra 1815 og de to sager fra praksis, kan det ses, at der foreligger nogle helt grundlæggende forskelle i måden at adressere problemstillingen angående stiftertiljens ejendomsret på.

I Ørsteds artikel er udgangspunktet for den samfundsøkonomiske tilgangsvinkel baseret på et profitmaksimeringsperspektiv. Han anser virksomhedens profit efter stifters død som værende mere værd end stiftertiljen. Selv overfor Ørsteds erstatningsbetingelser synes der at kunne drages den samme konklusion. Hvis der ikke forekommer et reelt økonomisk tab for mulige descendenter til fondens uddelinger, bør der ikke forekomme erstatning for retlige indgreb ifølge Ørsted. Ørsted anerkender dog stadig ejendomsrettens betydning for samfundsøkonomien og på dette punkt synes han at være i overensstemmelse med retsøkonomiens betragtninger. Skiftet synes at ske, når stiftertiljen dør, hvor Ørsted således ikke mener, at dennes nytte længere skal håndhæves. Her fejler han i forhold til retsøkonomien, da dette vil medføre demoraliseringsomkostninger, fordi nytten efter dødstidspunkt er medregnet på tidspunktet for gaveoverdragelsen. Ørsted anerkender alligevel, at et samfund uden ejendomsret ikke er optimalt, han formår blot ikke at se forskellen på et nyttemaksimerende perspektiv og profitmaksimering.

I forhold til de to sager fra praksis, som fremhævet i kapitel 2, synes tendensen lidt at være den samme. Udover forskellen, at den ene sag er afgjort på baggrund af grundloven og den anden på baggrund af erhvervsfondsloven, kommer begge sager frem til, at der ikke skal forekomme erstatning. Grundlaget herfor er et profitbaseret grundlag og altså ikke baseret på nytte. Retsøkonomiens svar herpå vil således være, at uanset om afgørelsen følger af grundloven eller erhvervsfondsloven skal bedømmelsen være den samme. Ethvert indgreb, som giver en højere nytte end

omkostning, skal foretages på baggrund af en bedømmelse baseret på Michelman-kriteriet, eller rettere grundlovens bedømmelseskriterier. Det afgørende er, at afgørelsen skal tage udgangspunkt i et nytteperspektiv.

8.6.4.3 Retsøkonomiens løsning og den grundlæggende forståelse af stiftertiljens relation til ejendomsretten

På baggrund af afhandlingens kapitel 3 udledes det, at stiftertiljen er en væsentlig del af ejendomsretten for erhvervsdrivende fonde. Faktisk så væsentlig at ejendomsretten kan siges at være betinget af stiftertiljen. Det udledes yderligere at hele ejendomsretten for en erhvervsdrivende fond skal fortolkes i forhold til stiftertiljen og dennes ønsker. Interessesubjektet er dermed ikke betinget til en profitbaseret opfattelse, snarere tværtimod. Interessesubjektet kan i stedet siges at være identisk med den stiftertilje, som er grundlaget for hele den retsøkonomiske analyse af ejendomsretten i kapitel 7, der er baseret på et nytteperspektiv. Den retsøkonomiske løsning på den juridiske disput hænges således sammen med det forhold, der udledes om relationen mellem stiftertiljen og ejendomsretten i afhandlingens kapitel 3.

8.7 Sammenfatning

Ud fra ovenstående integrerede analyse af afhandlingens kapitler kan det med udgangspunkt i Ørsteds artikel fra 1815 udledes, at der synes at være en nogenlunde enighed mellem Ørsted forståelse af beskyttelsen af ejendomsretten og den, som forekommer ved de to afgørelser fra praksis. Mest klar synes sammenhængen at være til Carlsberg sagen, da hensynet til den ikke profitbaserede del af formålet tilsidesættes for virksomhedens vækstmuligheder. Til gengæld stemmer den enighed, som er mellem Ørsted og Carlsberg-sagen, ikke overens med afhandlingens kapitel 3,

hvor ejendomsretten betinges af stiftertiljen. Der synes at være en klar forskel i opfattelsen af relationen mellem stiftertiljens betydning for ejendomsretten og hvorledes ejendomsretten er betinget af ikke profitbaserede hensyn.

Når Ørsted herefter forholdes til erhvervsfondslovens beskyttelse af stiftertiljen og grundlovens beskyttelse af ejendomsretten, ses en klar sammenhæng mellem Ørsted og erhvervsfondsloven, men ikke mellem Ørsted og grundloven. Dette kan sidestilles med det spændingsfelt, der er mellem de to retsgrene, som frembragt ved afhandlingens kapitel 6. Erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier stemmer overens med Ørsteds betragtning om, at stiftertiljen skal respekteres, men ikke hvis det skader den fondsdrevne virksomhed.

Derimod gælder det for grundlovens bedømmelseskriterier, at de retter sig mod et grundlæggende samfundsmæssigt ejendomsrettighedsbegreb. Ørsted fokuserer selv på ejendomsrettens betydning for samfundet i sin artikel, men lader denne ophøre ved stifters død. Hertil gælder det i stedet i grundloven, at ejendomsrettens beskyttelse også gælder for juridiske personer, som så repræsenterer stifter efter dennes død. I forhold til det juridiske spændingsfelt synes Ørsteds tilgang at være mest i overensstemmelse med erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier.

Med udgangspunkt i retsøkonomiens tilgang til den juridiske disputs findes der i stedet at være grundlag for at følge den af grundlovens bedømmelse. På baggrund af den retsøkonomiske analyse i afhandlingens kapitel 7 er den mest efficiente måde således, at bedømme sager vedrørende ejendomsretlig beskyttelse efter Michelman-kriteriet, der er en afvejning mellem Pareto efficiens og Kaldor-Hicks. Den tager på denne måde hensyn til både samfundets hele og de enkelte parters interesser. Ved en sammenligning mellem Michelman-kriteriets bedømmelsesvilkår og grundlovens bedømmelseskriterier ses det, at de er næsten identiske. Dermed kan det udledes, at hvis alle sager vedrørende ejendomsret og stiftertilje bedømmes efter vilkårene for

grundlovens § 73, vil Michelman-kriteriet være opfyldt og der vil således kun komme efficiente afgørelser.

Når retsøkonomiens efficienskriterier sættes overfor erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier, ses det, at udgangspunktet er et helt andet end ved grundloven. Erhvervsfondsloven baserer sine afgørelser på forhandling parterne imellem, hvilket giver god mening, da der ikke udstikkes love ved alle administrative afgørelser om vedtægtsændringer. Problemet er med erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier, at uhensigtsmæssighedskriteriet inkluderer et virksomhedshensyn, som er baseret på et profitmaksimeringsperspektiv. Det er på baggrund af kapitel 7 klart, at den retsøkonomiske bedømmelse skal baseres på et nytteperspektiv og ikke et profitmaksimeringsperspektiv, når ejendomsrettigheder skal behandles. Erhvervsfondslovens udvidede fokus på denne profittilgang medfører derfor, at resultaterne ikke bliver Pareto optimale, som de ellers ville kunne blive ved forhandlinger.

Hvis dette profithensyn ikke er til stede, vil bedømmelseskriterierne efter erhvervsfondsloven kunne medføre Pareto optimale resultater. Problemet er da, at en del af bestemmelserne i erhvervsfondsloven selv opstiller yderligere transaktionsomkostninger og der er ikke sat ind i forhold til at fjerne mulige transaktionsomkostninger relateret til uvished omkring stiftertiljen. Det omhandler specielt de bestemmelser, der er relateret til den selskabsificering, som der gennem afhandlingen har været fokus på. Da selskaber generelt bygger på et profitmaksimeringshensyn, synes det klart, at sådanne bestemmelser altså ikke fremmer stiftertiljen og beskyttelsen heraf, når dette jævnfør retsøkonomien skal betinge et nyttemaksimeringsperspektiv.

Generelt er der således en uoverensstemmelse mellem retsøkonomien og erhvervsfondslovens grundlæggende hensyn. Denne uoverensstemmelse synes dog at

kunne være udsprunget af, at erhvervsfondsloven ikke har mulighed for at yde erstatning, som det er muligt ved ekspropriative indgreb ved grundloven. Den retsøkonomiske løsning på den juridiske disput bliver derfor, at erhvervsfondsloven fortsat skal fokusere på forhandling, men få kompetence til at kunne foretage kompensationer for nytte tab. Derimod skal erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier laves om, så de er identiske med grundlovens og enhver forhandling skal derfor også leve op til Michelman-kriteriet, således at praksis generelt kan siges at være i overensstemmelse hermed.

Sammenlagt kan det altså udledes, at det retsøkonomiske bidrag ikke stemmer overens med den tilgang, som Ørsted fremstiller i sin artikel fra 1815 og til dels heller ikke de to sager fra praksis. Til gengæld synes der at være overensstemmelse mellem retsøkonomiens behandling af ejendomsrettens beskyttelse og stifterviljens relation til ejendomsretten.

Del 5

Kapitel 9 Konklusion

9.1 Afhandlingens problemstilling og Ørsted

Det overordnede tema for denne afhandling er ”den døde hånd” og rækkevidden af ejendomsretten for stiftertiljen af erhvervsdrivende fonde over for behovet for fleksibilitet for fondsejede virksomheder pga. samfundsmæssigt ændrede vilkår. Helt grundlæggende omhandler problemstillingen, at der i Danmark er en lang række selskaber, der enten er datterselskaber til eller er en del af en erhvervsdrivende fond. Denne ejerskabsform er kompleks og kendetegnet ved, at der ikke findes en aktiv ejerkreds, men at fondens ejerskab udøves af en bestyrelse på baggrund af retningslinjer udstukket i vedtægterne af den oprindelige stifter af den erhvervsdrivende fond. Når der så eksempelvis 100 år efter fondens oprettelse sker ting i samfundet, som den oprindelige stifter ikke har indtænkt eller på anden måde taget højde for i vedtægterne, kan dette komme til at skade enten samfundet eller den fondsejede virksomhed. Spørgsmålet er da, om stiftertiljen skal fortsætte i al evighed selvom det ikke altid er gavnligt?

Problemstillingen er ikke ny. Ørsted skriver allerede i 1815 en artikel herom, som har været grundsten for den moderne permutationsret og dermed også for lov om erhvervsdrivende fonde. Ørsted anerkender at tvistens parter enten synes at være på stifters side eller, modsat, på samfundets/virksomhedernes side. Han ser det strengt nødvendigt at klarlægge problemet konkret i forhold til de juridiske, økonomiske og filosofiske elementer. Ørsted prøver via logiske slutninger at argumentere sin sag og kommer frem til en løsning, hvor han negligerer ejendomsretten efter stifters død og kun respekterer den i de tilfælde hvor der forekommer direkte descendenter til en del af formuen/uddelingerne, som så efter Ørsted kan erstattes for deres tab.

9.2 Behovet for at løse den døde hånd

Når der er behov for at løse den ovenstående problematik anno 2016, er det fordi tiden kræver et opgør med den nuværende praksis og diskurs. Det er som om, at der trods 200 års diskussioner og videnskabelige bidrag ikke er kommet en løsning på Ørsteds problematisering. Ørsteds fremsatte løsning holder nemlig ikke. Hans artikel er banebrydende for den tid han lever i, men da han ikke tager højde for hverken menneskerettigheder/Grundloven eller konkret virksomhedsdrift, kan hans konklusion derved heller ikke anvendes i dagens Danmark.

Derfor ses der i dag stadig to lejre med modsatrettede argumenter. Disse to lejre er blot blevet mere højrøstede end førhen og formår stadig ikke at lytte til hinanden og finde et fælles grundlag. På den ene side står statsrettens beskyttere af ejendomsretten, der med grundloven i hånden proklamerer den samfundsmæssige rettighedsfordeling angående ejendomsretten, og at beskyttelsen også dækker erhvervsdrivende fonde. På den anden side står de erhvervsdrivende fondes bestyrelse og resten af det danske erhvervsliv med permutationsrettens historie og råber op om behovet for fleksibilitet for virksomhederne. Der er altså ikke enighed omkring rækkevidden af den døde hånd, og dette er, hvilket Ørsted dog har ret i, fordi hensigten i hver lejr er forskellig.

Konsekvensen af denne uenighed bliver, at der i 1984 ved lov hjemmel gives ret til at foretage vedtægtsændringer for erhvervsdrivende fonde ud fra virksomhedens økonomiske behov uden hensyntagen til grundlovens § 73 om beskyttelse af ejendomsretten. Dertil kommer loven fra 2014, der heller ikke inddrager grundlovens beskyttelse af ejendomsretten, men i stedet understøtter fokus på virksomhedsdriften og indfører regler, der kun baserer sig på virksomhedsdrift uden hensyntagen til, at den erhvervsdrivende fond ikke er det samme som et aktie- eller anpartsselskab.

Tendensen er altså ikke lovende for en af grundpillerne i den danske retsstat, nemlig ejendomsretten, og det er afhandlingens formål at søge en løsning herpå.

9.3 Den ønskede hensigt med retsøkonomien

Når de to juridiske lejre ikke har kunnet enes og ikke vil enes, er dette pga. at de ikke har samme udgangspunkt for behandlingen af rettighederne, som de hver især mener at tage hensyn til. Dette er ikke blot blevet udledt af Ørsted, men ligeledes i denne afhandling. Gennem denne afhandlings analyserer af forholdet mellem stiftertiljen og ejendomsretten kan det udledes, at disse unægteligt er afhængige af hinanden. Ejendomsretten for den erhvervsdrivende fond kan derved siges at være betinget af stiftertiljen.

At ejendomsretten og stiftertiljen således anskues som værende afhængige af hinanden, gør det i afhandlingen muligt at udlede, at beskyttelsen af de to begreber i henholdsvis grundloven og erhvervsfondsloven ikke er identisk. Erhvervsfondslovens kriterier for beskyttelse af stiftertiljen er blevet fundet mindre restriktive end grundlovens beskyttelse af ejendomsretten. Hvor erhvervsfondsloven kun beskytter stiftertiljen på baggrund af et nødvendighedskriterie og proportionalitetskriterie og uden kompensation herfor, tillader at nødvendighedskriteriet opretholdes, så snart et forhold er uhensigtsmæssigt i forhold til den fondejede virksomhed, er beskyttelsen ved grundloven væsentligt mere omfattende.

Grundloven kræver ud over opretholdelse af et nødvendighedskriterie og proportionalitetskriterie, at der ved et indgreb i ejendomsretten altid skal gives erstatning herfor, medmindre indgrebet anses for af ikke ekspropriativ karakter. Kriterierne herfor er defineret ved overførelseskriteriet, generalitetskriteriet, kausalitetskriteriet og intensitetskriteriet. Alle disse kriterier definerer derved

grænsen for, hvornår der er tale om et ekspropriativt indgreb og da disse kriterier, sammenholdt med erhvervsfondslovens kriterier for ikke ekspropriative indgreb, synes at være mere krævende, er der altså divergens mellem de to loves beskyttelseskriterier.

Af dette følger, at problematikken synes mere alvorlig end først præsenteret. Uanset at de to love ikke er ens på dette punkt, er argumenterne og hensigterne bag beskyttelsen af stiftertiljen stadig forskellige. Mens erhvervsfondsloven fokuserer på virksomhedernes behov, fokuserer grundloven på de grundlæggende rettigheder for samfundet. Derfor er det i afhandlingen blevet nødvendigt at inddrage retsøkonomien, eller som Ørsted fremlagde det, samfundsøkonomiske overvejelser. Formålet hermed er at udlede, hvilken af de to tilgange som synes at være den mest optimale i samfundet, og som altså både fremmer effektivitet og respekterer ejendomsretten, når der sker ændringer i samfundet.

9.4 Vejen til en løsning

Ved at inkludere retsøkonomien i afhandlingen er det blevet udledt, at ejendomsretten ikke begrænser effektivitet, som erhvervsfondsloven ellers kunne synes at indikere, men at eksistensen af ejendomsretten tværtimod bibringer samfundet en øget effektivitet og udvikling. Der er derfor et generelt ønske om at bevare ejendomsretten. Endvidere udledes det af den retsøkonomiske analyse af en erhvervsdrivende fond, at selve stiftelsen af en sådan i sig selv er en gave til samfundet og øger samfundsnyttens. Problemet er da, hvorledes der skal handles, når eksternaliteter opstår og forringer enten samfundet, den fondsejede virksomhed eller stiftertiljen selv. At overdragelsen er baseret på nytte og ikke profitmaksimering, er essentiel for retsøkonomiens behandling, da det betyder, at eventuelle løsninger skal vurderes ud fra et nyttemaksimerende og ikke profitmaksimerende perspektiv.

Ved at inddrage forskellige efficienskriterier i den retsøkonomiske analyse og metoder til at opnå disse efficiente tilstande, er det blevet vist, at retsøkonomien viser vejen til en effektiv og optimal ressourceallokering og fordeling af ejendomsrettigheder i et samfund, når eksternaliteter forekommer over tid. Til bekæmpelse af eksternaliteter kan der ifølge retsøkonomien anvendes forhandling, lovgivning eller en blanding af begge. Sammenholdes disse muligheder og ses i forhold til den erhvervsdrivende fond, kan det ses, at den optimale måde at behandle eksternaliteter på afhænger af situationen og således inkluderer alle mulighederne.

Ved forhandling kan parterne internt fordele rettighederne således, at de ender hos den part, som værdiansætter dem mest, og på den måde opnå et Pareto optimalt resultat. Denne tilgang er optimal så længe den er mulig, og der ikke er for høje transaktionsomkostninger herved. Når den ikke er mulig, kan lovindgreb sørge for enten at gøre det muligt for parterne at forhandle, ved at fjerne unødvendige transaktionsomkostninger, eller lovindgrebet kan foretage en rettighedsfordeling, således at samfundet er stillet bedre i det hele end før og opnå en Kaldor-Hicks efficient tilstand.

Den sidste løsning garanterer dog ikke, at stiftertiljen opretholdes, hvorfor den retsøkonomiske analyse aktualiserer kombinationsmuligheden ved Michelman-kriteriet. Herudfra skal lovindgreb splittes i to yderligere dele, når hensigten er Kaldor-Hicks. En hvor stifter bliver kompenseret for sit tab og en hvor han ikke bliver kompenseret. Kompensationen afhænger af, om indgrebet medfører en samfundsmæssig demoralisering, som påvirker fremtidige fondsdannelser så meget, at det kræver en kompensation for at være effektiv. Der kompenseres, hvis demoraliseringsomkostningerne overstiger kompensationen; omvendt kompenseres ikke, hvis kompensationen ikke overstiger demoraliseringsomkostningerne. Der kompenseres altså, hvis omkostningerne ved at kompensere stifter for indgrebet er

mindre end de omkostninger der er forbundet med et mindre incitament til fremtidige stiftelser af erhvervsdrivende fonde. Ellers kompenseres der ikke. Denne afvejning skal tillige gælde for alle forhandlinger, før at de kan anses som værende efficiente efter ejendomsrettens beskyttelse i økonomisk øjemed.

Ved at applikere retsøkonomiens løsningsmodel på den juridiske disputs er det blevet udledt i afhandlingen, at grundloven stemmer overens med Michelman-kriteriet, hvorimod erhvervsfondsloven søger en løsning ved forhandling og opnåelse af en Pareto optimal tilstand. Ved hjælp af retsøkonomien kan de to loves disputs således forklares ud fra, at hensigterne og efficienskriterierne er forskellige.

Som sådan synes der ikke at være et problem, da den optimale løsning er en kombination af Michelman-kriteriet, Pareto og Kaldor-Hicks. Men den selskabsificering og det øgede hensyn til de fondsejede virksomheder, som ligger i erhvervsfondsloven, gør, at loven bliver fortolket med henblik på profitmaksimering og med henblik på at beskytte stiftertiljen på baggrund af nyttemaksimering. Denne del er uforenelig med den retsøkonomiske løsning på problemstillingen. Samtidig hermed tager erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier ikke højde for den afvejning, som ligger i Michelman-kriteriet, hvilket gør, at der er mulighed for at bedømmelser kan ende med ikke at være efficiente.

9.5 Resultatet: Fondsretten skal følge grundloven og anti-selskabsificeres

Den mindst 200 år gamle disputs omkring ejendomsrettens beskyttelse af stiftertiljen kan løses på en måde, hvor et kompromis kan føre til et fælles samarbejde, hvor alle synes at kunne vinde, og at resultatet ikke kun juridisk, men lige såvel retsøkonomisk, kan anses for optimalt og efficient.

For at dette skal kunne lade sig gøre, skal erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier sættes lig grundlovens, hvilket så vil lede til en opretholdelse af Michelman-kriteriet. Dermed vil der heller ikke fremover kunne sås tvivl om forholdet mellem de to love. Derudover skal der tilføjes erhvervsfondsloven mulighed for at kompensere ved forhandling, men kun hvor det stemmer overens med Michelman-kriteriet. Til gengæld skal de elementer, som drejer erhvervsfondsloven i retning af profitmaksimering, afskaffes, da de ikke leder til en effektiv ressource- eller rettighedsfordeling. Den erhvervsdrivende fond er baseret på nyttemaksimering, og behandlingen af ejendomsretten af en sådan skal derfor også følge af en nyttemaksimeringstilgang.

En sidste betingelse for at kunne opnå efficiens efter retsøkonomiens analyse er, at der foretages indgreb, der kan mindske transaktionsomkostningerne for erhvervsfondslovens forhandlingsgrundlag. Et muligt tiltag her er at følge den svenske fondslovgivning og kræve uddybning af stiftertiljen, således at der ikke, som det kunne ses i Carlsberg-sagen, kan sås tvivl om, hvad stiftertiljen er, og dermed ud fra hvilket nytteperspektiv hans ejendomsret skal beskyttes eller kompenseres for indgreb i samme.

Summary Dansk

Formålet med denne afhandling er, at analysere rækkevidden af den døde hånd for erhvervsdrivende fonde i et juridisk og retsøkonomisk perspektiv. Afhandlingen tager udgangspunkt i Ørstedes artikel fra 1815 ”Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet”. Ørsted præsenterer i artiklen problemet angående ejendomsrettens beskyttelse og fremhæver, at der i samfundet er to forskellige opfattelser af ejendomsrettens beskyttelse. Den ene part fremhæver, at ejendomsretten er absolut og en grundsten for mennesket, den anden mener, at ejendomsretten ikke kan vare ved efter en persons død, men at der i stedet skal tages hensyn til samfundets fremtidige brug af ejendomsretten.

I artiklen identificerer Ørsted 4 grundelementer, der skal tages højde for ved bedømmelse af ejendomsrettens rækkevidde ved de daværende stiftelser i dansk ret. Disse fire elementer omfatter, ejendomsretten forhold til stiftertiljen, betydningen af at ejendomsretten eksisterer, behovet for at samfundet kan ændre i vedtægter efter en stifters død og de samfundsøkonomiske effekter herved.

Her 200 år efter Ørsted artikel er problemstillingen stadig ikke løst. Efter der i 1984 er kommet lovhjemmel for at ændre i vedtægter for erhvervsdrivende fonde og at der med loven af 2014 sættes et endnu større fokus på virksomhedens behov for at ændre i vedtægterne, synes uenighederne om ejendomsretten at være kommet frem igen i litteraturen og i medierne. Derfor er det hensigten med denne afhandling at afslutte Ørsted arbejde eller i det mindste bidrage til, at vi i Danmark kommer nærmere en fælles løsning om ejendomsrettens beskyttelse af stiftertiljen for erhvervsdrivende fonde.

I afhandlingen foretages en analyse af forholdet mellem ejendomsretten og stiftertiljen, for at kunne identificere et fælles grundlag for de videre analyser og det bliver udledt, at ejendomsretten er betinget af stiftertiljen. Herefter foretages der i

afhandlingen en retsdogmatisk analyse af lov om erhvervsdrivende fonde og dennes beskyttelse af stiftertiljen samt en retsdogmatisk analyse af grundlovens § 73 om ejendomsrettens beskyttelse. Ud fra disse to analyser udledes det, at når det kommer til beskyttelsen af stiftertiljen og ejendomsretten, er bedømmelseskriterierne for denne beskyttelse ikke ens i de to love. Den divergens som ses, er, at grundlovens bedømmelse synes at være strengere end erhvervsfondsloven.

Grundlovens § 73 kræver som hovedregel, at alle indgreb i ejendomsretten skal kompenseres med fuld erstatning, medmindre indgrebet kan defineres som værende af ikke ekspropriativ karakter, der giver staten råderum for at foretage visse lovgivningstiltag uden at foretage erstatning herfor. Derimod har erhvervsfondsloven for det første ikke muligheden at foretage erstatning og for der andet giver bedømmelseskriterierne mulighed for at gå ud over grænsen for ikke ekspropriative indgreb jf. grundloven.

Med dette for øje analyseres ejendomsretten i et retsøkonomisk perspektiv, for at dække den sidste af Ørsted 4 grundelementer, samfundsøkonomien og bidrage til en løsning af den juridiske disputs. Det udledes i afhandlingen at ejendomsretten er essentiel for at opnå en høj samfundsnytte. Derudover ses det i afhandlingen, at stiftelsen af erhvervsdrivende fonde ligeledes er med til at forøge samfundsnyttens. Det helt essentielle er, at stifteren baserer sine beslutninger på baggrund af et nyttemaksimeringsperspektiv og ikke et profitmaksimeringsperspektiv. Derfor bør den erhvervsdrivende fond beskyttes mod indgreb, som kan føre til, at der i fremtiden ikke vil stiftes lige så mange erhvervsdrivende fonde pga. manglende respekt af ejendomsretten efter stifters død.

Ud fra retsøkonomien udledes det, at hvis forhandlinger mellem de erhvervsdrivende fonde og fondstilsynet angående vedtægtsændringer kan lade sig gøre, er dette optimalt og vil føre til en Pareto optimal situation. I de situationer, hvor det ikke kan

lade sig gøre, skal lovgiver foretage indgreb, der enten muliggør forhandling eller indgreb, der finder den mest efficiente fordeling af rettigheder efter en Kaldor-Hicks betragtning. Den efficiente fordeling skal findes ved at følge Michelman-kriteriet, der udleder, hvornår der for indgreb, baseret på en Kaldor-Hicks tankegang, skal gives erstatning, ved at inddrage demoraliseringsomkostninger for ejendomsretten i samfundet.

Afhandlingens sidste analyse sætter retsøkonomien overfor den juridiske disput. På baggrund af denne analyse konkluderes det, at grundloven allerede følger Michelman-kriteriet og derfor kan anses som værende efficient. Derimod er erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier ikke efficiente og lovens stigende hensyn til de fondsejede virksomheder har medført, at loven ikke længere kan siges at være baseret på nyttemaksimering, men i højere grad profitmaksimering. Derved er erhvervsfondsloven ikke efficient i forhold til beskyttelsen af ejendomsretten, da denne kræver beskyttelse baseret på et nyttemaksimeringsperspektiv.

Problemet med grundloven er, at den ikke lægger op til forhandling mellem parterne. Der udledes derfor i afhandlingen på baggrund af den retsøkonomiske analyse, at erhvervsfondslovens bedømmelseskriterier kan blive efficiente ved at blive identiske med grundlovens bedømmelseskriterier og ved at der fjernes de bestemmelser, som baseres på et profitmaksimeringsperspektiv. Derudover skal erhvervsfondsloven få muligheden for at kompensere ved forhandlinger, så længe praksis følger Michelman-kriteriet. Til slut konkluderes det i afhandlingen at lovgiver, i stedet for hensynet til virksomheden, skal indføre bestemmelser, der mindsker transaktionsomkostningerne for forhandlingerne mellem de erhvervsdrivende fonde og tilsynet.

Summary English

The purpose of this dissertation is to analyze the scope of the dead hand of industrial foundations in a legal and law and economics perspective. The dissertation is based on Ørsted's article from "Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet".⁷⁰⁸ Ørsted presents in the article the problem of the right to property protection and highlights that in society there are two different notions of property rights protection. One party stresses that ownership is absolute and a cornerstone for mankind, the other believes that ownership cannot persist after a person's death, but instead must take account of society's future use of the property.

The article identifies Ørsted's 4 basic elements to be taken into account in the assessment of the length of property rights by the industrial foundations. These four elements include property rights compared to founders will, the importance of the existence of property rights, the need for society to change the statutes of the charter after a founder's death and the socio-economic effects thereby.

Here, 200 years after Ørsted's article, the issue is still not resolved. In 1984 the industrial foundations got statutory authority to change the statutes in the charters and with the Industrial Foundations Act of 2014, there came an even greater focus on the company's need to change the statutes. This encouraged attention on the old issues again both in the literature and in the media. Therefore, the intention of this dissertation is to finalize Ørsted work or at least contribute to come closer to a common solution on property law protection of the founders' will of industrial foundations.

In this dissertation, an analysis is made of the relationship between property rights and founder will, to identify a common basis for further analysis and it is concluded

⁷⁰⁸ English translation: "About the government's right to cancel or modify the Foundations, as private men have created."

that the property is subject bounded by the founder will. Thereafter a legal dogmatic analysis of the Industrial Foundations Act is made concerning the protection of the founder will and a legal dogmatic analysis of the Danish Constitution § 73 on the right to property protection. From these two analyzes, it is deduced that when it comes to the protection of founder will and property, the evaluation criteria for this protection is not identical in the two laws. The divergence seen is that the Constitution assessment seems to be more stringent than the assessment of the Industrial Foundations Act.

The Danish Constitution § 73 generally requires that any interference with property rights must be compensated with full compensation, unless the interference can be defined as being of no expropriation character that gives the state leeway to make certain necessary legislative measures without making compensation. By contrast, the Industrial Foundations Act gives firstly no possibility to make compensation and secondly it provides the assessment criteria the opportunity to go beyond the limit for non-expropriation intervention based on the constitution.

With this in mind property right is analyzed in a law and economic perspective, to cover the last of Ørsted's 4 basic elements, the economy and contribute to a solution of the legal dispute. It is discharged in the dissertation that property right is essential for achieving a high social utility. In addition, it is seen in the dissertation that the founding of industrial foundations also helps to increase the social utility. The most important function is that the founder bases his decisions on the basis of a utility maximization perspective and not a profit-maximizing perspective. Therefore, the industrial foundation should be protected against interference, which can lead less founded industrial foundations in the future due to the disrespect of the property right after founder's death.

From the law and economic analysis, it is deduced that if negotiations between industrial foundations and the Foundation Supervisory Authority regarding statutory changes can be done, this is optimal and will lead to a Pareto optimal situation. In situations where it cannot be done, the legislature must intervene, either by enhancing negotiation or make intervention that finds the most efficient distribution of property rights after a Kaldor-Hicks consideration. The efficient distribution can be found by following Michelman criterion that emit when interventions, based on a Kaldor-Hicks thought must be given compensation by including the social cost of demoralizing the property right in society.

The last analysis in this dissertation combines the law and economic analysis with the legal dispute. Based on this analysis, it is concluded that the constitution already follows Michelman criterion and therefore can be considered efficient. By contrast, the assessment criteria of the Industrial Foundations Act is not efficient and the increasingly focus on the profits of the foundation owned companies has meant that the law can no longer be said to be based on utility maximization, but rather profit maximization. Thus, the Industrial Foundations Act is not efficient in relation to protection of property, since this site demands protection based on utility maximization perspective.

The problem with the constitution is that it doesn't allow negotiations between the parties. Therefore it is emitted in the dissertation based on the law and economic analysis, that the assessment criteria of the Industrial Foundations Act can be efficient if they become identical to the assessment criteria of the Danish Constitution and by removing the provisions that are based on a profit-maximizing perspective. In addition, it is necessary to allow the opportunity to compensate for negotiations by the Industrial Foundations Act as long as the practice follows Michelman criterion. Finally, it is concluded in the dissertation that the legislature, rather than the interests

of the company must establish rules that reduce transaction costs for negotiations between the corporate funds and supervision.

Litteraturliste

Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret II, 1960

Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret – Bind 1, 1980

Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret – Bind 2, 1980

Alf Ross: Ret og Retfærdighed, 1953

Anders S. Ørsted: Om Regeringens ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, 1815

Anton W. Scheel: Personretten, 1859

Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber, 2015

Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller: Kapital Selskaber og Erhvervsdrivende Fonde, 2015

Carl R.T. Oppermann, Den danske Rets Bestemmelser om Stiftelser, 1860

Carl Torps: Dansk Tingsret, 1916

Christian Knudsen: Økonomisk metodologi bind 2, 1997

Erik Severinsen: Beskatning ved familieoverdragelser, 1969

Erik Werlauff: Centrale fondsretlige problemstillinger, 2012

Erling Eide og Endre Stavang: Rettsøkonomi, 2009

Ernst Andersen: Legater og Stiftelse, 1962

Frank Michelman: Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law – Harvard Law review [Vol. 80, No. 6 (Apr., 1967)] s. 1196

Frederik Vinding Kruse: Ejendomsretten I, 1929

H. B. Krenchel: Håndbog i dansk aktieret, 2. udgave ved Estrid Jacobsen, 1954

Hans Chr. Johansen: Jeg en fond mig bygge vil, 2011

Harold Damsetz: Toward a Theory of Property Rights, 1967

Henrik Hessler: Om Stiftelser – Studier över stiftelseinstituttet i svensk rätt, 1952

Henning Koch: Dansk forfatningsret i transnational belysning, Juristen 1999

Henrik Zahle: Dansk forfatningsret 3, 1998

Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret – Bind 3, 2003

J. H. Mikkelsen og L. Bunch, 1. udgave 2009, Thomson Reuters Professional: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar

J. H. Olivarius, Stiftelser, 1910

Jens P. Christensen: Grundloven – hvorfor og hvordan?, 2002

Jens P. Christensen, Jørgen A. Jensen, Michael H. Jensen: Dansk statsret, 2012

Johannes M. V. Nellesmann: Om Vallø Stifts og Wemmetofte Klosters Retsforhold til Staten, 1972

Jørgen Trolle: Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966, UfR 1967 B

Jytte Heje Mikkelsen & Erik Welauff: Den erhvervsdrivende fond, 2008

Jytte Heje Mikkelsen og Lars Bunch i: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 2009

Katarina Olsson: Näringsdrivande stiftelser, 1996

Knud Illum: Servitutter, 1943

Knud J.V. Jensen: J.C. Jacobsen – en praktisk patriot, 2011

Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard: En fondsbestyrelses arbejde, 2. reviderede udgave, 2001

Lennart Lyng Andersen: Fonde og Foreninger, 2009

Lennart Lyng Andersen: Fra Stiftelse til Fond, 2002

Lennart Lyng Andersen: Lærebog i fondsret, 2010

Lennart Lyng Andersen og Katarina Olsson: Stiftelser i Norden II, 2001

Lennart Lyng Andersen og Katarina Olsson: Stiftelser i Norden III,

Louis Kaplow: A note on subsidizing gifts, 1995

Mads Bryde Andersen: Ret og Metode, 2002

Max Sørensen: Dansk Statsforfatningsret – 2. udgave, 1973

Michael H. Jensen: Beskyttelse af Juridiske Personer Efter Grundlovens § 73, 2006,

Ole Fenger: Lov og ret i Europas historie, Århus, 2001

Orla Friis Jensen: Ejendomsretten og Grundloven, 1979

Orla Friis Jensen: Miljørettens Grundbog, 1986

Oscar A. Borum: Arveretten, 1950

Oscar A. Borum: Dødsgaver – Aftalers Bestaaen Under Forandrede Forhold, 1939

Peter Germer: Statsforfatningsret, 2012

Poul A. Andersen: Dansk Statsforfatningsret, 1954

Poul A. Andersen: Forvaltningsret, 1963

Pranab. K. Dutta: Strategies and Games, 1999

Rasmus Kristian Feldthusen og Martin Poulsen: Erhvervsdrivende fonde – modernisering af erhvervsfondsloven, 2012, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret nr. 1, 2012

Richard A. Posner: The Economics of Justice, 1983

Robert D. Cooter, Thomas Ulen: Law and Economics, 2007

Robert d. Cooter, Thomas Ulen: Law and Economics, 2008

Ronald H. Coase: The problem of social cost, 1960

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø: Retskilder og Retsteorier, 2014

Steven Shavell: Foundations of economic analysis of law, 2004

Stig Luul i *Festskrift til Vinding Kruse, 1940*

Thomas J. Miceli: The economic approach to law, 2004

Thomas Riis: Ophavsret og Retsøkonomi, 1996

Torben Melchior: Artikel om Domstolenes Øgede Politisering (I bogen Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, red.), 2003

Skrifter

Carlsberfondet: Årsskrift 2011

Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen, 1849 (opdelt i 8 dele)

1. s. 31-38
2. s. 2541-2574
3. s. 2589 – 2596
4. s. 2663 – 2684
5. s. 3077-3122
6. s. 3191 – 3202
7. s. 3245 – 3250
8. s. 3637 – 3646

Regulering

Kongelig anordning nr. 155 af 25. maj 1936

Lov nr. 194 af 26. maj 1965, Lov om ændring i fundats af 18. januar 1760 for Arne Magnussens Legat

Lov nr. 712 af 25/06/2014, Lov om erhvervsdrivende fonde

Lov nr. 300 06/06/1984, Lov om fonde og visse foreninger

Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov

Lov nr 515 af 06/06/2007, Arveloven

Lov nr. 286 af 06/06/1984, Lov om erhvervsdrivende fonde

Danmarks Riges Grundlov af 5. Juni 1915

Lbkg. Nr. 560 af 19/05/2010, Bekendtgørelse af lov om erhvervsdrivende fonde

Lbkg. Nr. 652 af 15/06/2006, Bekendtgørelse af lov om erhvervsdrivende fonde

Lbkg. Nr. 1062 af 14/12/2001, Bekendtgørelse af lov om erhvervsdrivende fonde

Lbkg. Nr. 547 af 20/06/1996, Bekendtgørelse af lov om erhvervsdrivende fonde

Lbkg. Nr. 756 af 18/11/199, Bekendtgørelse af lov om erhvervsdrivende fonde

Lbkg. Nr. 862 af 14/12/1990, Bekendtgørelse af lov om erhvervsdrivende fonde

Lbkg. Nr. 571 af 27/09/1988, Bekendtgørelse af lov om erhvervsdrivende fonde

Lbkg. Nr. 64 af 12. marts 1930, Værgens beføjelser og pligter

Lbkg. nr. 1089 af 14/09/2015, Bekendtgørelse af lov om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven)

Lbkg. nr. 1295 15/11/2013, Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

2013/1 LSF 154 – Lovforslag som fremsat

Betænkning om fonde, Betænkning Nr. 970, 1982

Betænkning afgivet af forfatningskommissionen af 1946 – Betænkning til forslag til Danmarks Riges Grundlov

Domme

Øste Landsret, U.f.R. 1930 s. 398

Højesteretsdom U.f.R 1958

U 1958.894H

UfR 1918 953 H

UfR 1967 22 H

UfR 1967 B s. 82f

TITLER I PH.D.SERIEN:**2004**

1. Martin Grieger
Internet-based Electronic Marketplaces and Supply Chain Management
2. Thomas Basbøll
*LIKENESS
A Philosophical Investigation*
3. Morten Knudsen
*Beslutningens vaklen
En systemteoretisk analyse af moderniseringen af et amtskommunalt sundhedsvæsen 1980-2000*
4. Lars Bo Jeppesen
*Organizing Consumer Innovation
A product development strategy that is based on online communities and allows some firms to benefit from a distributed process of innovation by consumers*
5. Barbara Dragsted
*SEGMENTATION IN TRANSLATION AND TRANSLATION MEMORY SYSTEMS
An empirical investigation of cognitive segmentation and effects of integrating a TM system into the translation process*
6. Jeanet Hardis
*Sociale partnerskaber
Et socialkonstruktivistisk casestudie af partnerskabsaktørers virkelighedsopfattelse mellem identitet og legitimitet*
7. Henriette Hallberg Thygesen
System Dynamics in Action
8. Carsten Mejer Plath
Strategisk Økonomistyring
9. Annemette Kjærgaard
Knowledge Management as Internal Corporate Venturing
10. Knut Arne Hovdal
*De professionelle i endring
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur*
11. Søren Jeppesen
*Environmental Practices and Greening Strategies in Small Manufacturing Enterprises in South Africa
– A Critical Realist Approach*
12. Lars Frode Frederiksen
*Industriel forskningsledelse
– på sporet af mønstre og samarbejde i danske forskningsintensive virksomheder*
13. Martin Jes Iversen
*The Governance of GN Great Nordic
– in an age of strategic and structural transitions 1939-1988*
14. Lars Pynt Andersen
*The Rhetorical Strategies of Danish TV Advertising
A study of the first fifteen years with special emphasis on genre and irony*
15. Jakob Rasmussen
Business Perspectives on E-learning
16. Sof Thrane
*The Social and Economic Dynamics of Networks
– a Weberian Analysis of Three Formalised Horizontal Networks*
17. Lene Nielsen
Engaging Personas and Narrative Scenarios – a study on how a user-centered approach influenced the perception of the design process in the e-business group at AstraZeneca
18. S.J Valstad
*Organisationsidentitet
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur*

19. Thomas Lyse Hansen
Six Essays on Pricing and Weather risk in Energy Markets
20. Sabine Madsen
Emerging Methods – An Interpretive Study of ISD Methods in Practice
21. Evis Sinani
The Impact of Foreign Direct Investment on Efficiency, Productivity Growth and Trade: An Empirical Investigation
22. Bent Meier Sørensen
Making Events Work Or, How to Multiply Your Crisis
23. Pernille Schnoor
*Brand Ethos
Om troværdige brand- og virksomhedsidentiteter i et retorisk og diskursteoretisk perspektiv*
24. Sidsel Fabech
*Von welchem Österreich ist hier die Rede?
Diskursive forhandlinger og magtkampe mellem rivaliserende nationale identitetskonstruktioner i østrigske pressediskurser*
25. Klavs Odgaard Christensen
*Sprogpolitik og identitetsdannelse i flersprogede forbundsstater
Et komparativt studie af Schweiz og Canada*
26. Dana B. Minbaeva
Human Resource Practices and Knowledge Transfer in Multinational Corporations
27. Holger Højlund
*Markedets politiske fornuft
Et studie af velfærdens organisering i perioden 1990-2003*
28. Christine Mølgaard Frandsen
*A.s erfaring
Om mellemværendets praktik i en transformation af mennesket og subjektiviteten*
29. Sine Nørholm Just
The Constitution of Meaning – A Meaningful Constitution? Legitimacy, identity, and public opinion in the debate on the future of Europe
- 2005**
1. Claus J. Varnes
Managing product innovation through rules – The role of formal and structured methods in product development
2. Helle Hedegaard Hein
Mellem konflikt og konsensus – Dialogudvikling på hospitalsklinikker
3. Axel Rosenø
Customer Value Driven Product Innovation – A Study of Market Learning in New Product Development
4. Søren Buhl Pedersen
*Making space
An outline of place branding*
5. Camilla Funck Ellehave
*Differences that Matter
An analysis of practices of gender and organizing in contemporary work-places*
6. Rigmor Madeleine Lond
Styring af kommunale forvaltninger
7. Mette Aagaard Andreassen
Supply Chain versus Supply Chain Benchmarking as a Means to Managing Supply Chains
8. Caroline Aggestam-Pontoppidan
*From an idea to a standard
The UN and the global governance of accountants' competence*
9. Norsk ph.d.
10. Vivienne Heng Ker-ni
An Experimental Field Study on the

- Effectiveness of Grocer Media Advertising*
Measuring Ad Recall and Recognition, Purchase Intentions and Short-Term Sales
11. Allan Mortensen
Essays on the Pricing of Corporate Bonds and Credit Derivatives
12. Remo Stefano Chiari
Figure che fanno conoscere
Itinerario sull'idea del valore cognitivo e espressivo della metafora e di altri tropi da Aristotele e da Vico fino al cognitivismo contemporaneo
13. Anders McIlquham-Schmidt
Strategic Planning and Corporate Performance
An integrative research review and a meta-analysis of the strategic planning and corporate performance literature from 1956 to 2003
14. Jens Geersbro
The TDF – PMI Case
Making Sense of the Dynamics of Business Relationships and Networks
15. Mette Andersen
Corporate Social Responsibility in Global Supply Chains
Understanding the uniqueness of firm behaviour
16. Eva Boxenbaum
Institutional Genesis: Micro – Dynamic Foundations of Institutional Change
17. Peter Lund-Thomsen
Capacity Development, Environmental Justice NGOs, and Governance: The Case of South Africa
18. Signe Jarlov
Konstruktioner af offentlig ledelse
19. Lars Stæhr Jensen
Vocabulary Knowledge and Listening Comprehension in English as a Foreign Language
- An empirical study employing data elicited from Danish EFL learners*
20. Christian Nielsen
Essays on Business Reporting
Production and consumption of strategic information in the market for information
21. Marianne Thejls Fischer
Egos and Ethics of Management Consultants
22. Annie Bekke Kjær
Performance management i Process-innovation
– belyst i et social-konstruktivistisk perspektiv
23. Suzanne Dee Pedersen
GENTAGELSENS METAMORFOSE
Om organisering af den kreative gørem i den kunstneriske arbejdspraksis
24. Benedikte Dorte Rosenbrink
Revenue Management
Økonomiske, konkurrencemæssige & organisatoriske konsekvenser
25. Thomas Riise Johansen
Written Accounts and Verbal Accounts
The Danish Case of Accounting and Accountability to Employees
26. Ann Fogelgren-Pedersen
The Mobile Internet: Pioneering Users' Adoption Decisions
27. Birgitte Rasmussen
Ledelse i fællesskab – de tillidsvalgte fornyende rolle
28. Gitte Thit Nielsen
Remerger
– skabende ledelseskrafter i fusion og opkøb
29. Carmine Gioia
A MICROECONOMETRIC ANALYSIS OF MERGERS AND ACQUISITIONS

30. Ole Hinz
Den effektive forandringsleder: pilot, pædagog eller politiker?
Et studie i arbejdslederens meningstilskrivninger i forbindelse med vellykket gennemførelse af ledelsesinitierede forandringsprojekter
31. Kjell-Åge Gotvassli
Et praksisbasert perspektiv på dynamiske læringsnettverk i toppidretten
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur
32. Henriette Langstrup Nielsen
Linking Healthcare
An inquiry into the changing performances of web-based technology for asthma monitoring
33. Karin Tweddell Levinsen
Virtuel Uddannelsespraksis
Master i IKT og Læring – et casestudie i hvordan proaktiv proceshåndtering kan forbedre praksis i virtuelle læringsmiljøer
34. Anika Liversage
Finding a Path
Labour Market Life Stories of Immigrant Professionals
35. Kasper Elmquist Jørgensen
Studier i samspillet mellem stat og erhvervsliv i Danmark under 1. verdenskrig
36. Finn Janning
A DIFFERENT STORY
Seduction, Conquest and Discovery
37. Patricia Ann Plackett
Strategic Management of the Radical Innovation Process
Leveraging Social Capital for Market Uncertainty Management
2. Niels Rom-Poulsen
Essays in Computational Finance
3. Tina Brandt Husman
Organisational Capabilities, Competitive Advantage & Project-Based Organisations
The Case of Advertising and Creative Good Production
4. Mette Rosenkrands Johansen
Practice at the top
– how top managers mobilise and use non-financial performance measures
5. Eva Parum
Corporate governance som strategisk kommunikations- og ledelsesværktøj
6. Susan Aagaard Petersen
Culture's Influence on Performance Management: The Case of a Danish Company in China
7. Thomas Nicolai Pedersen
The Discursive Constitution of Organizational Governance – Between unity and differentiation
The Case of the governance of environmental risks by World Bank environmental staff
8. Cynthia Selin
Volatile Visions: Transactions in Anticipatory Knowledge
9. Jesper Banghøj
Financial Accounting Information and Compensation in Danish Companies
10. Mikkel Lucas Overby
Strategic Alliances in Emerging High-Tech Markets: What's the Difference and does it Matter?
11. Tine Aage
External Information Acquisition of Industrial Districts and the Impact of Different Knowledge Creation Dimensions

2006

1. Christian Vintergaard
Early Phases of Corporate Venturing

- A case study of the Fashion and Design Branch of the Industrial District of Montebelluna, NE Italy*
12. Mikkel Flyverbom
*Making the Global Information Society Governable
On the Governmentality of Multi-Stakeholder Networks*
 13. Anette Grønning
*Personen bag
Tilstedevær i e-mail som interaktionsform mellem kunde og medarbejder i dansk forsikringskontekst*
 14. Jørn Helder
*One Company – One Language?
The NN-case*
 15. Lars Bjerregaard Mikkelsen
*Differing perceptions of customer value
Development and application of a tool for mapping perceptions of customer value at both ends of customer-supplier dyads in industrial markets*
 16. Lise Granerud
*Exploring Learning
Technological learning within small manufacturers in South Africa*
 17. Esben Rahbek Pedersen
*Between Hopes and Realities:
Reflections on the Promises and Practices of Corporate Social Responsibility (CSR)*
 18. Ramona Samson
*The Cultural Integration Model and European Transformation.
The Case of Romania*
- 2007**
1. Jakob Vestergaard
*Discipline in The Global Economy
Panopticism and the Post-Washington Consensus*
 2. Heidi Lund Hansen
*Spaces for learning and working
A qualitative study of change of work, management, vehicles of power and social practices in open offices*
 3. Sudhanshu Rai
*Exploring the internal dynamics of software development teams during user analysis
A tension enabled Institutionalization Model; "Where process becomes the objective"*
 4. Norsk ph.d.
Ej til salg gennem Samfundslitteratur
 5. Serden Ozcan
*EXPLORING HETEROGENEITY IN ORGANIZATIONAL ACTIONS AND OUTCOMES
A Behavioural Perspective*
 6. Kim Sundtoft Hald
*Inter-organizational Performance Measurement and Management in Action
– An Ethnography on the Construction of Management, Identity and Relationships*
 7. Tobias Lindeberg
*Evaluative Technologies
Quality and the Multiplicity of Performance*
 8. Merete Wedell-Wedellsborg
*Den globale soldat
Identitetsdannelse og identitetsledelse i multinationale militære organisationer*
 9. Lars Frederiksen
*Open Innovation Business Models
Innovation in firm-hosted online user communities and inter-firm project ventures in the music industry
– A collection of essays*
 10. Jonas Gabrielsen
Retorisk toposlære – fra statisk 'sted' til persuasiv aktivitet

11. Christian Moldt-Jørgensen
Fra meningsløs til meningsfuld evaluering.
Anvendelsen af studentertilfredsheds-målinger på de korte og mellemlange videregående uddannelser set fra et psykodynamisk systemperspektiv
12. Ping Gao
Extending the application of actor-network theory
Cases of innovation in the telecommunications industry
13. Peter Mejlby
Frihed og fængsel, en del af den samme drøm?
Et phronetisk baseret casestudie af frigørelsens og kontrollens sam-eksistens i værdibaseret ledelse!
14. Kristina Birch
Statistical Modelling in Marketing
15. Signe Poulsen
Sense and sensibility:
The language of emotional appeals in insurance marketing
16. Anders Bjerre Trolle
Essays on derivatives pricing and dynamic asset allocation
17. Peter Feldhütter
Empirical Studies of Bond and Credit Markets
18. Jens Henrik Eggert Christensen
Default and Recovery Risk Modeling and Estimation
19. Maria Theresa Larsen
Academic Enterprise: A New Mission for Universities or a Contradiction in Terms?
Four papers on the long-term implications of increasing industry involvement and commercialization in academia
20. Morten Wellendorf
Postimplementering af teknologi i den offentlige forvaltning
Analysen af en organisations kontinuerlige arbejde med informations-teknologi
21. Ekaterina Mhaanna
Concept Relations for Terminological Process Analysis
22. Stefan Ring Thorbjørnsen
Forsvaret i forandring
Et studie i officerers kapabiliteter under påvirkning af omverdenens forandringspres mod øget styring og læring
23. Christa Breum Amhøj
Det selvskabte medlemskab om managementsstaten, dens styringsteknologier og indbyggere
24. Karoline Bromose
Between Technological Turbulence and Operational Stability
– An empirical case study of corporate venturing in TDC
25. Susanne Justesen
Navigating the Paradoxes of Diversity in Innovation Practice
– A Longitudinal study of six very different innovation processes – in practice
26. Luise Noring Henler
Conceptualising successful supply chain partnerships
– Viewing supply chain partnerships from an organisational culture perspective
27. Mark Mau
Kampen om telefonen
Det danske telefonvæsen under den tyske besættelse 1940-45
28. Jakob Halskov
The semiautomatic expansion of existing terminological ontologies using knowledge patterns discovered

- on the WWW – an implementation and evaluation*
29. Gergana Koleva
European Policy Instruments Beyond Networks and Structure: The Innovative Medicines Initiative
 30. Christian Geisler Asmussen
Global Strategy and International Diversity: A Double-Edged Sword?
 31. Christina Holm-Petersen
*Stolthed og fordom
Kultur- og identitetsarbejde ved skabelsen af en ny sengeafdeling gennem fusion*
 32. Hans Peter Olsen
*Hybrid Governance of Standardized States
Causes and Contours of the Global Regulation of Government Auditing*
 33. Lars Bøge Sørensen
Risk Management in the Supply Chain
 34. Peter Aagaard
*Det unikkes dynamikker
De institutionelle mulighedsbetingelser bag den individuelle udforskning i professionelt og frivilligt arbejde*
 35. Yun Mi Antorini
*Brand Community Innovation
An Intrinsic Case Study of the Adult Fans of LEGO Community*
 36. Joachim Lynggaard Boll
*Labor Related Corporate Social Performance in Denmark
Organizational and Institutional Perspectives*
- 2008**
1. Frederik Christian Vinten
Essays on Private Equity
 2. Jesper Clement
Visual Influence of Packaging Design on In-Store Buying Decisions
 3. Marius Brostrøm Kousgaard
*Tid til kvalitetsmåling?
– Studier af indrulleringsprocesser i forbindelse med introduktionen af kliniske kvalitetsdatabaser i speciallægepraksissektoren*
 4. Irene Skovgaard Smith
*Management Consulting in Action
Value creation and ambiguity in client-consultant relations*
 5. Anders Rom
*Management accounting and integrated information systems
How to exploit the potential for management accounting of information technology*
 6. Marina Candi
Aesthetic Design as an Element of Service Innovation in New Technology-based Firms
 7. Morten Schnack
*Teknologi og tværfaglighed
– en analyse af diskussionen omkring indførelse af EPJ på en hospitalsafdeling*
 8. Helene Balslev Clausen
Juntos pero no revueltos – un estudio sobre emigrantes norteamericanos en un pueblo mexicano
 9. Lise Justesen
*Kunsten at skrive revisionsrapporter.
En beretning om forvaltningsrevisionsens beretninger*
 10. Michael E. Hansen
The politics of corporate responsibility: CSR and the governance of child labor and core labor rights in the 1990s
 11. Anne Roepstorff
Holdning for handling – en etnologisk undersøgelse af Virksomheders Sociale Ansvar/CSR

12. Claus Bajlum
Essays on Credit Risk and Credit Derivatives
13. Anders Bojesen
The Performative Power of Competence – an Inquiry into Subjectivity and Social Technologies at Work
14. Satu Reijonen
*Green and Fragile
A Study on Markets and the Natural Environment*
15. Ilduara Busta
*Corporate Governance in Banking
A European Study*
16. Kristian Anders Hvass
*A Boolean Analysis Predicting Industry Change: Innovation, Imitation & Business Models
The Winning Hybrid: A case study of isomorphism in the airline industry*
17. Trine Paludan
De uvidende og de udviklingsparate Identitet som mulighed og restriktion blandt fabriksarbejdere på det aftayloriserede fabriksgulv
18. Kristian Jakobsen
Foreign market entry in transition economies: Entry timing and mode choice
19. Jakob Elming
Syntactic reordering in statistical machine translation
20. Lars Brømsøe Termansen
*Regional Computable General Equilibrium Models for Denmark
Three papers laying the foundation for regional CGE models with agglomeration characteristics*
21. Mia Reinholt
The Motivational Foundations of Knowledge Sharing
22. Frederikke Krogh-Meibom
*The Co-Evolution of Institutions and Technology
– A Neo-Institutional Understanding of Change Processes within the Business Press – the Case Study of Financial Times*
23. Peter D. Ørberg Jensen
OFFSHORING OF ADVANCED AND HIGH-VALUE TECHNICAL SERVICES: ANTECEDENTS, PROCESS DYNAMICS AND FIRMLEVEL IMPACTS
24. Pham Thi Song Hanh
Functional Upgrading, Relational Capability and Export Performance of Vietnamese Wood Furniture Producers
25. Mads Vangkilde
*Why wait?
An Exploration of first-mover advantages among Danish e-grocers through a resource perspective*
26. Hubert Buch-Hansen
*Rethinking the History of European Level Merger Control
A Critical Political Economy Perspective*
- 2009**
1. Vivian Lindhardsen
From Independent Ratings to Communal Ratings: A Study of CWA Raters' Decision-Making Behaviours
2. Guðrið Weihe
Public-Private Partnerships: Meaning and Practice
3. Chris Nøkkentved
*Enabling Supply Networks with Collaborative Information Infrastructures
An Empirical Investigation of Business Model Innovation in Supplier Relationship Management*
4. Sara Louise Muhr
Wound, Interrupted – On the Vulnerability of Diversity Management

5. Christine Sestoft
Forbrugeradfærd i et Stats- og Livsformsteoretisk perspektiv
6. Michael Pedersen
Tune in, Breakdown, and Reboot: On the production of the stress-fit self-managing employee
7. Salla Lutz
Position and Reposition in Networks – Exemplified by the Transformation of the Danish Pine Furniture Manufacturers
8. Jens Forssbæck
Essays on market discipline in commercial and central banking
9. Tine Murphy
Sense from Silence – A Basis for Organised Action
How do Sensemaking Processes with Minimal Sharing Relate to the Reproduction of Organised Action?
10. Sara Malou Strandvad
Inspirations for a new sociology of art: A sociomaterial study of development processes in the Danish film industry
11. Nicolaas Mouton
On the evolution of social scientific metaphors: A cognitive-historical enquiry into the divergent trajectories of the idea that collective entities – states and societies, cities and corporations – are biological organisms.
12. Lars Andreas Knutsen
Mobile Data Services: Shaping of user engagements
13. Nikolaos Theodoros Korfiatis
Information Exchange and Behavior
A Multi-method Inquiry on Online Communities
14. Jens Albæk
Forestillinger om kvalitet og tværfaglighed på sygehuse
– skabelse af forestillinger i læge- og plejegrupperne angående relevans af nye idéer om kvalitetsudvikling gennem tolkningsprocesser
15. Maja Lotz
The Business of Co-Creation – and the Co-Creation of Business
16. Gitte P. Jakobsen
Narrative Construction of Leader Identity in a Leader Development Program Context
17. Dorte Hermansen
“Living the brand” som en brandorienteret dialogisk praksis: Om udvikling af medarbejdernes brandorienterede dømmekraft
18. Aseem Kinra
Supply Chain (logistics) Environmental Complexity
19. Michael Nørager
How to manage SMEs through the transformation from non innovative to innovative?
20. Kristin Wallevik
Corporate Governance in Family Firms
The Norwegian Maritime Sector
21. Bo Hansen Hansen
Beyond the Process
Enriching Software Process Improvement with Knowledge Management
22. Annemette Skot-Hansen
Franske adjektivisk afledte adverbier, der tager præpositionssyntagmer indledt med præpositionen à som argumenter
En valensgrammatisk undersøgelse
23. Line Gry Knudsen
Collaborative R&D Capabilities
In Search of Micro-Foundations

24. Christian Scheuer
*Employers meet employees
Essays on sorting and globalization*
25. Rasmus Johnsen
*The Great Health of Melancholy
A Study of the Pathologies of Performativity*
26. Ha Thi Van Pham
*Internationalization, Competitiveness
Enhancement and Export Performance
of Emerging Market Firms:
Evidence from Vietnam*
27. Henriette Balieu
*Kontrollbegrebets betydning for kausalalternationen i spansk
En kognitiv-typologisk analyse*
- 2010**
1. Yen Tran
*Organizing Innovation in Turbulent
Fashion Market
Four papers on how fashion firms create and appropriate innovation value*
2. Anders Raastrup Kristensen
*Metaphysical Labour
Flexibility, Performance and Commitment in Work-Life Management*
3. Margrét Sigrún Sigurdardóttir
*Dependently independent
Co-existence of institutional logics in the recorded music industry*
4. Ásta Dis Óladóttir
*Internationalization from a small domestic base:
An empirical analysis of Economics and Management*
5. Christine Secher
E-deltagelse i praksis – politikernes og forvaltningens medkonstruktion og konsekvenserne heraf
6. Marianne Stang Våland
What we talk about when we talk about space:
7. Rex Degnegaard
*Strategic Change Management
Change Management Challenges in the Danish Police Reform*
8. Ulrik Schultz Brix
*Værdi i rekruttering – den sikre beslutning
En pragmatisk analyse af perception og synliggørelse af værdi i rekrutterings- og udvælgelsesarbejdet*
9. Jan Ole Similå
*Kontraktsledelse
Relasjonen mellom virksomhetsledelse og kontraktshåndtering, belyst via fire norske virksomheter*
10. Susanne Boch Waldorff
Emerging Organizations: In between local translation, institutional logics and discourse
11. Brian Kane
*Performance Talk
Next Generation Management of Organizational Performance*
12. Lars Ohnemus
*Brand Thrust: Strategic Branding and Shareholder Value
An Empirical Reconciliation of two Critical Concepts*
13. Jesper Schlamovitz
Håndtering af usikkerhed i film- og byggeprojekter
14. Tommy Moesby-Jensen
*Det faktiske livs forbindtlighed
Føroskratisk informeret, ny-aristotelisk ἦθος-tænkning hos Martin Heidegger*
15. Christian Fich
*Two Nations Divided by Common Values
French National Habitus and the Rejection of American Power*

16. Peter Beyer
Processer, sammenhængskraft og fleksibilitet
Et empirisk casestudie af omstillingsforløb i fire virksomheder
17. Adam Buchhorn
Markets of Good Intentions
Constructing and Organizing Biogas Markets Amid Fragility and Controversy
18. Cecilie K. Moesby-Jensen
Social læring og fælles praksis
Et mixed method studie, der belyser læringskonsekvenser af et lederkursus for et praksisfællesskab af offentlige mellemledere
19. Heidi Boye
Fødevarer og sundhed i sen-modernismen
– En indsigt i hyggefænomenet og de relaterede fødevarerpraksisser
20. Kristine Munkgård Pedersen
Flygtige forbindelser og midlertidige mobiliseringer
Om kulturel produktion på Roskilde Festival
21. Oliver Jacob Weber
Causes of Intercompany Harmony in Business Markets – An Empirical Investigation from a Dyad Perspective
22. Susanne Ekman
Authority and Autonomy
Paradoxes of Modern Knowledge Work
23. Anette Frey Larsen
Kvalitetsledelse på danske hospitaler
– Ledelsernes indflydelse på introduktion og vedligeholdelse af kvalitetsstrategier i det danske sundhedsvæsen
24. Toyoko Sato
Performativity and Discourse: Japanese Advertisements on the Aesthetic Education of Desire
25. Kenneth Brinch Jensen
Identifying the Last Planner System
Lean management in the construction industry
26. Javier Busquets
Orchestrating Network Behavior for Innovation
27. Luke Patey
The Power of Resistance: India's National Oil Company and International Activism in Sudan
28. Mette Vedel
Value Creation in Triadic Business Relationships. Interaction, Interconnection and Position
29. Kristian Tørning
Knowledge Management Systems in Practice – A Work Place Study
30. Qingxin Shi
An Empirical Study of Thinking Aloud
Usability Testing from a Cultural Perspective
31. Tanja Juul Christiansen
Corporate blogging: Medarbejderes kommunikative handlekraft
32. Malgorzata Ciesielska
Hybrid Organisations.
A study of the Open Source – business setting
33. Jens Dick-Nielsen
Three Essays on Corporate Bond Market Liquidity
34. Sabrina Speiermann
Modstandens Politik
Kampagnestyling i Velfærdsstaten.
En diskussion af trafikcampagners styringspotentiale
35. Julie Uldam
Fickle Commitment. Fostering political engagement in 'the flighty world of online activism'

36. Annegrete Juul Nielsen
Traveling technologies and transformations in health care
37. Athur Mühlen-Schulte
Organising Development Power and Organisational Reform in the United Nations Development Programme
38. Louise Rygaard Jonas
Branding på butiksgulvet Et case-studie af kultur- og identitetsarbejdet i Kvickly
8. Ole Helby Petersen
Public-Private Partnerships: Policy and Regulation – With Comparative and Multi-level Case Studies from Denmark and Ireland
9. Morten Krogh Petersen
'Good' Outcomes. Handling Multiplicity in Government Communication
10. Kristian Tangsgaard Hvelplund
Allocation of cognitive resources in translation - an eye-tracking and key-logging study

2011

1. Stefan Fraenkel
Key Success Factors for Sales Force Readiness during New Product Launch A Study of Product Launches in the Swedish Pharmaceutical Industry
2. Christian Plesner Rossing
International Transfer Pricing in Theory and Practice
3. Tobias Dam Hede
Samtalekunst og ledelsesdisciplin – en analyse af coachingsdiskursens genealogi og governmentality
4. Kim Pettersson
Essays on Audit Quality, Auditor Choice, and Equity Valuation
5. Henrik Merkelsen
The expert-lay controversy in risk research and management. Effects of institutional distances. Studies of risk definitions, perceptions, management and communication
6. Simon S. Torp
Employee Stock Ownership: Effect on Strategic Management and Performance
7. Mie Harder
Internal Antecedents of Management Innovation
11. Moshe Yonatany
The Internationalization Process of Digital Service Providers
12. Anne Vestergaard
Distance and Suffering Humanitarian Discourse in the age of Mediatization
13. Thorsten Mikkelsen
Personlighedens indflydelse på forretningsrelationer
14. Jane Thostrup Jagd
Hvorfor fortsætter fusionsbølgen udover "the tipping point"? – en empirisk analyse af information og kognitioner om fusioner
15. Gregory Gimpel
Value-driven Adoption and Consumption of Technology: Understanding Technology Decision Making
16. Thomas Stengade Sønderkov
Den nye mulighed Social innovation i en forretningsmæssig kontekst
17. Jeppe Christoffersen
Donor supported strategic alliances in developing countries
18. Vibeke Vad Baunsgaard
Dominant Ideological Modes of Rationality: Cross functional

- integration in the process of product innovation*
19. Throstur Olaf Sigurjonsson
Governance Failure and Iceland's Financial Collapse
 20. Allan Sall Tang Andersen
Essays on the modeling of risks in interest-rate and inflation markets
 21. Heidi Tscherning
Mobile Devices in Social Contexts
 22. Birgitte Gorm Hansen
Adapting in the Knowledge Economy Lateral Strategies for Scientists and Those Who Study Them
 23. Kristina Vaarst Andersen
Optimal Levels of Embeddedness The Contingent Value of Networked Collaboration
 24. Justine Grøn bæk Pors
Noisy Management A History of Danish School Governing from 1970-2010
 25. Stefan Linder
Micro-foundations of Strategic Entrepreneurship Essays on Autonomous Strategic Action
 26. Xin Li
Toward an Integrative Framework of National Competitiveness An application to China
 27. Rune Thorbjørn Clausen
Værdifuld arkitektur Et eksplorativt studie af bygningers rolle i virksomheders værdiskabelse
 28. Monica Viken
Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett
 29. Christian Wymann
Tattooing The Economic and Artistic Constitution of a Social Phenomenon
 30. Sanne Frandsen
Productive Incoherence A Case Study of Branding and Identity Struggles in a Low-Prestige Organization
 31. Mads Stenbo Nielsen
Essays on Correlation Modelling
 32. Ivan Häuser
Følelse og sprog Etablering af en ekspressiv kategori, eksemplificeret på russisk
 33. Sebastian Schwenen
Security of Supply in Electricity Markets
- 2012**
1. Peter Holm Andreasen
The Dynamics of Procurement Management - A Complexity Approach
 2. Martin Haulrich
Data-Driven Bitext Dependency Parsing and Alignment
 3. Line Kirkegaard
Konsulenten i den anden nat En undersøgelse af det intense arbejdsliv
 4. Tonny Stenheim
Decision usefulness of goodwill under IFRS
 5. Morten Lind Larsen
Produktivitet, vækst og velfærd Industrirådet og efterkrigstidens Danmark 1945 - 1958
 6. Petter Berg
Cartel Damages and Cost Asymmetries
 7. Lynn Kahle
Experiential Discourse in Marketing A methodical inquiry into practice and theory
 8. Anne Roelsgaard Obling
Management of Emotions in Accelerated Medical Relationships

9. Thomas Frandsen
Managing Modularity of Service Processes Architecture
10. Carina Christine Skovmøller
*CSR som noget særligt
Et casestudie om styring og menings-skabelse i relation til CSR ud fra en intern optik*
11. Michael Tell
*Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter
En skatterelig analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C*
12. Morten Holm
*Customer Profitability Measurement Models
Their Merits and Sophistication across Contexts*
13. Katja Joo Dyppe
*Beskatning af derivater
En analyse af dansk skatteret*
14. Esben Anton Schultz
*Essays in Labor Economics
Evidence from Danish Micro Data*
15. Carina Risvig Hansen
"Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive"
16. Anja Svejgaard Pors
Iværksættelse af kommunikation - patientfigurer i hospitalets strategiske kommunikation
17. Frans Bévort
*Making sense of management with logics
An ethnographic study of accountants who become managers*
18. René Kallestrup
The Dynamics of Bank and Sovereign Credit Risk
19. Brett Crawford
*Revisiting the Phenomenon of Interests in Organizational Institutionalism
The Case of U.S. Chambers of Commerce*
20. Mario Daniele Amore
Essays on Empirical Corporate Finance
21. Arne Stjernholm Madsen
The evolution of innovation strategy Studied in the context of medical device activities at the pharmaceutical company Novo Nordisk A/S in the period 1980-2008
22. Jacob Holm Hansen
*Is Social Integration Necessary for Corporate Branding?
A study of corporate branding strategies at Novo Nordisk*
23. Stuart Webber
Corporate Profit Shifting and the Multinational Enterprise
24. Helene Ratner
*Promises of Reflexivity
Managing and Researching Inclusive Schools*
25. Therese Strand
The Owners and the Power: Insights from Annual General Meetings
26. Robert Gavin Strand
In Praise of Corporate Social Responsibility Bureaucracy
27. Nina Sormunen
*Auditor's going-concern reporting
Reporting decision and content of the report*
28. John Bang Mathiasen
*Learning within a product development working practice:
- an understanding anchored in pragmatism*
29. Philip Holst Riis
Understanding Role-Oriented Enterprise Systems: From Vendors to Customers
30. Marie Lisa Dacanay
*Social Enterprises and the Poor
Enhancing Social Entrepreneurship and Stakeholder Theory*

31. Fumiko Kano Glückstad
Bridging Remote Cultures: Cross-lingual concept mapping based on the information receiver's prior-knowledge
32. Henrik Barslund Fosse
Empirical Essays in International Trade
33. Peter Alexander Albrecht
*Foundational hybridity and its reproduction
Security sector reform in Sierra Leone*
34. Maja Rosenstock
*CSR - hvor svært kan det være?
Kulturanalytisk casestudie om udfordringer og dilemmaer med at forankre Coops CSR-strategi*
35. Jeanette Rasmussen
*Tweens, medier og forbrug
Et studie af 10-12 årige danske børns brug af internettet, opfattelse og forståelse af markedsføring og forbrug*
36. Ib Tunby Gulbrandsen
*'This page is not intended for a US Audience'
A five-act spectacle on online communication, collaboration & organization.*
37. Kasper Aalling Teilmann
Interactive Approaches to Rural Development
38. Mette Mogensen
*The Organization(s) of Well-being and Productivity
(Re)assembling work in the Danish Post*
39. Søren Friis Møller
*From Disinterestedness to Engagement
Towards Relational Leadership In the Cultural Sector*
40. Nico Peter Berhausen
Management Control, Innovation and Strategic Objectives – Interactions and Convergence in Product Development Networks
41. Balder Onarheim
*Creativity under Constraints
Creativity as Balancing 'Constrainedness'*
42. Haoyong Zhou
Essays on Family Firms
43. Elisabeth Naima Mikkelsen
*Making sense of organisational conflict
An empirical study of enacted sense-making in everyday conflict at work*
- 2013**
1. Jacob Lyngsie
Entrepreneurship in an Organizational Context
2. Signe Groth-Brodersen
*Fra ledelse til selvet
En socialpsykologisk analyse af forholdet imellem selvedelse, ledelse og stress i det moderne arbejdsliv*
3. Nis Høyrup Christensen
Shaping Markets: A Neoinstitutional Analysis of the Emerging Organizational Field of Renewable Energy in China
4. Christian Edelvold Berg
*As a matter of size
THE IMPORTANCE OF CRITICAL MASS AND THE CONSEQUENCES OF SCARCITY FOR TELEVISION MARKETS*
5. Christine D. Isakson
*Coworker Influence and Labor Mobility
Essays on Turnover, Entrepreneurship and Location Choice in the Danish Maritime Industry*
6. Niels Joseph Jerne Lennon
*Accounting Qualities in Practice
Rhizomatic stories of representational faithfulness, decision making and control*
7. Shannon O'Donnell
*Making Ensemble Possible
How special groups organize for collaborative creativity in conditions of spatial variability and distance*

8. Robert W. D. Veitch
*Access Decisions in a Partly-Digital World
Comparing Digital Piracy and Legal Modes for Film and Music*
9. Marie Mathiesen
*Making Strategy Work
An Organizational Ethnography*
10. Arisa Shollo
The role of business intelligence in organizational decision-making
11. Mia Kaspersen
The construction of social and environmental reporting
12. Marcus Møller Larsen
The organizational design of offshoring
13. Mette Ohm Rørdam
*EU Law on Food Naming
The prohibition against misleading names in an internal market context*
14. Hans Peter Rasmussen
*GIV EN GED!
Kan giver-idealiteter forklare støtte til velgørenhed og understøtte relationsopbygning?*
15. Ruben Schachtenhaufen
Fonetisk reduktion i dansk
16. Peter Koerver Schmidt
*Dansk CFC-beskatning
I et internationalt og komparativt perspektiv*
17. Morten Froholdt
*Strategi i den offentlige sektor
En kortlægning af styringsmæssig kontekst, strategisk tilgang, samt anvendte redskaber og teknologier for udvalgte danske statslige styrelser*
18. Annette Camilla Sjørup
*Cognitive effort in metaphor translation
An eye-tracking and key-logging study*
19. Tamara Stucchi
*The Internationalization of Emerging Market Firms:
A Context-Specific Study*
20. Thomas Lopdrup-Hjorth
*"Let's Go Outside":
The Value of Co-Creation*
21. Ana Alačovska
*Genre and Autonomy in Cultural Production
The case of travel guidebook production*
22. Marius Gudmand-Høyer
*Stemningsindssygdommens historie i det 19. århundrede
Omtydningen af melankolien og manien som bipolære stemningslidelser i dansk sammenhæng under hensyn til dannelsen af det moderne følelseslivs relative autonomi.
En problematiserings- og erfarings-analytisk undersøgelse*
23. Lichen Alex Yu
*Fabricating an S&OP Process
Circulating References and Matters of Concern*
24. Esben Alfort
*The Expression of a Need
Understanding search*
25. Trine Pallesen
*Assembling Markets for Wind Power
An Inquiry into the Making of Market Devices*
26. Anders Koed Madsen
*Web-Visions
Repurposing digital traces to organize social attention*
27. Lærke Højgaard Christiansen
BREWING ORGANIZATIONAL RESPONSES TO INSTITUTIONAL LOGICS
28. Tommy Kjær Lassen
*EGENTLIG SELVLEDELSE
En ledelsesfilosofisk afhandling om selvledelsens paradoksale dynamik og eksistentielle engagement*

29. Morten Rossing
Local Adaption and Meaning Creation in Performance Appraisal
30. Søren Obed Madsen
*Lederen som oversætter
Et oversættelsesteoretisk perspektiv på strategisk arbejde*
31. Thomas Høgenhaven
*Open Government Communities
Does Design Affect Participation?*
32. Kirstine Zinck Pedersen
*Failsafe Organizing?
A Pragmatic Stance on Patient Safety*
33. Anne Petersen
*Hverdagslogikker i psykiatrisk arbejde
En institutionsetnografisk undersøgelse af hverdagen i psykiatriske organisationer*
34. Didde Maria Humle
Fortællinger om arbejde
35. Mark Holst-Mikkelsen
*Strategieksekvering i praksis
– barrierer og muligheder!*
36. Malek Maalouf
*Sustaining lean
Strategies for dealing with organizational paradoxes*
37. Nicolaj Tofte Brenneche
*Systemic Innovation In The Making
The Social Productivity of Cartographic Crisis and Transitions in the Case of SEET*
38. Morten Gylling
*The Structure of Discourse
A Corpus-Based Cross-Linguistic Study*
39. Binzhang YANG
*Urban Green Spaces for Quality Life
- Case Study: the landscape architecture for people in Copenhagen*
40. Michael Friis Pedersen
*Finance and Organization:
The Implications for Whole Farm Risk Management*
41. Even Fallan
Issues on supply and demand for environmental accounting information
42. Ather Nawaz
*Website user experience
A cross-cultural study of the relation between users' cognitive style, context of use, and information architecture of local websites*
43. Karin Beukel
The Determinants for Creating Valuable Inventions
44. Arjan Markus
*External Knowledge Sourcing and Firm Innovation
Essays on the Micro-Foundations of Firms' Search for Innovation*
- 2014**
1. Solon Moreira
Four Essays on Technology Licensing and Firm Innovation
2. Karin Strzeletz Ivertsen
*Partnership Drift in Innovation Processes
A study of the Think City electric car development*
3. Kathrine Hoffmann Pii
Responsibility Flows in Patient-centred Prevention
4. Jane Bjørn Vedel
*Managing Strategic Research
An empirical analysis of science-industry collaboration in a pharmaceutical company*
5. Martin Gylling
*Processuel strategi i organisationer
Monografi om dobbeltheden i tænkning af strategi, dels som vidensfelt i organisationsteori, dels som kunstnerisk tilgang til at skabe i erhvervsmæssig innovation*

6. Linne Marie Lauesen
Corporate Social Responsibility in the Water Sector: How Material Practices and their Symbolic and Physical Meanings Form a Colonising Logic
7. Maggie Qiuzhu Mei
LEARNING TO INNOVATE: The role of ambidexterity, standard, and decision process
8. Inger Hædt-Rasmussen
Developing Identity for Lawyers Towards Sustainable Lawyering
9. Sebastian Fux
Essays on Return Predictability and Term Structure Modelling
10. Thorbjørn N. M. Lund-Poulsen
Essays on Value Based Management
11. Oana Brindusa Albu
Transparency in Organizing: A Performative Approach
12. Lena Olaison
Entrepreneurship at the limits
13. Hanne Sørum
DRESSED FOR WEB SUCCESS? An Empirical Study of Website Quality in the Public Sector
14. Lasse Folke Henriksen
Knowing networks How experts shape transnational governance
15. Maria Halbinger
Entrepreneurial Individuals Empirical Investigations into Entrepreneurial Activities of Hackers and Makers
16. Robert Spliid
Kapitalfondenes metoder og kompetencer
17. Christiane Stelling
Public-private partnerships & the need, development and management of trusting A processual and embedded exploration
18. Marta Gasparin
Management of design as a translation process
19. Kåre Moberg
Assessing the Impact of Entrepreneurship Education From ABC to PhD
20. Alexander Cole
Distant neighbors Collective learning beyond the cluster
21. Martin Møller Boje Rasmussen
Is Competitiveness a Question of Being Alike? How the United Kingdom, Germany and Denmark Came to Compete through their Knowledge Regimes from 1993 to 2007
22. Anders Ravn Sørensen
Studies in central bank legitimacy, currency and national identity Four cases from Danish monetary history
23. Nina Bellak
Can Language be Managed in International Business? Insights into Language Choice from a Case Study of Danish and Austrian Multinational Corporations (MNCs)
24. Rikke Kristine Nielsen
Global Mindset as Managerial Meta-competence and Organizational Capability: Boundary-crossing Leadership Cooperation in the MNC The Case of 'Group Mindset' in Solar A/S.
25. Rasmus Koss Hartmann
User Innovation inside government Towards a critically performative foundation for inquiry

26. Kristian Gylling Olesen
Flertydig og emergerende ledelse i folkeskolen
Et aktør-netværksteoretisk ledelsesstudie af politiske evalueringsreformers betydning for ledelse i den danske folkeskole
27. Troels Riis Larsen
Kampen om Danmarks omdømme 1945-2010
Omdømmearbejde og omdømmepolitik
28. Klaus Majgaard
Jagten på autenticitet i offentlig styring
29. Ming Hua Li
Institutional Transition and Organizational Diversity: Differentiated internationalization strategies of emerging market state-owned enterprises
30. Sofie Blinkenberg Federspiel
IT, organisation og digitalisering: Institutionelt arbejde i den kommunale digitaliseringsproces
31. Elvi Weinreich
Hvilke offentlige ledere er der brug for når velfærdstænkningen flytter sig – er Diplomuddannelsens lederprofil svaret?
32. Ellen Mølgaard Korsager
Self-conception and image of context in the growth of the firm – A Penrosian History of Fiberline Composites
33. Else Skjold
The Daily Selection
34. Marie Louise Conradsen
The Cancer Centre That Never Was
The Organisation of Danish Cancer Research 1949-1992
35. Virgilio Failla
Three Essays on the Dynamics of Entrepreneurs in the Labor Market
36. Nicky Nedergaard
Brand-Based Innovation
Relational Perspectives on Brand Logics and Design Innovation Strategies and Implementation
37. Mads Gjedsted Nielsen
Essays in Real Estate Finance
38. Kristin Martina Brandl
Process Perspectives on Service Offshoring
39. Mia Rosa Koss Hartmann
In the gray zone
With police in making space for creativity
40. Karen Ingerslev
Healthcare Innovation under The Microscope
Framing Boundaries of Wicked Problems
41. Tim Neerup Thomsen
Risk Management in large Danish public capital investment programmes
- 2015**
1. Jakob Ion Wille
Film som design
Design af levende billeder i film og tv-serier
2. Christiane Mossin
Interzones of Law and Metaphysics
Hierarchies, Logics and Foundations of Social Order seen through the Prism of EU Social Rights
3. Thomas Tøth
TRUSTWORTHINESS: ENABLING GLOBAL COLLABORATION
An Ethnographic Study of Trust, Distance, Control, Culture and Boundary Spanning within Offshore Outsourcing of IT Services
4. Steven Højlund
Evaluation Use in Evaluation Systems – The Case of the European Commission

5. Julia Kirch Kirkegaard
AMBIGUOUS WINDS OF CHANGE – OR FIGHTING AGAINST WINDMILLS IN CHINESE WIND POWER
A CONSTRUCTIVIST INQUIRY INTO CHINA'S PRAGMATICS OF GREEN MARKETISATION
MAPPING CONTROVERSIES OVER A POTENTIAL TURN TO QUALITY IN CHINESE WIND POWER
6. Michelle Carol Antero
A Multi-case Analysis of the Development of Enterprise Resource Planning Systems (ERP) Business Practices

Morten Friis-Olivarius
The Associative Nature of Creativity
7. Mathew Abraham
New Cooperativism: A study of emerging producer organisations in India
8. Stine Hedegaard
Sustainability-Focused Identity: Identity work performed to manage, negotiate and resolve barriers and tensions that arise in the process of constructing or ganizational identity in a sustainability context
9. Cecilie Glerup
Organizing Science in Society – the conduct and justification of resposible research
10. Allan Salling Pedersen
Implementering af ITIL® IT-governance - når best practice konflikter med kulturen
Løsning af implementerings-problemer gennem anvendelse af kendte CSF i et aktionsforskningsforløb.
11. Nihat Misir
A Real Options Approach to Determining Power Prices
12. Mamdouh Medhat
MEASURING AND PRICING THE RISK OF CORPORATE FAILURES
13. Rina Hansen
Toward a Digital Strategy for Omnichannel Retailing
14. Eva Pallesen
In the rhythm of welfare creation
A relational processual investigation moving beyond the conceptual horizon of welfare management
15. Gouya Harirchi
In Search of Opportunities: Three Essays on Global Linkages for Innovation
16. Lotte Holck
Embedded Diversity: A critical ethnographic study of the structural tensions of organizing diversity
17. Jose Daniel Balarezo
Learning through Scenario Planning
18. Louise Pram Nielsen
Knowledge dissemination based on terminological ontologies. Using eye tracking to further user interface design.
19. Sofie Dam
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS FOR INNOVATION AND SUSTAINABILITY TRANSFORMATION
An embedded, comparative case study of municipal waste management in England and Denmark
20. Ulrik Hartmyer Christiansen
Follwoing the Content of Reported Risk Across the Organization
21. Guro Refsum Sanden
Language strategies in multinational corporations. A cross-sector study of financial service companies and manufacturing companies.
22. Linn Gevoll
Designing performance management for operational level
- A closer look on the role of design choices in framing coordination and motivation

23. Frederik Larsen
*Objects and Social Actions
– on Second-hand Valuation Practices*
24. Thorhildur Hansdottir Jetzek
*The Sustainable Value of Open
Government Data
Uncovering the Generative Mechanisms
of Open Data through a Mixed
Methods Approach*
25. Gustav Toppenberg
*Innovation-based M&A
– Technological-Integration
Challenges – The Case of
Digital-Technology Companies*
26. Mie Plotnikof
*Challenges of Collaborative
Governance
An Organizational Discourse Study
of Public Managers' Struggles
with Collaboration across the
Daycare Area*
27. Christian Garmann Johnsen
*Who Are the Post-Bureaucrats?
A Philosophical Examination of the
Creative Manager, the Authentic Leader
and the Entrepreneur*
28. Jacob Brogaard-Kay
*Constituting Performance Management
A field study of a pharmaceutical
company*
29. Rasmus Ploug Jenle
*Engineering Markets for Control:
Integrating Wind Power into the Danish
Electricity System*
30. Morten Lindholst
*Complex Business Negotiation:
Understanding Preparation and
Planning*
31. Morten Grynings
*TRUST AND TRANSPARENCY FROM AN
ALIGNMENT PERSPECTIVE*
32. Peter Andreas Norn
*Byregimer og styringsevne: Politisk
lederskab af store byudviklingsprojekter*
33. Milan Miric
*Essays on Competition, Innovation and
Firm Strategy in Digital Markets*
34. Sanne K. Hjordrup
*The Value of Talent Management
Rethinking practice, problems and
possibilities*
35. Johanna Sax
*Strategic Risk Management
– Analyzing Antecedents and
Contingencies for Value Creation*
36. Pernille Rydén
Strategic Cognition of Social Media
37. Mimmi Sjöklint
*The Measurable Me
- The Influence of Self-tracking on the
User Experience*
38. Juan Ignacio Staricco
*Towards a Fair Global Economic
Regime? A critical assessment of Fair
Trade through the examination of the
Argentinean wine industry*
39. Marie Henriette Madsen
*Emerging and temporary connections
in Quality work*
40. Yangfeng CAO
*Toward a Process Framework of
Business Model Innovation in the
Global Context
Entrepreneurship-Enabled Dynamic
Capability of Medium-Sized
Multinational Enterprises*
41. Carsten Scheiby
*Enactment of the Organizational Cost
Structure in Value Chain Configuration
A Contribution to Strategic Cost
Management*

2016

1. Signe Sofie Dyrby
Enterprise Social Media at Work
2. Dorte Boesby Dahl
*The making of the public parking attendant
Dirt, aesthetics and inclusion in public service work*
3. Verena Girschik
*Realizing Corporate Responsibility
Positioning and Framing in Nascent Institutional Change*
4. Anders Ørding Olsen
*IN SEARCH OF SOLUTIONS
Inertia, Knowledge Sources and Diversity in Collaborative Problem-solving*
5. Pernille Steen Pedersen
*Udkast til et nyt copingbegreb
En kvalifikation af ledelsesmuligheder for at forebygge sygefravær ved psykiske problemer.*
6. Kerli Kant Hvass
*Weaving a Path from Waste to Value:
Exploring fashion industry business models and the circular economy*
7. Kasper Lindschow
*Exploring Digital News Publishing
Business Models – a production network approach*
8. Mikkel Mouritz Marfelt
*The chameleon workforce:
Assembling and negotiating the content of a workforce*
9. Marianne Bertelsen
*Aesthetic encounters
Rethinking autonomy, space & time in today's world of art*
10. Louise Hauberg Wilhelmsen
EU PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION
11. Abid Hussain
On the Design, Development and Use of the Social Data Analytics Tool (SODATO): Design Propositions, Patterns, and Principles for Big Social Data Analytics
12. Mark Bruun
Essays on Earnings Predictability
13. Tor Bøe-Lillegraven
BUSINESS PARADOXES, BLACK BOXES, AND BIG DATA: BEYOND ORGANIZATIONAL AMBIDEXTERITY
14. Hadis Khonsary-Atighi
ECONOMIC DETERMINANTS OF DOMESTIC INVESTMENT IN AN OIL-BASED ECONOMY: THE CASE OF IRAN (1965-2010)
15. Maj Lervad Grasten
*Rule of Law or Rule by Lawyers?
On the Politics of Translation in Global Governance*
16. Lene Granzau Juel-Jacobsen
SUPERMARKEDETS MODUS OPERANDI – en hverdagssociologisk undersøgelse af forholdet mellem rum og handlen og understøtte relationsopbygning?
17. Christine Thalsgård Henriques
In search of entrepreneurial learning – Towards a relational perspective on incubating practices?
18. Patrick Bennett
Essays in Education, Crime, and Job Displacement
19. Søren Korsgaard
Payments and Central Bank Policy
20. Marie Kruse Skibsted
Empirical Essays in Economics of Education and Labor
21. Elizabeth Benedict Christensen
*The Constantly Contingent Sense of Belonging of the 1.5 Generation Undocumented Youth
An Everyday Perspective*

22. Lasse J. Jessen
*Essays on Discounting Behavior and
Gambling Behavior*

23. Kalle Johannes Rose
Når stiftertiljen dør...
*Et retsøkonomisk bidrag til 200 års
juridisk konflikt om ejendomsretten*

TITLER I ATV PH.D.-SERIEN

1992

1. Niels Kornum
Servicesamkørsel – organisation, økonomi og planlægningsmetode

1995

2. Verner Worm
*Nordiske virksomheder i Kina
Kulturspecifikke interaktionsrelationer ved nordiske virksomhedsetableringer i Kina*

1999

3. Mogens Bjerre
*Key Account Management of Complex Strategic Relationships
An Empirical Study of the Fast Moving Consumer Goods Industry*

2000

4. Lotte Darsø
*Innovation in the Making
Interaction Research with heterogeneous Groups of Knowledge Workers creating new Knowledge and new Leads*

2001

5. Peter Hobolt Jensen
*Managing Strategic Design Identities
The case of the Lego Developer Network*

2002

6. Peter Lohmann
The Deleuzian Other of Organizational Change – Moving Perspectives of the Human
7. Anne Marie Jess Hansen
To lead from a distance: The dynamic interplay between strategy and strategizing – A case study of the strategic management process

2003

8. Lotte Henriksen
*Videndeling
– om organisatoriske og ledelsesmæssige udfordringer ved videndeling i praksis*
9. Niels Christian Nickelsen
Arrangements of Knowing: Coordinating Procedures Tools and Bodies in Industrial Production – a case study of the collective making of new products

2005

10. Carsten Ørts Hansen
Konstruktion af ledelsesteknologier og effektivitet

TITLER I DBA PH.D.-SERIEN

2007

1. Peter Kastrup-Misir
Endeavoring to Understand Market Orientation – and the concomitant co-mutation of the researched, the researcher, the research itself and the truth

2009

1. Torkild Leo Thellefsen
*Fundamental Signs and Significance effects
A Semeiotic outline of Fundamental Signs, Significance-effects, Knowledge Profiling and their use in Knowledge Organization and Branding*
2. Daniel Ronzani
When Bits Learn to Walk Don't Make Them Trip. Technological Innovation and the Role of Regulation by Law in Information Systems Research: the Case of Radio Frequency Identification (RFID)

2010

1. Alexander Carnera
*Magten over livet og livet som magt
Studier i den biopolitiske ambivalens*